

PALESTINA E TERRITORIO DELLA PALESTINA: UN PROBLEMA LUNGI DALL'ESSERE RISOLTO*

Giancarlo Guarino**

Sommario: 1. *Introduzione a mo' di riassunto di una problematica lontana dall'essere risolta.* – 2. *La natura di Israele e dei territori della Palestina.* – 3. *Il territorio della Palestina e di Israele.* – 3.1 *L'esistenza di un territorio definibile come "certo" della Palestina.* – 4. *Le novità più interessanti dal punto di vista politico.* – 5. *Il valore ai fini della definizione del territorio della Palestina, della sentenza Brita GmbH.* – 5.1 *I termini della questione dinanzi alla Corte.* – 6. *I problemi della soggettività di diritto internazionale, in funzione della richiesta di "full membership" in ambito NU da parte della Palestina.* – 7. *La richiesta di sottoscrizione dell'art. 12.3 dello Statuto ICC e la forma e la sostanza della richiesta di ammissione della Palestina alle NU.* – 7.1 *Taluni aspetti del problema della sottoscrizione della clausola dell'art. 12.3 della ICC: la competenza ratione temporis.* – 7.2 *La natura di carattere generale dei comportamenti criminosi in questione.* – 7.3 *La natura "teleologica" (funzionale) della Corte nel legittimare la sottoscrizione della clausola.* – 7.4 *La competenza nel merito della Corte: ipotesi di non ammissibilità.* – 8. *La richiesta di "full membership" alle NU: la erroneamente contestata capacità di contrarre dell'OLP e la responsabilità contrattuale di Israele.* – 9. *La logica della domanda di ammissione di un ente già presente.* – 10. *La natura sufficiente di soggetto di diritto internazionale della Palestina alla luce della prassi internazionale.* – 11. *Conclusioni.*

1. Il silenzio sempre più plumbeo che avvolge, nella Comunità internazionale, la questione che ci occuperà in questa poche pagine, ha lasciato spesso intendere a molti, anche con qualche supponenza¹ che in realtà il problema nonché

* Il presente studio, che sarà ulteriormente aggiornato, è destinato agli Studi in onore di Augusto SINAGRA.

** Professore Ordinario di Diritto internazionale nella Facoltà di Economia della Università degli Studi "Federico II" di Napoli.

¹ Per considerazioni del genere, v. di recente ben due numeri di *Limes: Il buio oltre Gaza*, 1, 2009 e *Israele più solo più forte*, 5, 2011. L'ipotesi che il problema sia politicamente "risolto" o almeno superato (o infine non superabile, v. l'*Editoriale* del secondo fascicolo cit.) nel senso che le pretese palestinesi non avranno più seguito, può anche essere verosimile (salvo a vedere che fine faranno le persone palestinesi, che pure esistono), ma lascia perfettamente invariato il problema giuridico. Da ciò, le righe che seguono, chiuse il 15.9.2012.

irrisolto, non sia più sul tappeto, fino al punto dall'aver fatto dire a qualcun'altro², che in realtà sono gli stessi palestinesi a non volere una soluzione.

Non manca, per altro verso, di colpire il modo irridente in cui taluno tratta chi parla del tema (in chiave presuntivamente. filo-palestinese! ... salvo a dimostrare che effettivamente lo sia), in quanto prevenuto o peggio³, magari citando una parte di un documento assai complesso come la Dichiarazione sulla Costituzione dello Stato di Israele⁴, solo nella parte in cui afferma: «The State of Israel is prepared to cooperate with the agencies and representatives of the United Nations in the implementation of the Resolution of the General Assembly of November 29, 1947, and will take steps to bring about the economic union over the whole of Eretz-Israel» (co. 14 della Dichiarazione), tralasciando distrattamente i co. 9 e 10, che recitano: «On November 29, 1947, the General Assembly of the United Nations adopted a Resolution calling for the establishment of an independent Jewish State in Eretz-Israel, and called upon the inhabitants of the country to take such steps as may be necessary on their part to put the plan into effect. /

² Addirittura uno dei negoziatori palestinesi, v. CLOT Z., *Non ci sarà uno Stato palestinese*, Frankfurt/M (Zambon Verlag), 2011 (2010).

³ Francamente trovo inconcepibile che uno studioso usi terminologie simili a proposito di altri, benché discutibili, studiosi, invece di criticare, documenti alla mano, gli assunti criticabili dei medesimi, o disvelarne, se ne è capace, le inesattezze e, magari, falsità. Mi riferisco, per fare un esempio recente, all'incredibile *Editoriale* (che, se il nome non ha altro significato, intende affermare la "linea" della intera rivista, o almeno di quel fascicolo) dell'*EJIL*, 2011, p. 621 ss. *The Birth of Israel and Palestine – The Ifs of History, Then and Now*, riferibile, suppongo, al Direttore della Rivista stessa (del quale mi sfugge il nome), che, nell'affermare p. 622: «I have no doubt in my mind that had the nascent Palestine declared *its* independence at the same time as Israel did, it would have been recognized by an even greater number of world states, and Palestine would have been born then and there in the now defunct [*sic*] Partition boundaries. Even if this would not have prevented the war of the Arab states against Israel, the outcome of that war would not have been an Armistice Agreement with Jordan but with Palestine», cosa tutta da dimostrare, anzi indimostrabile (a colpi di "se" tutto si può affermare, tanto tutto è incontestabile!), ma afferma anche: «There is much historical controversy regarding that period and like most literature about the Conflict you can guess the conclusion simply by looking at the name». Non oso, anche se ne sarei tentato, collocare il nome dell'Autore secondo le sue indicazioni, ma mi domando con qualche serena curiosità dove, il medesimo, collocherebbe il mio. Resto comunque, nel mio piccolo, convinto che i problemi giuridici vanno affrontati senza "se", in termini sincronici, come ovvio.

⁴ Peraltro definita, dall'editorialista, dichiarazione di indipendenza a causa della fine del Mandato («*it declared independence on 15 May 1948 upon termination of the British Mandate over Palestine*», p. 621 del cit. *Editorial*) cosa inesatta, dato che la Dichiarazione è definita giustamente, dagli israeliani e non dai pessimi commentatori anti-semiti, magari, come «*Declaration of establishment* [cosa, direi, ben diversa da una dichiarazione di indipendenza *da*] ... *on the day of the termination ...*», anche in un sito difficilmente, penso, sospetto di essere filo-palestinese: il sito del Ministero degli Esteri dello Stato di Israele (www.mfa.gov.il). La definizione è invece contenuta, nella formula errata, in altri documenti, come ad es. in www.brijnet.org, che è un servizio internet del British Jewish Network. Ma, con grande ambiguità, v. anche www.knesset.gov.il.

This recognition by the United Nations of the right of the Jewish people⁵ to establish their independent State is irrevocable. This right is the natural right of the Jewish people to be masters of their own fate, like all other nations in their own sovereign State»⁶.

Orbene, la citata dichiarazione contiene due affermazioni assolutamente chiare e significative. Con la prima la nascente Israele dichiara, appunto, di “nascere” sulla base della A/RES/181 (II) della AG delle NU, che ne ha riconosciuto il diritto all’esistenza (cosa ovviamente superflua, ma su ciò più avanti) come Stato indipendente, in qualità di Jewish State *in* Eretz Israel. “in”, non “di”⁷.

Come noto, infatti, Eretz Israel è il termine per intendere la cd. “Grande Israele”⁸, e vale a dire, almeno l’intero territorio della Palestina mandataria, dopo la separazione (verosimilmente illegittima, benché accettata dalla SdN) del territorio della Palestina da quello della attuale Giordania⁹.

Non è un caso, e anche questo non si vede perché non dirlo, che la stessa *Dichiarazione* sulla costituzione dello Stato di Israele, esordisce con una esplicita citazione della famosa dichiarazione Balfour, nella quale la predetta *Dichiarazio-*

⁵ È interessante rilevare la coincidenza di toni e di argomenti di questa dichiarazione (con il riferimento esplicito ai “diritti” del popolo e all’autodeterminazione) con la richiesta di adesione della Palestina alle NU. *Infra* § 9.

⁶ Sia solo consentito di aggiungere che è troppo semplice (ma anche troppo poco scientifico) affermare che certi scritti sono prevenuti o pregiudiziali, senza curarsi di dimostrare dove e come, ma lasciando “autorevolmente” intendere che ciò che il critico sedicente non prevenuto dice è la verità, a parte il fatto ovvio che parlare di verità, in un lavoro scientifico, è a dir poco azzardato. Ma nel leggiucchiare qua e là sul tema, mi capita fra le mani uno scritto di due autori (suppongo) prevenuti: FALK R., WESTON B. intitolato significativamente: *International Law and the Boundaries of Scholarly Discourse: a Reply to Michael Curtis*, in *Harv. Int'l. L.J.* 1992, p. 191 ss., dove gli Autori esordiscono dicendo: «There is a troubling problem in scholarly debate: *it is not always easy to distinguish between a genuine engagement of contending views and a cynical polemical exercise intended to appear detached and respectable*» e proseguono, *ibidem*: «He [l’Autore del quale i due criticano le affermazioni] writes, in our judgment, as an Israeli apologist who will go to virtually any length to discredit opposing views, no matter what the evidence. Part of his extremism involves a *clever, but irresponsible, stratagem of role reversal, casting us as the polemicist and purporting himself to be the dispassionate scholar*» (corsivo mio).

⁷ «A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose», art. 31.1 *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna 23.5.1969.

⁸ Vale a dire, nella tradizione ebraica se non sbaglio, il termine in genere usato per indicare l’intera Palestina biblica, mentre lo Stato di Israele (v. anche *infra* nt. 217), per dichiarazione anche del suo fondatore Ben Gurion, fu istituito su *una parte* del territorio di Eretz Israel. Per tutti, v. en.wikipedia.org.

⁹ V. anche *infra* § 11.

ne afferma di trovare il riconoscimento alla costituzione di uno Stato proprio per gli ebrei, come rivendicato dalle teorie sioniste¹⁰ di T. Herzl¹¹.

Ora si può affermare ciò che si crede in termini di legittimità e potere o competenza delle NU a costituire uno Stato, il fatto certo e incontrovertibile è che Israele si costituisce autonomamente, *dopo* la fine (traumatica) del Mandato britannico, non come successore o erede o quel che si vuole della Gran Bretagna o dell'Impero Ottomano, ma in virtù di due semplici ma esplicite proposizioni: a. – uno Stato nasce se si afferma su un territorio in maniera effettiva (e ciò sarà dimostrato ampiamente con la capacità di resistere ai tentativi di cancellarlo) e, b. – nel caso specifico nasce sulla base della Risoluzione, e dunque, riconoscendone (non implicitamente, ma del tutto esplicitamente) la forza abilitante o legittimante e dunque la necessità di muoversi in quell'ambito. Tanto vero che, *poi*, Israele afferma di voler negoziare con *Agenzie delle NU*, la costituzione di una unione economica, evidentemente con almeno un'altra entità, la Palestina, che, però, manca all'appello.

Altro che riferimento *inter alia* alla Risoluzione¹²!

Quanto precede, lungi dal proporsi di sostenere questa o quella posizione, serve solo a fissare alcuni dei punti fondamentali del discorso, incidentalmente, ma oggettivamente, “a favore” di Israele, più che della Palestina.

2. Da quanto sommariamente descritto sopra almeno un fatto giuridicamente significativo emerge chiaramente. Israele, a norma del diritto internazionale vigente è uno Stato perfettamente costituito, e indubbiamente soggetto di diritto internazionale. Se è vero, come credo sia indubbio, che uno Stato, nel diritto internazionale, è solo il frutto del *fatto*¹³ che una certa entità si insedia

¹⁰ Termine riferito, come noto, al “partito politico” fondato da T. HERZL, infatti richiamato nella *Dichiarazione*, nt. successiva. Sulla nascita del sionismo v. per tutti il mio GUARINO G., *La questione della Palestina nel diritto internazionale*, Torino (Giappichelli) 1994.

¹¹ Co. 4 e 5 della cit. *Dichiarazione*, dove si afferma: «In the year 5657 (1897), at the summons of the spiritual father of the Jewish State, Theodore Herzl, the First Zionist Congress convened and proclaimed the right of the Jewish people to national rebirth in its own country. / This right was recognized in the Balfour Declaration of the 2nd November, 1917, and re-affirmed in the Mandate of the League of Nations which, in particular, gave explicit international recognition to the historic connection between the Jewish people and Eretz-Israel and to the right of the Jewish people to rebuild its National Home». È appena il caso di ricordare che T. HERZL, indicò la Palestina come futura terra degli ebrei, solo come una delle possibilità aperte per essi. Cfr. GUARINO G., *La questione*, cit., p. 10 ss. e nt. 335.

¹² V. E.J.L., *ibidem*, loc. cit.

¹³ Che può dunque condurre anche alla identificazione di altri soggetti che non siano gli stati, come già affermava chiaramente FITZMAURICE G. Sir, *The General Principles Of International Law Considered From The Standpoint Of The Rule Of Law, Considered From The Standpoint Of The Rule Of Law*, in RCADI 1957, vol 92, p. 1 ss., p. 11 « Evidently States are not the only class of international person. There are, for instance, insurgent communities which have been accorded

e si consolida su un ambito territoriale¹⁴, indipendentemente (stavo per dire: a dispetto) da qualunque altro soggetto simile, talché, posto che si sia costituito (e poco o nulla conta il fatto che sia stato riconosciuto da questo o quello e meno che mai da una Organizzazione internazionale come le NU!) il *fatto* di aver impedito ad altri di esercitare poteri analoghi sul medesimo ambito territoriale (e nella sua rivendicata competenza) si trasforma nel *diritto* espresso nella nota formula dello *ius excludendi alios*: il fatto, diventa diritto¹⁵.

Altro, ma non meno importante discorso, è quello sulla differenza tra soggetto di diritto internazionale e Stato¹⁶, dove il soggetto *non necessariamente* è

recognition as lawful belligerents. These undoubtedly have international personality, but it is a limited one – they have belligerent rights and duties, strictly no more, unless they achieve the status of a recognized de facto authority controlling a specific territorial area, in which case they may attain to a wider, but still not finally complete measure of international personality». Ma v. anche, con riferimento ai movimenti rivoluzionari, p. 178 s.: «Circumstances may in fact well arise where a genuine revolutionary movement possesses, or has gained sufficient ground and standing to warrant, and probably call for, its recognition by foreign countries as lawful belligerent actor, entailing belligerent rights – and at that point at any rate, it must become a serious question whether the rendering of assistance or of further assistance, even to the legitimate government, does not constitute an intervention, the essence of which is a refusal to allow a country to settle its internal affairs for itself».

¹⁴ Per un riferimento ad uno studio assai più ampio, v. per tutti ARANGIO-RUIZ G., *Dualism revisited. International Law and interindividual law*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2003, p. 950: «... States as international persons come into being *de facto*, continue to exist *de facto*, re eventually modified or dissolved *de facto* from the standpoint of international law».

¹⁵ Per dirla con una espressione antica, ma famosa: «*Rex in regno suo superiorem non recognoscens est Imperator*», espressione ancora valida oggi, sia pure con le opportune differenze terminologiche.

¹⁶ Differenza che spesso sembra sfuggire a molti autori per lo più di lingua inglese, con la conseguenza di porre sul medesimo piano “entità” diverse come la Santa Sede, l’Ucraina (ai tempi della fondazione delle NU) e ... i territori sotto mandato della SdN. Questa confusione diviene perniciosa nel caso che ci occupa se si tiene conto del fatto che, concordemente tra le parti (ma anche nei confronti della Comunità internazionale in generale) Israele e l’OLP sono sullo stesso piano (il che è perfettamente accettabile, come ho affermato anche io stesso), ma certo non sono ambedue “stati”, così come la ANP, non è né uno Stato né un soggetto di diritto internazionale, benché dotato di una sua precisa competenza rispetto alla amministrazione del territorio della Palestina. Per una descrizione della problematica, in cui questa confusione si evidenzia, v., sulle orme di Crawford, WORSTER T.W., *Law, Politics, and the Conception of The State in State Recognition Theory*, in *Boston University International Law Journal*, 2009, pp. 129 ss.. L’A. sembra sensibile al problema, che poi risolve nel modo tradizionale, quando afferma, p. 130: «If we accept that a state exists at some point prior to recognition, then we inevitably must face the question of when a state first exists and accrues international personality, rights, and obligations» (ma v. infra nt. 201 e testo corrispondente, per un approfondimento del tema). L’A. peraltro, afferma anche poco oltre, p. 133, «The degree to which rights are necessary for determining independence and statehood is debatable. The rights of an entity may not be determinative of the entity’s status. States have, on many occasions, not recognized an entity as a state and yet treated it as a de facto state with many of the rights of a de jure state. In those cases, the rights of a subject of international law did not constitute statehood». Del resto, già la ben nota conven-

uno Stato, nella misura in cui: un ente qualsivoglia, che riesca ad esprimere una sua competenza esclusiva e a trattarla in condizioni di parità, limitatamente alle sue attività, con altri soggetti oltre a rispondere dei propri comportamenti, è un soggetto di diritto internazionale.

In grandissima sintesi, è questa la ragione che mi indusse a suo tempo a negare al popolo la qualità di soggetto di diritto internazionale, esprimendo invece, con riferimento al principio di autodeterminazione, il termine di “garanzia”: il popolo, non potendo esprimere direttamente la propria volontà e meno che mai risponderne¹⁷, è destinatario di una garanzia da parte della Comunità internazionale, perché esso possa soddisfare le sue *legittime* aspirazioni.

Legittime, e dunque non ogni desiderio, ma solo le aspirazioni legittime, alla luce del diritto internazionale vigente¹⁸.

zione di Montevideo, ipotizzava entità non ... ancora stati riconosciuti, ma rilevanti sul piano del diritto internazionale! V. *Convenzione di Montevideo on Rights and Duties of States*, 26.12.1933, art. 3: «The political existence of the state is independent of recognition by the other states. Even before recognition the state has the right to defend its integrity and independence, to provide for its conservation and prosperity, and consequently to organize itself as it sees fit, to legislate upon its interests, administer its services, and to define the jurisdiction and competence of its courts. / The exercise of these rights has no other limitation than the exercise of the rights of other states according to international law». Sul punto, come ovvio per le sue particolarità, v. anche KELSEN H., *Recognition in International Law: Theoretical Observations*, in *Am. J. Int'l L.* 1941, p. 605, che identifica nella sostanza il concetto di Stato con quello di soggetto di diritto internazionale.

¹⁷ Beninteso, se il popolo riesce ad esprimersi attraverso un ente che lo “rappresenti” (ad es. un Movimento di Liberazione Nazionale, o un Governo in esilio, ecc.), che, inoltre, riesca a svolgere la competenza necessaria ad essere, in quell’ambito, pari agli altri soggetti, quell’ente è un soggetto di diritto internazionale.

¹⁸ Che, sia detto solo incidentalmente, non può essere rappresentato tout court dal CdS, come sembra ritenere la CIJ nella sentenza sul Kosovo, CIJ, *Advisory Opinion, Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, 22.7.2010, §§ 94 ss.

In altre parole, un popolo che rivendica la propria autodeterminazione, legittimamente¹⁹ pretesa (e quindi ad es. non di natura secessionista²⁰), viene garantito (o meglio: deve essere garantito) dalla Comunità internazionale nella soddisfacente²¹ realizzazione della sua aspirazione. Talvolta, la legittima aspirazione di un popolo (parlo in astratto, come ovvio, sui singoli casi specifici la discussione è aperta, caso per caso) viene garantita anche con la forza dalla Comunità internazionale *as a whole* (per usare l'espressione del progetto sulla Responsabilità degli stati della *Commissione del Diritto internazionale* delle NU) o, se si preferisce più correttamente, in quanto la realizzazione della autodeterminazione costituisce un obbligo *erga omnes*, garantito, appunto, dalla intera Comunità internazionale.

Posto, dunque, che Israele è uno Stato, perfettamente legittimo e dotato di tutti i diritti conseguenti alla luce del diritto internazionale vigente, è altrettanto evidente che la Palestina, uno Stato non è. Non tanto e non solo perché priva dei "requisiti" ritenuti tipici di uno Stato, a cominciare dall'indipendenza cioè

¹⁹ Dove la legittimità deriva da due elementi, a mio giudizio. Uno *estrinseco*: l'accettazione da parte della Comunità internazionale del fatto che a quel popolo "spetta" di realizzare l'autodeterminazione, indipendentemente, si badi, dal fatto che già sia parte di uno Stato o, come diceva qualcuno, che la abbia già esercitata (secondo la tesi per cui l'autodeterminazione si esercita una sola volta come afferma, ad es., EMERSON, *Self-determination revisited in the era of decolonization*, in *Occasional papers in International Affairs*, n. 9, Harvard Un. Center for Int. Aff., 1964, su cui v. talune mie osservazioni in GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984, p. 82 e *passim*). Dato questo "accertamento" nei modi classici e tipici del diritto internazionale, la Comunità internazionale è legittimata (anzi, obbligata) ad offrire la propria garanzia (v. del resto, detto in termini politici, il discorso di Obama al Dipartimento di Stato USA e alle NU entrambi del 2011, ctt. *infra* ntt. 33 e 64). L'altro elemento è in qualche modo *intrinseco*: la capacità effettiva da parte di chi (per lo più un MLN) rivendica l'autodeterminazione per il proprio popolo, di governare quel popolo anche nella gestione della aspirazione alla autodeterminazione, sostanzialmente in accordo con esso. Non a caso, si afferma che mentre il MLN dell'Angola era legittimato ad assumere il potere, nessuna rilevanza internazionale ha mai avuto l'altro movimento (eterodiretto) l'UNITA. In questo senso assumono un grande rilievo le osservazioni, per dir così "neutre" di talune Organizzazioni internazionali, a proposito del fatto che la Palestina (attraverso la ANP!) esercita adeguate funzioni di governo del territorio. V. OFFICE OF THE UNITED NATIONS SPECIAL COORDINATOR FOR THE MIDDLE EAST PEACE PROCESS, *Palestinian State-Building: A Decisive Period, Ad Hoc Liaison Committee*, Meeting Brussels, 13 April 2011, e WORLD BANK, *Building the Palestinian State: Sustaining Growth, Institutions, and Service Delivery; Economic Monitoring Report to the Ad Hoc Liaison Committee* April 13, 2011, www.worldbank.org, IMF, *Macroeconomic And Fiscal Framework For The West Bank And Gaza: Seventh Review of Progress, Staff Report For The Meeting of The ad hoc Liaison Committee* Brussels, April 13, 2011, p. 29 «IMF staff considers that the PA is now able to conduct the sound economic policies expected of a future well-functioning Palestinian state, given its solid track record in reforms and institution-building in the public finance and financial areas...».

²⁰ Come, del resto, riconosce di recente la stessa CIG, nella *advisory opinion* sul Kosovo cit. *supra* nt. 18, salvo a negarla nel caso di specie, § 80 e *passim*.

²¹ E una definizione di questo "soddisfacimento" è ricavabile, sia pure per analogia, dalla ben nota A/RES/1541 (XX), *Annex*.

dalla capacità autonoma di decidere di sé all'interno come all'esterno, quanto perché, se è vero che il popolo palestinese esprime legittimamente le proprie pretese all'autodeterminazione, nel senso della costituzione di uno Stato indipendente, esso è attualmente rappresentato da due organismi profondamente diversi, benché uniti attualmente in una unione personale: l'*Organizzazione per la Liberazione della Palestina* (OLP) e l'*Amministrazione Nazionale Palestinese* (ANP)²², che svolgono partitamente quelle funzioni. La seconda, che ha solo "competenze" di natura amministrativa per quanto riguarda i territori del futuro Stato della Palestina attualmente in parte sotto occupazione militare, ma è priva di rappresentanza esterna nella Comunità internazionale; la prima, che invece, è dotata proprio di quella rappresentanza, innanzitutto in quanto sicuramente soggetto di diritto internazionale da gran tempo²³, nella qualità, però, di *Movimento di Liberazione Nazionale* – MLN – (e quindi non "Stato"), capace di entrare in relazione con tutti gli altri soggetti di diritto internazionale, stati inclusi, ovviamente. Ma anche per una motivazione più specifica e originale: a partire dalla stipulazione degli accordi con Israele (e non solo), perché in essi si precisa ripetutamente che all'OLP, sottoscrittore dell'accordo stesso, spetta la rappresentanza esterna del popolo palestinese e della stessa ANP, che in quegli stessi accordi viene costituita come entità amministrativa del territorio²⁴ del West Bank e di Gaza²⁵.

Dette definizioni sono parte di un accordo ampio e omnicomprensivo, precisato successivamente da altri numerosi accordi, da cui emerge quanto meno la definizione chiara di due soggetti di diritto internazionale che negoziano tra di loro, *riconoscendosi a vicenda*, e si ripromettono (al di là dei risultati effettivi) di definire in particolare i rispettivi confini: quei confini che Israele mai ha fissato, ma che devono sicuramente considerarsi implicitamente accettati (e sostanzialmente condivisi da gran parte della Comunità internazionale), visto l'espresso riferimento che viene fatto nella dichiarazione sulla costituzione dello Stato di Israele alla A/RES/181 (II).

²² E la differenza di competenze tra i due è chiarissima e concordata tra le parti (Israele e OLP) come vedremo più avanti. Va solo rilevato che di ciò sono perfettamente consci anche gli altri stati e le Organizzazioni internazionali con le quali la Palestina ha avuto relazioni. L'UE, che negozia il trattato di cui più avanti, con l'OLP, *for the benefit of* l'ANP; egualmente lo IMF e il WB, che discutono del modo in cui l'ANP amministra il territorio, senza citare nemmeno l'OLP, dato che la competenza in materia amministrativa e finanziaria è solo della ANP.

²³ E del tutto indipendentemente dalla volontà israeliana, anzi per lungo tempo, contro di essa.

²⁴ Che poi l'amministrazione locale di Gaza, non si consideri necessariamente legata all'ANP, non vedo che importanza abbia ai fini del discorso che ci occupa. Al massimo, in merito, si potrà parlare di un conflitto interno alla ... Palestina, privo di rilevanza internazionale veruna.

²⁵ A sua volta, quest'ultima, oggetto di un piano di evacuazione, non proprio chiarissimo nei suoi contenuti, ma poi sottoposta ad un blocco estremo. V. comunque, *ISRAEL'S disengagement Plan, Renewing the Peace Process*, Ministry of Foreign Affairs, 2005 Jerusalem e le cartine relative, molto istruttive, www.mideastweb.org.

In due parole: esistono due soggetti di diritto internazionale, che negoziano e che sono, l'uno, uno Stato legittimo e consolidato, e, l'altro, un movimento di liberazione nazionale, altrettanto legittimo e consolidato. Due "cose" diverse, ma egualmente e perfettamente capaci di negoziare e disporre sui temi che discutono.

Per quanto attiene alla Palestina²⁶, vanno sottolineati dei fatti ulteriori non privi di rilievo, a cominciare dalla situazione del tutto particolare della Striscia di Gaza, dove si è costituito una sorta di governo indipendente, che, però, non sembra disconoscere l'autorità della OLP, ma al massimo della ANP. Inoltre, il Presidente della ANP e OLP, ha chiesto alle NU l'ammissione della Palestina per intero alle NU, in quanto Stato e non risultano opposizioni da parte di Gaza.

Mentre, infine, le autorità israeliane impediscono con quello che sembra un vero e proprio blocco anche navale²⁷, l'accesso a Gaza, rafforzandone l'apparente incapacità di essere parte della Palestina, il Presidente degli Stati Uniti, ha assunto delle posizioni, almeno apparentemente, nuove rispetto alla questione, facendo, tra l'altro, un esplicito ed inequivoco riferimento alle "frontiere del 1967", e quindi, in pratica, a quelle della risoluzione 181, ivi compresa Gaza.

3. Che a un popolo non ancora costituito in uno Stato autonomo e dunque politicamente indipendente²⁸, ma legittimamente aspirante ad essere destinatario della garanzia in tema di autodeterminazione, possa (anzi debba) essere riconosciuta (giuridicamente) la titolarità esclusiva o l'aspirazione, anch'essa esclusiva, ad essere titolari di un determinato e delimitato territorio e alle sue risorse, sulla base, innanzitutto e nel caso delle ex colonie o territori sotto amministrazione altrui, del principio delle cdd. "frontiere ereditate dal colonialismo" (ma, come noto, la regola è valida per tutti i popoli ai cui territori si applichi il principio di autodeterminazione) è cosa ben evidente e nota ed è cosa largamente dimostrata, e condivisa, nella prassi come in dottrina²⁹.

²⁶ Uso il termine Palestina, per riferirmi ai territori della Palestina, o destinati allo Stato della Palestina, al solo scopo di evitare lunghe e ridondanti perifrasi.

²⁷ È appena il caso di ricordare la lett. c dell'art. 1 della Definizione dell'Aggressione annessa alla A/RES/3314 (XXIX), dove si precisa che aggressione può essere definita per il fatto in sé (come definito all'art. 3), indipendentemente dal fatto che si diretta contro uno Stato riconosciuto o meno.

²⁸ Solo per chiarire in poche parole, basta per spiegare riferirsi al n. 2 della famosa A/RES/1514 (XX), dove si afferma: «All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue ...»: se i popoli scelgono liberamente, vuol dire che sono liberi di scegliere, cioè indipendenti nella scelta, purché svolta nell'ambito delle norme vigenti, e dunque anche alla luce della A/RES/1541 (XX), il cui unico limite a detta libertà è quello per cui, realizzata l'autodeterminazione, il popolo sceglie liberamente come gestirla nei suoi rapporti con stati indipendenti o con altri popoli in via di diventarlo, *Annex Principle VI*, analizzato nei *Principle VII e VIII*.

²⁹ Per tutti rinvio al mio GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli*, cit.

Solo per completezza (e questo è un riferimento che tornerà utile più in avanti) aggiungo che la significativa formulazione dell'art. 1.2 della Carta, crea una endiadi inscindibile³⁰, tale per cui il principio ivi definito è “composto”, senza distinzioni di accento, da entrambe le sue parti: eguaglianza dei diritti dei popoli e autodeterminazione, a loro volta, condizione *sine qua non* per il mantenimento delle relazioni amichevoli fra gli stati e dunque della pace³¹. Il che implica che se un popolo non gode di diritti uguali a quelli degli altri popoli, *per definizione* non gode dell'autodeterminazione³², o se si vuole invertire l'ordine: un popolo, pur soddisfatto nella sua aspirazione all'autodeterminazione, deve poter godere di tutti i diritti di cui godono gli altri popoli³³ e quindi la Comunità internazio-

³⁰ «Equal rights and self-determination», come già rilevato in GUARINO G., *Per una ricostruzione, in termini di sistema, dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore* di U. Leanza, Napoli (Editoriale scientifica), p. 25 e ivi ulteriori riferimenti.

³¹ Da cui il corollario (anch'esso ben noto ed acclarato nella prassi delle NU) per cui il *mancato rispetto del principio di autodeterminazione* in un determinato territorio (o rispetto ad un determinato popolo) implica *automaticamente* che l'eventuale conflitto che ne derivi *sia di per sé e sempre un conflitto internazionale*, come chiaramente e definitivamente espresso nell'art. 1 del primo protocollo del 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 1949.

³² Affermazione non poi così nuova se si pensa che questa logica fu alla base dello Statuto, come si evince dalle discussioni all'epoca della sua formulazione, documentate, ad es., in UNCIO, vol. 3, p. 93 «2. There is implicitly affirmed – in providing rules of general application for the transition from a colony to a mandate and from a mandate to a sovereign State – the principle that the goal which should be sought is that of obtaining the *universal application* of the principle of self-determination», *ibid.* vol. 6, p. 296: «(A) *Self-Determination*. Concerning the principle of self-determination, it was strongly emphasized on the one side that this principle corresponded *closely to the will and desires of peoples everywhere* and should be clearly enunciated in the Charter; on the other side, it was stated that the principle conformed to the purposes of the Charter only insofar as it implied the right of self-government of peoples and *not the right of secession*», e ancora *ibid.* vol. 6, p. 396 «Paragraph 2. The Committee after considering paragraph 2 as amended by the sponsoring governments found it satisfactory and decided to recommend it to you. The Committee understands that the *principle of equal rights of peoples and that of self-determination are two complementary parts of one standard of conduct*; that the respect of that principle is a *basis for the development of friendly relations* and is *one of the measures to strengthen universal peace*; that an essential element of the principle in question is *a free and genuine expression of the will of the people, which avoids cases of the alleged expression of the popular will, such as those used for their own ends by Germany and Italy in the later years*» e, p. 703: «Paragraph 2 of Chapter 1. The subcommittee after considering paragraph 2, as amended by the sponsoring governments, found it satisfactory and decided to recommend it to you. Some discussion arose as to its connotation, and some suggestions to change its tenor were made, before the final decision. *It was understood: That the principles of equal rights of people and that of self-determination are two component elements of one norm.*» (corsivi miei).

³³ Non a caso, infatti, il principio di autodeterminazione non si applica solo ai popoli privi di uno Stato autonomo, ma anche ai popoli, dotati di uno Stato autonomo, ma privi dei diritti corrispondenti a cominciare da un governo e da un regime rispondente alla loro volontà, come confermano in particolare i documenti UNCIO vol. 6, p. 393, cit. *supra* nt. precedente. È interessante rilevare come nel discorso, cui già accennavo, del Presidente degli USA del 19.5.2011 al *Council on Foreign relations* USA (leggibile in www.cfr.org/middle-east), Obama affermi esplicitamente: «...

nale deve “farsene carico”. Tenuto, inoltre conto del fatto, che il mancato rispetto dell’autodeterminazione dei popoli implica, *per tabulas*, un pericolo³⁴ per la pace³⁵.

In particolare con riferimento al territorio, rispetto al quale e proprio con riferimento al principio di autodeterminazione non certo a caso si è affermato e consolidato il principio per il quale al popolo sotto dominazione coloniale (o straniera, si badi³⁶) “competa” un territorio ben determinato e determinabile: in quanto tale, dunque, non suscettibile di essere acquisito legittimamente da altri³⁷,

The story of this revolution, and the ones that followed, should not have come as a surprise. The nations of the Middle East and North Africa won their independence long ago, *but in too many places their people did not*. In too many countries, power has been concentrated in the hands of a few. In too many countries, a citizen like that young vendor [il riferimento è al giovane tunisino che ha “scatenato” la ribellione tunisina alla dittatura di Ben Ali] had nowhere to turn – no honest judiciary to hear his case; no independent media to give him voice; no credible political party to represent his views; no free and fair election where he could choose his leader. And *this lack of self-determination – the chance to make your life what you will* – has applied to the region’s economy as well. Yes, some nations are blessed with wealth in oil and gas, and that has led to pockets of prosperity. But in a global economy based on knowledge, based on innovation, no development strategy can be based solely upon what comes out of the ground. Nor can people reach their potential when you cannot start a business without paying a bribe» e poco più avanti: «And that’s why, two years ago in Cairo, I began to broaden our engagement based upon mutual interests and mutual respect. I believed then and I believe now – that we have a stake *not just in the stability of nations, but in the self-determination of individuals*. The status quo is not sustainable. Societies held together by fear and repression may offer the illusion of stability for a time, but they are built upon fault lines that will eventually tear asunder. ... There must be no doubt that the United States of America *welcomes change that advances self-determination and opportunity*. Yes, there will be perils that accompany this moment of promise...», e finalmente, «... Now, ultimately, it is up to the Israelis and Palestinians to take action. No peace can be imposed upon them – not by the United States; not by anybody else. But *endless delay won’t make the problem go away*. What America and the international community can do is to state frankly what everyone knows – a lasting peace will involve two states for two peoples: Israel as a Jewish state and the *homeland for the Jewish people*, and the state of Palestine as *the homeland for the Palestinian people*, each state *enjoying self-determination*, mutual recognition, and peace. (corsivi miei). Sia solo consentito, a proposito in particolare della estensione del concetto di autodeterminazione alla cd. autodeterminazione interna, fare riferimento al mio GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli*, cit., , dove il tema specifico è ampiamente trattato.

³⁴ Dove “pericolo” sta per violazione: un conflitto di autodeterminazione è un conflitto internazionale.

³⁵ Affermazione che implica *necessariamente* che l’eventuale conflitto sul territorio tra le “parti”, è di *per sé* un conflitto internazionale in senso stretto, tra l’altro, perciò, suscettibile di essere regolato dalle convenzioni dell’Aja e di Ginevra, anche nella parte in cui hanno determinato la formazione di regole di diritto internazionale generale, pertanto applicabili a prescindere dalla sottoscrizione dei relativi accordi.

³⁶ Ormai l’identificazione delle situazioni appare costante, almeno a far data dal Primo Protocollo del 1977 alle Convenzioni di Ginevra del 1949.

³⁷ Pur potendo accadere che sia detenuto (possesso, dunque, non sovranità) per occupazione militare, ma anche ad altro titolo come ad es. nel caso della Namibia, a favore delle NU, e per un certo periodo del Kossovo.

nel quadro del più generale principio della non riconoscibilità della acquisizione illegittima di territori³⁸. Non è certamente un caso che proprio con riferimento alla questione che ci occupa, la gran parte degli stati che hanno relazioni diplomatiche con Israele ha rifiutato sistematicamente di trasferire le proprie rappresentanze diplomatiche a Gerusalemme, illegittimamente acquisita per annessione da Israele³⁹.

La legittimità o meno della acquisizione di un territorio deriva, certamente nel caso che ci occupa, dalla possibilità o meno di considerare il territorio palestinese come terra *nullius*. Ora, e sempre sintetizzando al massimo un tema già ampiamente affrontato altrove, se il territorio *nullius* non è⁴⁰, vuol dire che se non altro è nella *condizione* di non essere acquisibile da altri che non sia chi vi aspira, questa volta sì, legittimamente⁴¹. Confesso che è troppo sottile per me il discorso di chi afferma che lo Stato aggredito (Israele) legittimamente possa acquisire i territori *conquistati* a seguito dell'aggressione subita e inoltre può anche legittimamente impugnare l'eventuale trattato che, a conflitto concluso, assegni i territori, in quanto nullo perché imposto da un aggressore⁴².

³⁸ V. per tutti, con riferimento alla questione specifica, QUIGLEY, *Palestine's Declaration of Independence: Self-Determination and The Right of the Palestinians to Statehood*, in *B.U. Int'l L.J.*, 1989, p. 25 s., e, più in generale, JENNINGS R., *The Acquisition of Territory in International Law*, Manchester (University Press) 1963, *passim*, ZICCARDI CAPALDO G., *Le situazioni territoriali illegittime nel diritto internazionale*, Napoli (Editoriale scientifica), 1977.

³⁹ Mette conto di rilevare, con piacere, che di ciò pare convinto anche il nostro Governo che, non solo ha la rappresentanza diplomatica a Tel Aviv (e non a Gerusalemme), ma, a Gerusalemme, ha due diversi Consolati: uno a Gerusalemme ovest e uno a Gerusalemme est. C'è solo da augurarsi che questa provvida disposizione non cambi. V. www.consgerusalemme.esteri.it. D'altro canto non può non sorprendere la dichiarazione, della quale sarebbe utile una motivazione, del nostro Ministro degli esteri, il 6.9.2012, quando dichiara: «La presentazione di una risoluzione dell'Anp per il riconoscimento del “Non-member status” [sic] rischia di polarizzare il dibattito della prossima Assemblea generale dell'Onu e di aggravare il clima su altre questioni importanti per la regione»: www.esteri.it. Continuando nella sua preoccupante oscillazione, l'Italia, peraltro, non ha mancato di coraggiosamente astenersi sulla richiesta di adesione all'UNESCO: www.guardian.co.uk.

⁴⁰ E a dire il vero mai nessuno lo ha considerato tale, compresi gli israeliani, che accampano su di esso un diritto di «conquista difensiva», curiosa concezione, secondo la quale il fatto di sentirsi in pericolo ne legittima l'acquisizione sotto la propria sovranità, su cui il mio *La questione*, cit. *passim*.

⁴¹ Il principio di autodeterminazione dei popoli, fa esplicito e consolidato riferimento al principio per il quale il territorio in questione (per lo più “nelle frontiere ereditate dal colonialismo”) non è acquisibile da altri, non legittimamente almeno. Sul punto, v. ampiamente GUARINO G., *La questione della Palestina*, cit., p. 22 ss. e § 16.

⁴² Questa è la tesi di chi sostiene che, il fatto di opporsi alla menzionata conquista difensiva costituisce una vera e propria “aggressione”, secondo la testuale idea di alcuni studiosi (BENOLIEL D., PERRY R., *Israel Palestine and the ICC*, leggibile sul sito della ICC in quanto parere contro la richiesta palestinese di sottoscrizione dell'art. 12 dello Statuto), che affermano che anche qualora alla cd. Road Map dovesse seguire un accordo esso sarebbe nullo in quanto imposto ad

Ciò premesso, appare certo almeno che il controllo di *quella* parte del territorio, non è esclusa *in linea di principio* a favore di Israele, ma è suscettibile di negoziato tra chi abbia il *potere*⁴³ di definirne la titolarità. Ma se è così, a stretto rigore, anche *l'altra parte di territorio* (quella di Israele, per intenderci) non è esclusa *in linea del medesimo principio* a favore della Palestina ... trattativa permettendo. *Se, infatti, suscettibile di negoziato è il territorio "destinato" alla Palestina non si vede perché non debba esserlo quello "destinato" a Israele*⁴⁴.

In poche parole, detto più chiaramente, se Israele considera che il territorio sotto la futura sovranità del futuro Stato di Palestina⁴⁵ sia oggetto di negoziato ne accetta implicitamente la *non* appartenenza ad essa, ma accetta, automaticamente

Israele sotto minaccia (anzi in stato) di aggressione, a norma dell'art. 75 della *Convenzione di Vienna* ... ma si guardi come viene distorta la lettera dell'art. 52: «Coercion of a State by the threat or use of force», secondo cui essendo Israele in costanza di aggressione si legittimerebbe l'acquisizione del territorio da cui si presume che provenga il pericolo, p. 22: «Furthermore, an argument supporting Israel's claim to parts [*sic*] of the territories occupied in 1967 might call for a proper interpretation of Article 52 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The article states that "[a] treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations". The question, then, is whether it should be inferred that a peace treaty ceding territory from the vanquished to the victorious state is invalid. It is possible that, in the words of the Preamble to Resolution 242, "the acquisition of territory by war" is inadmissible. But such an inference seems erroneous. Under Article 52 only a treaty induced by an unlawful use of force is to be regarded as void. There is nothing wide of the mark in a peace treaty providing for the possession of territory by the victim of aggression, if the victim (in this case Israel) comes out triumphant from the war. Only, the assailant cannot benefit from the aggression», *insomma la Palestina è aggressore* e, infatti, poco oltre, p.41: «Lastly, in the future, depending on the definition of the 'crime of aggression' that is ultimately adopted, the ICC may, when it begins to exercise jurisdiction over that crime, be required to find that a state has committed aggression [ma allora la Palestina è uno Stato?] as a prerequisite to convicting an individual representative thereof for that same crime». V. anche infra nt.199.

⁴³ Dunque i *contraenti* perciò necessariamente su un piede di parità, oppure ... la Comunità internazionale!

⁴⁴ Il che farà, e me ne scuso, saltare sulla poltrona il nostro editorialista, ma tant'è...

⁴⁵ Non è privo di significato che qualche autore israeliano, si ponga il problema di agire preventivamente (pare "solo" diplomaticamente, ma non si sa mai, come si dice: da cosa nasce cosa!) verso una possibile ammissione della Palestina alle NU, sulla base del fatto che, una volta ammessa, agire contro la sua integrità territoriale equivarrebbe a «contravening the sovereignty of an independent UN member state», SHAVIT A., *Israel Needs To Launch a Preemptive Diplomatic Strike*, in HAARETZ (Mar. 31, 2011), www.haaretz.com. Cfr. anche YOFFE A., *The Palestine Problem: The Search for Statehood and the Benefits of International Law*, in *The Yale Journal Of International Law*, 2011, p. 505 Se è vero, come sottolinea YOFFE che ciò indica una certa agitazione israeliana a fronte della richiesta di partecipazione piena alle NU della Palestina, rivela anche la scarsa percezione del fatto che, Stato o non Stato, la sovranità palestinese è indiscutibile: si tratti di uno Stato o di un soggetto di diritto internazionale non Stato. Tanto vero che, una volta ammessa la Palestina, cercare di acquisirne parte del territorio sarebbe un atto di aggressione contro un membro delle NU: che è come dire che contro un ente non membro delle NU l'aggressione è lecita?

anche di considerare che *il territorio attualmente sotto la propria sovranità sia oggetto del medesimo negoziato*, a meno di affermare, ecco il perché della ripetizione, che il territorio, *tutto il territorio*, è sotto la *sola* potestà israeliana, salvo che Israele ne conceda graziosamente una parte ad altri. In questa ottica, ma non è qui il caso di occuparsene *in extenso*, vanno letti gli insediamenti israeliani in territorio palestinese, sulla cui flagrante illegittimità non vale spendere anche una sola parola, ma che sono naturalmente un potente ostacolo ad ogni soluzione del problema⁴⁶.

Pertanto, anche solo impostando così rapidamente il problema, una soluzione si può avere solo accettando la piena titolarità della soggettività internazionale, e della conseguente piena e libera capacità negoziale, ad un soggetto *altro rispetto* ad Israele stessa, salvo a definire *paritariamente* quale parte del territorio sia pertinente a chi⁴⁷.

Questo soggetto “*altro*”, è ben chiaro, è la ... Palestina (OLP, ANP, lo vedremo dopo), che potrà non essere tecnicamente uno Stato, ma molto vi assomiglia ed è comunque l’unico in grado di negoziare sul territorio, nel senso che è l’unico legittimato a farlo.

3.1 E dunque, a questo punto del discorso, i problemi da porsi sono due: a. – se esista un territorio, elettivamente e riconoscibilmente, destinato o destinabile alla Palestina, b. – se la Palestina è uno Stato o un soggetto di diritto internazionale non (ancora) Stato e quali possano le essere le differenze, ammesso pure che ve ne siano, a seconda della risposta a questa domanda.

Corollario, ma in questa sede non particolarmente rilevante, è la discussa legittimità della costituzione di uno Stato, senza l’indicazione dei suoi confini. La cosa, ribadisco, è relativamente poco rilevante sia perché i confini sono comunque determinabili su base negoziale con i confinanti (il che presuppone che il “confinante”, sia un soggetto non solo *capace* di negoziare, ma anche *accettato* per negoziare dall’altro e che, a sua volta accetti di negoziare), sia perché, come ho ripetutamente dimostrato, il fatto che non siano esplicitamente indicati (in entrambi i soggetti e non solo da parte dell’improbabile Stato della Palestina *ex* dichiarazione di indipendenza della stessa⁴⁸) non esclude che vi siano, nella misura in cui l’esplicito riferimento alla risoluzione dell’AG 181 (II) in entrambi

⁴⁶ Tanto più che quegli insediamenti non solo non hanno alcuna funzione difensiva, ma richiedono di essere difesi, con ciò che ne deriva in maniera evidente. E v. anche di recente il rifiuto di discuterne anche con gli USA, in HAARETZ, 12.9.2012: www.haaretz.com.

⁴⁷ Beninteso, nell’ambito della libertà piena di negoziazione, visto che la sempre citata Road Map (v. la ad es. in: www.crisisgroup.org, o anche in: www.mfa.gov.il) è un documento inconcludente e vago, incapace di indicare la strada che afferma di voler indicare.

⁴⁸ Così QUIGLEY, *Palestine’s Declaration*, cit., p. 25.

i documenti, li indica chiaramente almeno in linea di massima⁴⁹. I confini, poi, sono stati rivendicati e riaffermati ripetutamente dalla Comunità internazionale, se non altro nelle risoluzioni del CdS in materia, per non parlare delle recenti dichiarazioni del Presidente degli USA anche alla AG delle NU.

In altre parole, se è del tutto logico, dal punto di vista giuridico, che dai confini indicati dalla risoluzione 181 (II) si debba *partire* per definirli in concreto a vantaggio di entrambe le parti, ogni acquisizione di territori *fuori* da quelle linee, *da chiunque effettuata*, è, *per se*, chiaramente illegittima. Ciò vale, dunque, sia per Israele che per la Palestina, ma anche per gli altri stati, che, via via si sono impossessati di parti di quel territorio, acquisendole, sotto occupazione militare (l'Egitto) o addirittura per annessione (la Giordania).

In termini giuridico formali, la situazione è precisamente questa e, credo, è incontrovertibile, tanto più che viene costantemente ribadita anche dal CdS nelle sue (non molte, invero) risoluzioni a partire dalla 242 del 1967: la cd. “linea verde”, già, a sua volta, frutto di alcune modifiche rispetto alla risoluzione 181 (II), peraltro consolidate in fatto⁵⁰ all’atto stesso della costituzione dello Stato di Israele⁵¹, e ulteriormente modificata per le conseguenze della guerra del 1967. Si tratta di questioni ormai acquisite e non basta, per negarle, rinviare semplicemente il problema agli storici⁵² ... del diritto internazionale, mi pare, è *la storia*, se è vero come è vero, che l’effettività ne è uno dei principi guida, purché sia letta alla luce e nell’ambito della legittimità. Che il riconoscimento o l’ammissione alle NU non bastino a definire nel concreto la soggettività e l’esistenza di uno Stato (la cd. *Statehood*, concetto a dir poco fumoso, benché molto amato dalla dottrina

⁴⁹ Pur prescindendo dalla mai accettata da Israele cd. *linea verde*, che, a ben vedere, non è altro che la linea di demarcazione negoziata e sottoscritta anche da Israele dopo la guerra del 1948, e che corrisponde nella sostanza (ma con ampliamenti tutti a favore di Israele) ai confini del 1967.

⁵⁰ Non va, infatti, dimenticato, che la stessa Israele, non ha mai negato che quei confini fossero da negoziare, e di essere stata (e in gran parte di essere ancora) occupante di quei territori. E dunque, essendo come noto, illecita la acquisizione sotto la propria sovranità di territori occupati, quei territori sono oggetto di negoziato, ma, in linea di principio, *non* di Israele. Tanto più se il problema viene posto, dalla stessa Israele, in termini di necessità di sicurezza. Parlo in particolare del territorio del Negev, acquisito di fatto nella guerra del 1948, quando l'Egitto occupò solo la striscia di Gaza, mentre Israele occupava il territorio predetto, consacrandone l’acquisizione con gli accordi di Camp David del 17.9.1978 *A Framework for peace in the Middle East, agreed at Camp David*, lett. a West Bank and Gaza n. 1 e *Preambolo* co. 2, cit. in GUARINO G., *La questione*, cit., p. 126 s.

⁵¹ Come ovvio e come noto, la “nascita” di Israele non avviene *ex abrupto*, ma a seguito di lunghi combattimenti e attività varie, ancora sotto il mandato britannico (peraltro oggetto di attentati terroristici da parte ebraica), per cui, al momento della *Dichiarazione*, il territorio di Israele era in parte già divenuto più esteso di quanto previsto dalle NU. Da ciò, in gran parte, come noto, nasce il problema dei rifugiati, indotti certamente a fuggire dalle autorità arabe, ma anche “spinte” a farlo dagli ebrei, futuri israeliani.

⁵² Così, il citato *Editorial*, che potrebbe apparire, ad un occhio «demoralizingly, both partisan and entrenched in their views» piuttosto *infra* che *super partes*, o magari *citra*!

anglosassone) è un fatto su cui credo difficile dissentire fin dai tempi degli studi magistrali di Lauterpacht, ma anche da ben prima, se solo si pensa all'origine della formula citata «*rex in regno suo ...*», che pare nata proprio da una Decretale di Innocenzo III (1202)⁵³, destinata a prendere atto della *exemptio ab Imperio* del re di Francia, e poi del re di Sicilia⁵⁴: un sovrano di fatto, diremmo oggi, che si afferma *effettivamente* sul territorio (e nelle sue competenze) ottenendone il *ricoscimento* in quanto fatto compiuto⁵⁵.

Si aggiunga infine, in una sintesi estrema del tema, che come ovvio richiederebbe molte più pagine, che l'esistenza stessa di un territorio della Palestina, e anche in gran parte della sua delimitazione, deriva *expressis verbis*, sia dalla Dichiarazione di intenti del 1993, che dai successivi accordi, con particolare riferimento a quelli di Sharm el Sheik e di Wye River⁵⁶, dove si parla appunto di *redeployment* delle forze armate *occupanti* di Israele dai territori del West Bank e di Gaza (divisi in varie aree, di liberazione successiva) ben precisamente indicati: documenti e fatti mai contestati se non (il che mi pare perfettamente legittimo) nella loro interpretazione da Israele, ma puntualmente “dimenticati” nella gran parte degli studi più recenti sul tema.

⁵³ *Per venerabilem*, Decretale 1202 di Innocenzo III, che, a proposito del Re di Francia afferma, appunto: *cum ipse in temporalibus minime recognoscat*.

⁵⁴ «*Rex Siciliae in regno suo est monarchia et habet omnia iura ad Imperatorem spectantia, quia est exemptus ab Imperio, cui non est subiectus ...*» come afferma BARTOLOM. A CAPUA, *Ad Const. Regni Siciliae, I de legib. et consuet.*, citato nello splendido studio di CALASSO F., *I glossatori e la teoria della sovranità: studio di diritto comune pubblico*, Milano (Giuffrè) 1957, p. 40 nt. 3 che si sofferma ampiamente sul tema, anche per rivendicare l'origine italiana (contestata in particolare dall'Ercole, che ne propugnava una derivazione francese), del principio, elaborato ampiamente come noto da MARINO DA CARAMANICO, *Proemio al Liber Constitutiones* di Federico II, pubblicato in appendice al medesimo volume di CALASSO, cit. Cfr. anche MOLITOR W., *Die Dekretale per venerabilem*, Münster (A. Russel Verlag) 1876, e v. anche riferimenti in ERCOLE F., *Impero e Papato nella tradizione giuridica bolognese e nel diritto pubblico italiano nel Rinascimento (sec. XIV-XV)*, in *Deputazione di storia patria per le provincie di Romagna*, Atti e memorie, 1910-11, Bologna 1911, p. 1 ss.

⁵⁵ Cosa che già in pieno Medioevo era acquisita, come si legge nel commento alla affermazione cit. *rex superiorem ...*, di AZZONE (1267) e di ALANO (1287): «*Et quod dictum est de imperatore dictum habeatur de quolibet rege vel principe qui nulli subest. Unusquisque enim tantum iuris habet in regno suo quantum imperator in imperio*», «*Item quilibet [rex] hodie videtur eandem potestatem habere in terra sua, quam imperator, ergo potest facere quod sibi placet*». Da cui la famosa rabbiosa reazione di Bonifacio VIII alla pretesa di Filippo il Bello di essere riconosciuto (anzi di affermarsi del tutto autonomamente!) come re (che afferma, infatti, insolentemente: «*solum Deum superiorem habent in temporabilibus nullum alium recognoscentes superiorem in istis, nec imperatorem nec papam*»): *Nec insurgat hic superbia gallicana: quae dicit quod non recognoscit superiorem. Mentiantur: quia de iure sunt et esse debent sub rege romano et imperatore quia constat quod Christiani subditi fuerunt monarchis Ecclesiae romanae et esse debent ...* Citazioni ricavate da CALASSO F., *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, (Giuffrè), 965, p. 251 ss.

⁵⁶ Su tutto ciò, rinvio al mio, cit. *La questione, passim*.

Che poi non si tratti di veri e propri trattati internazionali (perché, tra l'altro, non registrati presso le NU, motivazione, direi, assai debole) è cosa largamente opinabile⁵⁷, viste anche le forme ultra solenni in cui furono stipulati, ma specialmente alla luce del fondamentale scambio di lettere (di reciproco riconoscimento)⁵⁸ tra Israele (Presidente Rabin) e OLP (Presidente Arafat⁵⁹). Sarà un caso o un errore, ma sul sito ufficiale del Ministero degli Esteri di Israele, le lettere sono raccolte sotto il titolo di «*Israel-PLO Recognition: Exchange of Letters between PM Rabin and Chairman Arafat*»⁶⁰.

Altro e molto politicamente complesso è il discorso sui cdd. “insediamenti” nel territorio destinato alla Palestina, sulla cui assoluta e ovvia illegittimità non occorre spendere ulteriori parole. Tanto più che nei, falliti, colloqui di Camp David tra Arafat e Barak (del Luglio 2000, ufficialmente segreti) la proposta israeliana di mantenere quasi tutti gli insediamenti, di acquisire l'intera Gerusalemme come capitale del solo Stato di Israele e di mantenere il pieno controllo dei confini “esterni” della Palestina, fu respinto dai palestinesi, anche se, ripeto, il

⁵⁷ Del resto, non mi pare da trascurare l'art. 3 della cit. *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*: «International agreements not within the scope of the present Convention: The fact that the present Convention does not apply to international agreements concluded between States and other subjects of international law or between such other subjects of international law, or to international agreements not in written form, shall not affect: (a) the legal force of such agreements; (b) the application to them of any of the rules set forth in the present Convention to which they would be subject under international law independently of the Convention; (c) the application of the Convention to the relations of States as between themselves under international agreements to which other subjects of international law are also parties» (corsivi miei). Non credo sia necessario aggiungere commenti a sì chiare espressioni.

⁵⁸ Confesso che mi sfugge perché questo riconoscimento reciproco, non abbia valore alcuno secondo l'Editorialista più volte cit., che infatti quelle lettere nemmeno le menziona, ma, certo, chi è al di là delle parti ...

⁵⁹ Del quale ultimo, viene addirittura fissata la definizione ufficiale, nello scambio di lettere degli accordi del Cairo...: *Letters sent by Arafat and Rabin, May the 4th 1994: Arafat to Rabin*: «... The PLO undertakes to submit to the next meeting of the Palestinian National Council for formal approval the necessary changes in regard to the Palestinian Covenant, as undertaken in the letter dated September 9, 1993 signed by the Chairman of the PLO and addressed to the Prime Minister of Israel. When Chairman Arafat enters the Gaza Strip and the Jericho Area, he will use the title 'Chairman (Ra'ees in Arab) of the Palestinian Authority' or 'Chairman of the PLO, and will not use the title 'President of Palestine'». *Rabin to Arafat*: «...The PLO undertakes to submit to the next meeting of the Palestinian National Council for formal approval the necessary changes in regard to the Palestinian Covenant, as undertaken in the letter dated September 9, 1993 signed by the Chairman of the PLO and addressed to the Prime Minister of Israel. When Chairman Arafat enters the Gaza Strip and the Jericho Area, he will use the title 'Chairman (Ra'ees in Arab) of the Palestinian Authority' or 'Chairman of the PLO', and will not use the title 'President of Palestine'» (corsivi miei).

⁶⁰ Cfr. www.mfa.gov.il.

contenuto esatto delle proposte è rimasto ignorato, mentre hanno circolato cartine geografiche riferibili a quelle proposte⁶¹.

Che, infine, Israele pretenda (legittimamente) di disporre di confini difendibili, è perfettamente normale e suscettibile solo di un negoziato, che, però parta dal confine del 1967 (almeno): che è appunto ciò che Israele finora rifiuta. Né, per concludere, appare molto chiaro perché, fin tanto che i negoziati, “voluti” anche dalla poco concludente Road Map non siano conclusi, la Palestina non possa esistere come Stato, né comunque fare alcunché: non è una sorta di condizione potestativa⁶²?

Quei “negoziati”, peraltro, si sono trascinati stancamente per anni e ancora si trascinano. A meno, dunque, che qualche fatto nuovo non intervenga a cambiare la situazione, le cose sembrano restare congelate, pur se da un lato Israele continua nei fatti compiuti, e la Palestina cerca di farsi riconoscere come Stato in senso stretto. Nel prosieguo ne citerò due: *a.* – l’intervento inconsueto (ma poi, mi pare, lasciato cadere) del Presidente degli Stati Uniti, tradizionali e acritici alleati di Israele, e *b.* – una sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, che completa largamente la ben nota sentenza della *Corte Internazionale di Giustizia* (CIG) sul Muro.

4. Come accennato sopra, il 19 Maggio 2011⁶³, il Presidente degli Stati Uniti ha pronunciato, al Dipartimento di Stato, un importante discorso di politica estera, in cui ha toccato, come vedremo più avanti, l’importante tema del conflitto, o controversia (ma in realtà il primo termine è quello adeguato) tra Israele

⁶¹ V. sul punto il mio scritto negli studi Arangio-Ruiz, cit., dove sono riportate talune interviste a giornali, da cui si evincono i, possibili, contenuti della trattativa.

⁶² Cfr. anche *infra* nt. 219 per la posizione in merito del Senato USA.

⁶³ Delle ulteriori evoluzioni della situazione, non si può dare qui conto, non risultandone di significative al momento di chiudere il presente scritto. Il riferimento al documento v.lo *supra* nt. 33.

e la Palestina. L'essenza del discorso è stata ripetuta anche alla AG delle NU nel Settembre 2011⁶⁴, e in gran parte annunciato già due anni prima al Cairo⁶⁵.

Pochi mesi prima, il 25 Febbraio 2010, la CGUE⁶⁶ emetteva una sentenza, a mio parere di importanza molto maggiore di quanto non si pensi, ma specialmente le cui conseguenze sono direttamente da collegare al discorso qui in atto, circa la possibilità o meno che ad una ditta tedesca (la Brita GmbH) venissero riconosciuti gli sgravi tariffari derivanti dall'acquisto di prodotti in un territorio di stati parte dell'accordo di associazione con l'UE: nella specie, Israele⁶⁷. Si tratta, solo apparentemente, di due cose distanti e differenti. E dunque procediamo con ordine e vediamo in che maniera, invece, le due cose siano strettamente collegate, logicamente come ovvio, e, quel che maggiormente importa ai fini di queste brevissime note, giuridicamente significative per la ricostruzione di una fattispecie giuridica di estrema (apparente) complessità.

⁶⁴ V.lo in *www.cfr.org*, *Discorso* all'AG del 21.9.2011:«... Now, I know, particularly this week, that for many in this hall, there's one issue that stands as a test for these principles and a test for American foreign policy, and that is the conflict between the Israelis and the Palestinians. One year ago, I stood at this podium and I called for an independent Palestine. I believed then, and I believe now, that the Palestinian people deserve a state of their own. But what I also said is that a genuine peace can only be realized between the Israelis and the Palestinians themselves. One year later, despite extensive efforts by America and others, the parties have not bridged their differences. Faced with this stalemate, I put forward a new basis for negotiations in May of this year. That basis is clear. It's well known to all of us here. *Israelis must know that any agreement provides assurances for their security. Palestinians deserve to know the territorial basis of their state.* ... Ultimately, it is the Israelis and the Palestinians, not us, who must reach agreement on the issues that divide them: on borders and on security, on refugees and Jerusalem.... And that is and will be the path to a Palestinian state – negotiations between the parties. We seek a future where Palestinians live in a sovereign state of their own, with no limit to what they can achieve. There's no question that the Palestinians have seen that vision delayed for too long. It is precisely because we believe so strongly in the aspirations of the Palestinian people that America has invested so much time and so much effort in the building of a Palestinian state, and the negotiations that can deliver a Palestinian state. But understand this as well: America's commitment to Israel's security is unshakeable. Our friendship with Israel is deep and enduring. And so we believe that any lasting peace must acknowledge the very real security concerns that Israel faces every single day.That is the truth – each side has legitimate aspirations – and that's part of what makes peace so hard. And the deadlock will only be broken when each side learns to stand in the other's shoes; each side can see the world through the other's eyes. That's what we should be encouraging. That's what we should be promoting».

⁶⁵ *Infra*, nt. 68, per taluni riferimenti al testo.

⁶⁶ CGUE, C-386/08.

⁶⁷ Ciò accade, merita di essere sottolineato, per la scrupolosa attenzione di un funzionario doganale tedesco, che si pose appunto il problema della provenienza reale, pur essendo la cosa, nella sostanza, irrilevante, dato che comunque l'esonazione sarebbe stata praticata.

Come rilevato, nel citato intervento del Presidente USA, si evidenzia un cambiamento profondo di politica⁶⁸, del quale è difficile non tenere il debito conto, stante la particolare importanza, che riveste nella politica statunitense la cd. lobby ebraica⁶⁹, che ha sempre fortemente influito sulla politica estera statunitense. A dire il vero, a quelle affermazione di principio, non sembrerebbe che vi siano stati seguiti significativi.

Ma termino qui le considerazioni “politiche”, perché, al di là dell’aspetto strettamente politico della vicenda, che a stretto rigore non dovrebbe interessare uno scritto giuridico, è però un fatto, e di questo qui mi occupo, che, specialmente nel diritto internazionale, l’influenza delle dichiarazioni o altri simili atti dei soggetti, determina, o può determinare, la formazione di norme, per lo più non scritte, che possono contribuire alla soluzione delle controversie giuridiche. Tan-

⁶⁸ Ampiamente e clamorosamente annunciato già nel 2009 al Cairo, 4.6.2009, Cairo University, v.: *The White House Office Of The Press Secretary (Cairo, Egypt)*, For Immediate Release, June 4, 2009 : « America’s strong bonds with Israel are well known. This bond is unbreakable... On the other hand, it is also undeniable that the Palestinian people – Muslims and Christians – have suffered in pursuit of a homeland. For more than 60 years they’ve endured the pain of dislocation. Many wait in refugee camps in the West Bank, Gaza, and neighboring lands for a life of peace and security that they have never been able to lead. They endure the daily humiliations – large and small – that come with occupation. So let there be no doubt: The situation for the Palestinian people is intolerable. And America will not turn our backs on the legitimate Palestinian aspiration for dignity, opportunity, and a state of their own.... The only resolution is for the aspirations of both sides to be met through two states, where Israelis and Palestinians each live in peace and security.... That is in Israel’s interest, Palestine’s interest, America’s interest, and the world’s interest. And that is why I intend to personally pursue this outcome with all the patience and dedication that the task requires. The obligations – the obligations that the parties have agreed to under the road map are clear. For peace to come, it is time for them – and all of us – to live up to our responsibilities.... Now is the time for Palestinians to focus on what they can build. The Palestinian Authority must develop its capacity to govern, with institutions that serve the needs of its people. Hamas does have support among some Palestinians, but they also have to recognize they have responsibilities. To play a role in fulfilling Palestinian aspirations, to unify the Palestinian people, Hamas must put an end to violence, recognize past agreements, recognize Israel’s right to exist.... *At the same time, Israelis must acknowledge that just as Israel’s right to exist cannot be denied, neither can Palestine’s. The United States does not accept the legitimacy of continued Israeli settlements. This construction violates previous agreements and undermines efforts to achieve peace. It is time for these settlements to stop. ... And Israel must also live up to its obligation to ensure that Palestinians can live and work and develop their society. Just as it devastates Palestinian families, the continuing humanitarian crisis in Gaza does not serve Israel’s security; neither does the continuing lack of opportunity in the West Bank. Progress in the daily lives of the Palestinian people must be a critical part of a road to peace, and Israel must take concrete steps to enable such progress. ... America will align our policies with those who pursue peace, and we will say in public what we say in private to Israelis and Palestinians and Arabs. We cannot impose peace. But privately, many Muslims recognize that Israel will not go away. Likewise, many Israelis recognize the need for a Palestinian state. It is time for us to act on what everyone knows to be true*» (corsivi miei).

⁶⁹ V. MEARSHEIMER, WALT, *The Israel Lobby and U.S. Foreign Policy*, New York (Farrar Strauss Giroux), 2007.

to più se valgono a modificare in maniera profonda i termini stessi delle questioni giuridiche da esaminare.

Ciò che rileva fortemente, in quei discorsi (specialmente nel primo), è l'affermazione conclusiva della intenzione americana di vedere Israele tornare ai confini del 1967, o, più precisamente, di partire da quei confini per definire la soluzione negoziata del conflitto, sulla base di un'analisi non certamente superficiale della natura della questione⁷⁰. Quanto precede ho riferito in termini molto sintetici e assai poco approfonditi. Meritano, invece, le affermazioni statunitensi, un approfondimento maggiore, per collocarle in una prospettiva corretta, data la impostazione originale del discorso.

In esso, infatti e innanzitutto, il Presidente degli USA⁷¹ parte da una analisi, abbastanza nuova e per certi versi fondamentale, almeno nella politica statunitense⁷². Quella della collocazione della attuale situazione di taluni paesi arabi, nel quadro della autodeterminazione dei popoli, anzi della autodeterminazione delle popolazioni arabe, nei confronti dei propri regimi politici (e la cd. “primavera araba” ne è stata una conferma clamorosa), definiti senza mezzi termini, come regimi autoritari⁷³, ma anche, benché espressa in termini sintetici, nei confronti dei

⁷⁰ Mi riferisco in particolare, al fatto che nei discorsi in questione il tema sia trattato sotto il profilo dell'autodeterminazione, e specialmente di quell'aspetto di essa che consiste nella “eguaglianza dei diritti dei popoli”.

⁷¹ Cfr. *Dichiarazione del Presidente degli USA*, ...: «But precisely because of our friendship, it's important that we tell the truth: The status quo is unsustainable, and Israel too must act boldly to advance a lasting peace... The dream of a Jewish and democratic state cannot be fulfilled with permanent occupation. Now, ultimately, it is up to the Israelis and Palestinians to take action. No peace can be imposed upon them not by the United States; not by anybody else. But endless delay won't make the problem go away. What America and the international community can do is to state frankly what everyone knows – a lasting peace will involve two states for two peoples: Israel as a Jewish state and the homeland for the Jewish people, and the state of Palestine as the homeland for the Palestinian people, each state enjoying self-determination, mutual recognition, and peace. So while the core issues of the conflict must be negotiated, the basis of those negotiations is clear: a viable Palestine, a secure Israel. The United States believes that negotiations should result in two states, with permanent Palestinian borders with Israel, Jordan, and Egypt, and permanent Israeli borders with Palestine. We believe the borders of Israel and Palestine should be based on the 1967 lines with mutually agreed swaps, so that secure and recognized borders are established for both states. The Palestinian people must have the right to govern themselves, and reach their full potential, in a sovereign and contiguous state... For over two years, my administration has worked with the parties and the international community to end this conflict, building on decades of work by previous administrations. Yet expectations have gone unmet. Israeli settlement activity continues. Palestinians have walked away from talks».

⁷² Ma non in quella in particolare dei paesi arabi, come già analizzato da me in precedenza, nel lavoro GUARINO G., *La Charte Arabe des droits de l'homme dans le système universel des droits de l'homme*, in ZANGHÌ C., BEN ACHOUR R., *La nouvelle Charte arabe des droits de l'homme*, Torino (Giappichelli) 2004, p. 85 ss.

⁷³ È appena il caso di ricordare che non è frequente in dottrina, e meno che mai in politica, l'affermazione del diritto dei popoli a “ribellarsi” ai regimi autoritari, o, più precisamente, a poter

paesi, specie europei, già dominatori coloniali di quei territori⁷⁴. In altre parole: i popoli arabi, secondo il Presidente degli USA, si stanno avvalendo della garanzia della autodeterminazione interna, che implica l'appoggio (la legittimità piena, dell'appoggio) da parte della Comunità internazionale alle loro rivendicazioni. La questione, così posta, equivale a dire, che i conflitti in atto in vari paesi arabi, non possono essere considerati solo come questioni interne a quei regimi, dato che fanno scattare le regole in tema di autodeterminazione dei popoli e dunque (è il corollario) per esse non vale il limite degli affari interni e, in senso più lato, non si applica il secondo, ma il primo Protocollo, del 1977, alle Convenzioni di Ginevra del 1949⁷⁵. Per non dire che, trattandosi di autodeterminazione, l'eventuale conflitto che ne scaturisca è un conflitto internazionale, che giustifica (e magari richiede) l'intervento di terzi⁷⁶.

Va senza dire che l'atteggiamento statunitense è di notevole interesse, nella misura in cui, nella sostanza e come accennato, sembra aderire perfettamente al contenuto effettivo della ben nota Dichiarazione sulle relazioni amichevoli della AG delle NU, A/RES/2625, dove si afferma con chiarezza il "diritto" dei popoli ad agire anche con la forza per la realizzazione di un regime politico consono alle

legittimamente pretendere un regime politico interno, corrispondente (qualunque esso sia) alle proprie aspirazioni. Ciò, a mio parere, giova ricordarlo, sulla scorta di almeno altre due considerazioni, oltre quelle annunciate nel testo: a. – il riferimento al famoso terzo *considerando* della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (A/RES/217 -(III-), dove si afferma: «Whereas it is essential, if the man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and repression ...»; b. – il fatto molto rilevante per cui in entrambe le convenzioni in materia di diritti dell'uomo delle NU, l'art. 1 è dedicato all'autodeterminazione, a conferma di quanto accennato sopra, circa il fatto che senza autodeterminazione non ci sono diritti dell'uomo rispettati, e viceversa.

⁷⁴ Non a caso, nello scritto precedentemente cit. p. 98 ss., parlavo di una sorta di vero e proprio scontro di civiltà (o meglio: rivendicazione di autonomia politica ed economica), tra quelle popolazioni e il mondo occidentale. È appena il caso di ricordare che il discorso si collega anche alla Carta di Helsinki, dove il tema è ampliato, con un riferimento esplicito al diritto di ogni Stato, di stringere le alleanze politiche e militari che preferisce. Su ciò v. il mio *Autodeterminazione*, cit., *passim*.

⁷⁵ Mi limito in queste brevi note solo ad accenni, su temi sui quali ho già a lungo altrove discusso, e in particolare nel mio volume sulla *Autodeterminazione e diritto internazionale*, cit., ma specialmente per taluni riferimenti più specifici rispetto a questo tema, al mio *Autodeterminazione dei popoli e successione di norme contrattuali: alle radici di un conflitto*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2005, p. 7 ss. Beninteso, ciò non implica che ogni azione o comportamento delle cdd. Potenze Occidentali, sia lecito. Sul punto v. infatti ampiamente, PICONE P., *Considerazioni sulla natura della risoluzione del Consiglio di sicurezza a favore di un intervento 'umanitario' in Libia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 213 ss.

⁷⁶ Del resto anche esplicitamente nei discorsi menzionati il Presidente degli USA non manca di riferirsi a situazioni in cui un intervento (se umanitario o no lo lascio da parte) anche armato, a difesa, però, delle popolazioni represses non sarebbe da escludere (v. anche *supra* nt. 31 e testo corrispondente). Lungi da me l'idea di fare del facile politologismo, ma mi pare l'esatto opposto delle motivazioni dell'intervento, che so, in Afghanistan e in Iraq.

proprie aspirazioni⁷⁷. Ciò solo per sottolineare che, in maniera abbastanza nuova, la visione della amministrazione statunitense, sembra non essere più appiattita sulle posizioni israeliane (e sui suoi fondamenti “strategici”), ma su una visione più aperta alla constatazione del fatto che il mondo arabo (in senso lato) sta affrontando un percorso di (come si dice con un termine molto discutibile, benché giornalmisticamente assai diffuso) “democratizzazione”, che lo pone in una posizione assai diversa da quella del passato, sia per quanto attiene ai rapporti tra quel mondo e Israele, che per quanto attiene alla posizione di “conflitto” tra quel mondo e il cd. “mondo occidentale”.

E ciò spiega perché, pur in una situazione ancora assai in movimento, la politica USA possa rivolgersi a guardare al problema nei suoi termini oggettivi, e quindi, innanzitutto, giuridici⁷⁸.

5. Se, come sembra accertato dal mio punto di vista, e come detto fin qui, già da molti anni l’OLP, in rappresentanza del popolo della Palestina⁷⁹ è un soggetto di diritto internazionale capace di stipulare normali accordi internazionali,

⁷⁷ Mi riferisco al co. 1 del capitolo sulla autodeterminazione, della A/RES/2625 (XX): «By virtue of the principle of equal rights and self-determination of peoples enshrined in the Charter of the United Nations, all peoples have the right freely to determine, without external interference, their political status and to pursue their economic, social and cultural development, and every State has the duty to respect this right in accordance with the provisions of the Charter» e al co. 5: «Every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples referred to above in the elaboration of the present principle of their right to self-determination and freedom and independence. In their actions against, and resistance to, such forcible action in pursuit of the exercise of their right to self-determination, such peoples are entitled to seek and to receive support in accordance with the purposes and principles of the Charter».

⁷⁸ Non è sicuramente questo il luogo, lo ripeto, per avanzare considerazioni di carattere politico. Voglio però solo sottolineare, innanzitutto, che, se questa è la situazione politica attualmente in atto in quella zona del mondo, l’ipotesi che avevo avanzato altrove di una sorta di “conflitto di civiltà” (in termini di una sorta rivendicazione collettiva – benché non necessariamente coordinata della autodeterminazione verso, o contro, il “mondo occidentale” v. il mio *La Charte Arabe* cit., p. 85 ss.) tende a scomparire, proprio perché quello stesso mondo oggi pare interessato ad aiutare (con tutti i limiti che l’“aiuto” implica – in termini di difesa degli interessi di quelle stesse potenze – ma che in ogni caso “oggettivamente” sostiene quei movimenti) lo sforzo di lotta delle popolazioni arabe contro i propri regimi oppressivi. Non è infatti certamente un caso che, mentre il Presidente USA affermava quanto detto nel testo, il medesimo (e talune importanti Potenze europee in particolare) contribuiva ad agire militarmente contro il regime libico, e criticava aspramente altri regimi oppressivi arabi, dichiarando (senza, a mio parere per quanto detto sopra, violare il limite degli affari interni degli stati interessati) il proprio appoggio ed invitando a dare appoggio a quelle rivendicazioni. Ciò del tutto a prescindere dalla discussione circa la legittimità dei singoli interventi, v. *supra* nt. 75.

⁷⁹ “Unico” rappresentante, si badi. E ciò sia per le NU che per gli stessi palestinesi, senza eccezione. V. anche *infra* nt. 165.

in grado, a loro volta⁸⁰, di impegnare comportamenti attivi⁸¹, tale sembra anche la convinzione dell'UE, che infatti già fin dal 1997 stipula un accordo con l'OLP, appunto, a favore dell'Autorità palestinese dei territori della "Cisgiordania" e della Striscia di "Gaza"⁸², che nel corso dell'accordo è il referente di tutti gli atti necessari a metterlo in pratica e, specialmente, della produzione delle documentazioni formali necessarie⁸³. Nell'accordo, questo è il punto, ci si riferisce alle facilitazioni di vario genere per i prodotti provenienti rispettivamente dall'UE⁸⁴ e dai territori della striscia di Gaza e della Cisgiordania, senza alcuna ulteriore precisazione e senza indicare differenziazioni di sorta.

⁸⁰ Appare divertente citare qui un'affermazione dell'attuale Primo Ministro Israeliano Netanyahu, allora all'opposizione, alla Knesset, (in *Opposition Leader Netanyahu Criticizes Agreement with PLO* During Knesset Debate, BBC SUMMARY OF WORLD BROADCASTS, Sept. 23, 1993, ME/1801/MED, p. 6, available at: LEXIS, News Library, BBCMIR File) cit. da QUIGLEY (che intitola il lavoro appunto a quella citazione), *Palestine is a Zebra: A Horse With Black and White Stripes is a Zebra*, in *Mich. J. Int'l L.* 2010-2011m p. 749 ss., p. 761: «When you walk into the zoo and see an animal that looks like a horse and has black and white stripes, you do not need a sign to tell you this is a zebra. It is a zebra. When you read this agreement, even if the words a Palestinian state are not mentioned there, you do not need a sign; this is a Palestinian state» (corsivo mio), dove, per quanto riguarda il discorso che ci occupa ora, va sottolineato il fatto che si dia per certo che, appunto, si tratta di un normale accordo.

⁸¹ Cioè capace di assumere validamente ed effettivamente diritti, ma anche obblighi e di soddisfarli, cosa che, come noto, non è in grado di fare un popolo in quanto tale, cui perciò non sono riconoscibili diritti, ma garanzie (nel caso dell'autodeterminazione da parte della Comunità internazionale).

⁸² Secondo, è bene rilevarlo, la terminologia esatta e tradizionale, usata negli accordi da Oslo in poi, dove, dunque, la delimitazione è tutta da definire, ma l'"entità geografica" è perfettamente chiara. Ribadisco: a mio giudizio, quella delimitazione è tutta da fare in ogni direzione.

⁸³ *V. Accordo euromediterraneo interinale di associazione sugli scambi e la cooperazione tra la Comunità europea, da una parte, e l'Organizzazione per la liberazione della Palestina (OLP) a beneficio dell'Autorità palestinese della Cisgiordania e della Striscia di Gaza, dall'altra*, Bruxelles, 24.2.1997, in vigore dal 1.7.1997, in GUCE, L., n. 187 del 16.7.1997. L'accordo è stato poi aggiornato e corretto nei Protocolli 1 e 2, in *Accordo in forma di scambio di lettere tra la Comunità europea e l'Organizzazione per la liberazione della Palestina (OLP), che agisce per conto dell'Autorità palestinese della Cisgiordania e della Striscia di Gaza*, concernente misure di liberalizzazione reciproca e la sostituzione del protocollo n. 1 e del protocollo n. 2 dell'accordo interinale di associazione CE-Autorità palestinese, del 05/01/2005, in vigore dal 01/01/2005, GUUE, L 2 del 5.1.2005.

⁸⁴ In altre parole, si dà per scontato di sapere quale sia il territorio pertinente all'OLP, così come più avanti per Israele. Infatti l'art. 83 dell'accordo con Israele recita semplicemente: «Il presente accordo si applica ai territori in cui si applicano i trattati che istituiscono la Comunità europea e la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, alle condizioni in essi indicate, da una parte, e al territorio dello Stato di Israele, dall'altra». Egualmente, l'art. 73 dell'accordo con l'OLP recita: «Il presente accordo si applica, da una parte, ai territori in cui si applica il trattato che istituisce la Comunità europea, alle condizioni in esso indicate e, dall'altra, al territorio della Cisgiordania e della Striscia di Gaza». Benché possa apparire marginale, non si può sottacere che

Ora: benché possa apparire marginale (ma, a mio parere non lo è!), non si può sottacere il fatto che, mentre per quanto riguarda i paesi UE, nell'accordo si precisa che i territori di questi ultimi sono «alle condizioni in essi indicate», nulla del genere si precisa per quanto attiene ai territori di Gaza ecc. E si spiega, dato che, ad esempio l'art. 36 del Titolo VII del Protocollo IV dell'accordo con Israele, esclude esplicitamente i territori di Ceuta e Melilla, non diversamente da come fa l'art. 35 del Prot. III dell'accordo con l'OLP. E dunque, mentre i paesi UE indicano esplicitamente a quali territori si applica l'accordo (dato *che di quei territori hanno la disponibilità certa e indiscussa*), per Israele, da una parte e l'OLP, dall'altra, la delimitazione del territorio è ... *implicita*. Quando, perciò, si pone il problema della provenienza dei prodotti destinati alla Brita, il funzionario tedesco definisce la provenienza sulla base della situazione di fatto a sua (cioè ad universale, in senso formale) conoscenza – cosa confermata testualmente anche dalla sentenza, che fa anche di più, escludendo esplicitamente i territori occupati per quanto attiene alla sovranità israeliana⁸⁵ – riferendo dunque la *situazione di fatto al momento dei fatti*, quando, non essendo ancora risolta la questione dei confini, *quelli che valgono sono i confini della risoluzione 181 (II)*!

Tutto ciò, è perfettamente comprensibile e da condividere. L'accordo di Oslo⁸⁶, infatti, oltre a riferirsi alla più volte citata risoluzione 181 (II) dell'AG delle NU, assegna all'OLP la “rappresentanza” esterna dell'ANP⁸⁷ con riferimento ai territori palestinesi, che sono quelli di cui alla risoluzione in questione, accettata

⁸⁵ *Infra* nt. 107 e testo corrispondente.

⁸⁶ Uso qui, e in seguito, questa formula, per riferirmi all'accordo in questione e alle sue successive redazioni e integrazioni. Solo quando il riferimento è ad una specifica norma, la citazione è più precisa. V. ad es.: *Agreement On Preparatory Transfer of Powers and Responsibilities*, Erez 29.8.1994, *Preambolo* co. 6: «REAFFIRMING their understanding that the interim self-government arrangements, including the preparatory arrangements to apply in the West Bank contained in this Agreement, are an integral part of the whole peace process and that the negotiations on the permanent status will lead to the implementation of Security Council Resolutions 242 and 338 ...»; *Declaration of principles on Interim self-government*, Washington 13.9.1993 art. 1: «The aim of the Israeli-Palestinian negotiations within the current Middle East peace process is, among other things, to establish a Palestinian Interim Self-Government Authority, the elected Council (the “Council”), for the Palestinian people in the West Bank and the Gaza Strip, for a transitional period not exceeding five years, leading to a permanent settlement based on Security Council Resolutions 242 and 338».

⁸⁷ Si badi: “assegna”. Nel senso che all'OLP la rappresentanza del popolo palestinese già spetta a pieno titolo in quanto Movimento di Liberazione Nazionale, soggetto di diritto internazionale, espressione di quel popolo, mentre quella interna dell'ANP è il frutto solo dell'accordo intercorso tra Israele e la stessa OLP, dato che è proprio in quell'accordo che la ANP viene istituita, con il limite di poter essere rappresentata all'esterno solo dall'OLP. In altre parole: non è l'OLP che viene “autorizzato” a stipulare accordi per l'ANP (in quanto MLN potrebbe farlo a prescindere!), ma è l'ANP cui viene imposto di trovare rappresentanza esterna solo attraverso l'OLP. V. per tutti UN Doc. A/48/486 S/26560 11 October 1993, *Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements*, 13.9.1993, che, non a caso, inizia con la frase: «The Government of the State of Israel and the PLO team...».

e riconosciuta come decisiva non solo da Israele, nella citata dichiarazione sulla costituzione dello Stato, ma anche dall'OLP (oltre che nei menzionati trattati) nel documento adottato dall'OLP nel 1988 in cui si dichiara l'indipendenza della Palestina⁸⁸.

Su queste premesse si inserisce la sentenza di cui abbiamo parlato, nella quale il problema consiste nell'accertare se certi prodotti siano o meno *formalmente* di provenienza israeliana, dato che anche Israele ha stipulato, a sua volta, con l'UE un accordo simile a quello stipulato con la Palestina sulla base di una Decisione 2000/384 CE CECA⁸⁹, che approva il relativo accordo di associazione, in tutto simile a quello con la Palestina. L'art. 83 di detto accordo stabilisce che esso si applica ai territori dell'UE e di Israele, senza ulteriori specificazioni⁹⁰.

Senza entrare nel merito di due accordi estremamente complessi, quello che conta sottolineare è come entrambi i riferimenti siano al tempo stesso generici e precisi per quanto attiene alla provenienza delle merci, da sottoporre alle agevolazioni tariffarie.

Più analiticamente.

L'accordo UE – OLP, si apre proprio con una significativa distinzione: l'accordo, infatti è stipulato con l'OLP, ma l'art. 1 dell'accordo stesso afferma: «1. È istituito un accordo interinale di associazione sugli scambi e la cooperazione tra la Comunità e l'Autorità palestinese»⁹¹, correttamente dato che, come ho osservato poco più sopra, il risultato degli accordi di Oslo è chiarissimo, anche se assai complesso: l'OLP, in quanto tale, tiene i rapporti internazionali, ma l'ANP è quella che gestisce il territorio e ne amministra le attività. E dunque l'ovvia affermazione per la quale (nel preambolo) l'accordo è stipulato dall'OLP «... a beneficio dell'Autorità palestinese della Cisgiordania e della striscia di Gaza ... » si risolve in pratica in un accordo con l'ANP che è quella che gestisce effettivamente il territorio, e che, incidentalmente, deve produrre tutta la documentazione *ufficiale*

⁸⁸ V.la in UN Doc. A/43/827-S/20278. Sorvolo sul fatto che come rilevato di dichiarazione di indipendenza non sarebbe del tutto corretto parlare anche con riferimento alla Palestina. Per una analisi più approfondita, v. *Personalità giuridica*, cit., p. 115 ss., e cfr. *supra* nt. 4 e testo corrispondente e *infra*, § 9.

⁸⁹ È appena il caso di rilevare che l'accordo con Israele è successivo a quello della OLP. La cosa in sé potrebbe non avere rilevanza, ma è utile per segnalare come l'UE abbia ritenuto di stipulare accordi con l'OLP, indipendentemente da Israele, e poco dopo la stipulazione degli accordi di Oslo e, specialmente, dopo lo scambio di lettere di riconoscimento reciproco.

⁹⁰ *Supra* nt. 84.

⁹¹ Che è la denominazione sintetica della “somma” di OLP e ANP: *Accordo* cit.: «La Comunità Europea, in appresso denominata “la Comunità”, da una parte, e l'Organizzazione per la Liberazione Della Palestina (OLP) A Beneficio dell'autorità Palestinese della Cisgiordania e della Striscia Di Gaza, in appresso denominate “l'Autorità palestinese”, ...». come dire che le due entità sono parte ciascuna per la sua specifica competenza: l'OLP per stipulare e impegnare, l'ANP per applicare nel suo ambito di competenza territoriale.

necessaria e sufficiente⁹². E dunque, voglio dire, la definizione del territorio effettivo a cui si riferisce l'accordo, è quella del territorio assoggettato all'autorità palestinese, così come risultante dagli accordi di Oslo, Washington, Taba, ecc. stipulati dall'OLP anche a suo beneficio. Inoltre, art. 4, «Le disposizioni del presente capitolo si applicano ai prodotti originari della Comunità e della Cisgiordania e della Striscia di Gaza diversi da quelli specificati nell'allegato II del trattato che istituisce la Comunità europea»⁹³.

In altre parole, mentre è acquisita la “distribuzione” dei compiti e dei diritti tra OLP e ANP, nel senso che di “diritti” dal punto di vista internazionale ne ha solo l'OLP, il territorio di cui si tratta è semplicemente e genericamente – ma solo in apparenza la definizione è generica – quello della “Striscia di Gaza” e della “Cisgiordania”, dato che, lo si ripete, esso ricomprende l'intero territorio di cui alla A/RES/181, che include anche la denominazione di “area di Gerico”, che ne è una parte, come risulta dagli accordi di Oslo ecc. citati!

La formulazione della disposizione è pressoché identica nell'accordo con Israele, il cui art. 7 recita, appunto: «Le disposizioni del presente capitolo si applicano ai prodotti originari della Comunità e di Israele diversi da quelli specificati nell'allegato II del trattato che istituisce la Comunità europea e, per quanto riguarda i prodotti originari di Israele, diversi da quelli specificati nell'allegato I del presente accordo». Non diversamente, del resto dispone l'art. 2 in combinato disposto con l'art. 4 del Protocollo 4 del medesimo accordo⁹⁴. In nessuna di que-

⁹² Non a caso, la questione si pone proprio perché l'autorità israeliana ufficialmente esportatrice, alla richiesta delle autorità doganali tedesche, non è in grado di produrre la necessaria documentazione e dunque, tace.

⁹³ Come noto, l'accordo fu rinnovato, sostanzialmente invariato nei contenuti rilevanti, con la Decisione 2005/4/CE, il cui primo considerando recita: «(1) L'articolo 12 dell'accordo euro-mediterraneo interinale di associazione sugli scambi e la cooperazione tra la Comunità europea, da una parte, e l'Organizzazione per la liberazione della Palestina (OLP) a beneficio dell'Autorità palestinese della Cisgiordania e della Striscia di Gaza (in seguito denominata: “Autorità palestinese”), dall'altra, in vigore dal 10 luglio 1997 (in seguito denominato: “l'accordo interinale di associazione”), precisa che la Comunità e l'Autorità palestinese attuano progressivamente una maggiore liberalizzazione, tra l'altro, negli scambi commerciali di prodotti agricoli. L'articolo 14 prevede inoltre che, a decorrere dal 1° gennaio 1999, la Comunità e l'Autorità palestinese esaminino la situazione al fine di determinare le misure di liberalizzazione che la Comunità e l'Autorità palestinese dovranno applicare dal 10 gennaio 2000, secondo gli obiettivi di cui al citato articolo 12».

⁹⁴ Art. 2: «prodotti originari di Israele: a) i prodotti totalmente ottenuti in Israele ai sensi dell'articolo 4 del presente protocollo; b) i prodotti ottenuti in Israele contenenti materiali non totalmente ottenuti sul suo territorio, a condizione che detti materiali siano stati oggetto in Israele di lavorazioni o trasformazioni sufficienti ai sensi dell'articolo 5 del presente protocollo», art. 4, molto importante, che recita: «Prodotti totalmente ottenuti 1. Si considerano “totalmente ottenuti” nella Comunità o in Israele: a) i prodotti minerari estratti dal loro suolo o dal loro fondo marino o oceanico; b) i prodotti del regno vegetale ivi raccolti; c) gli animali vivi, ivi nati ed allevati; d) i prodotti che provengono da animali vivi ivi allevati; e) i prodotti della caccia o della pesca ivi praticate; f) i prodotti della pesca marittima e altri prodotti estratti dal mare con

ste disposizioni si fa anche solo un minimo accenno ai territori o competenze⁹⁵ o altro di Israele, ma solo ed esclusivamente ad Israele in quanto Stato, soggetto di diritto internazionale e pertanto al suo territorio in senso stretto. Del resto, alla luce delle norme vigenti di diritto internazionale, il territorio sotto occupazione, non solo non è, ma non può essere considerato parte, dal punto di vista dello stesso diritto internazionale, del territorio dello Stato occupante.

5.1 Il caso di specie⁹⁶, per venire finalmente all'oggetto specifico della questione, riguarda l'importazione in Germania, ad opera della ditta Brita GmbH di taluni prodotti industriali provenienti da una parte della Palestina⁹⁷, sotto occupazione israeliana, anzi, parte di un insediamento. Il tutto situato in un'area specifica del territorio, identificato negli accordi di Washington come area c, sulla quale verrà progressivamente trasferito il controllo da parte palestinese: controllo (ju-

le loro navi; g) i prodotti fabbricati a bordo delle loro navi officina, esclusivamente a partire dai prodotti indicati alla lettera f); h) gli articoli usati, a condizione che siano ivi raccolti e possano servire soltanto al recupero di materie prime, compresi i pneumatici usati che possono servire solo per la rigenerazione o essere utilizzati come cascami; i) gli scarti e i residui provenienti da operazioni manifatturiere ivi effettuate; j) i prodotti estratti dal suolo o dal sottosuolo marino al di fuori delle loro acque territoriali, purché abbiano diritti esclusivi per lo sfruttamento di detto suolo o sottosuolo; k) le merci ottenute esclusivamente a partire dai prodotti indicati alle lettere da a) a j). 2. Le espressioni “loro navi” e “loro navi officina” di cui al paragrafo 1, lettere f) e g) si applicano soltanto nei confronti delle navi e delle navi officina: – che sono immatricolate o registrate in Israele o in uno Stato membro della Comunità, – che battono bandiera di Israele o di uno Stato membro della Comunità, – che appartengono almeno per metà a cittadini di Israele o di uno Stato membro della Comunità o ad una società la cui sede principale è situata in Israele o in uno di detti Stati, di cui il dirigente o i dirigenti, il presidente del consiglio di amministrazione o di vigilanza e la maggioranza dei membri di tali consigli sono cittadini di Israele o di Stati membri della Comunità e di cui, inoltre, per quanto riguarda la società di persone o le società a responsabilità limitata, almeno la metà del capitale appartiene a detti Stati, a Israele, a loro enti pubblici o cittadini, – il cui comandante ed i cui ufficiali sono tutti cittadini di Israele o di Stati membri della Comunità, – e il cui equipaggio è composto, almeno per il 75%, di cittadini di Israele o di Stati membri della Comunità. 3. Le espressioni “Israele” e “la Comunità” comprendono anche le acque territoriali di Israele e degli Stati membri della Comunità. Le navi operanti in alto mare, comprese le “navi officina” a bordo delle quali viene effettuata la trasformazione o la lavorazione dei prodotti della loro pesca, sono considerate parte del territorio della Comunità odi Israele, purché ricorrano le condizioni di cui al paragrafo 2».

⁹⁵ Anche nel senso di cui al mio recente GUARINO G., *L'adesione della UE alla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e la Costituzione italiana*, in <http://www.giurcost.org>, § 2, ora, con ampi rimaneggiamenti, GUARINO G., *Costituzione italiana e adesione dell'UE alla CEDU*, in *Grotius*, volume monografico, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali*, 2008 p. 69 ss.

⁹⁶ Sulla sentenza cfr. MARTINES, *Norme sull'origine dei prodotti e applicazione territoriale dell'Accordo di Associazione con Israele al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 691 ss.

⁹⁷ Per la precisione: «fabbricati in Cisgiordania», conclusioni dell'Avvocato Generale BOT, n. 2.

isdiction, nel testo inglese⁹⁸) ma non sovranità territoriale⁹⁹. Si tratta, insomma, di prodotti provenienti da un'area, attualmente, "contesa" e sotto occupazione israeliana, ma destinata a diventare, almeno in parte, territorio palestinese¹⁰⁰.

La sentenza, e ciò va sicuramente a suo grande merito, evita la facile e ovvia strada di dichiarare irrilevante la controversia sulla base del fatto che, in ogni caso, i prodotti sarebbero derivanti da un territorio cui è assicurata l'esenzione tariffaria¹⁰¹. Siano, infatti, o meno quei prodotti originari di territori israeliani o palestinesi, ad essi l'esenzione tariffaria si applicherebbe e dunque, dal punto di vista dell'UE (e anche della stessa impresa), nulla sostanzialmente cambierebbe¹⁰². La Corte invece decide di entrare nel merito del problema tecnico di accertare se i prodotti provengano, formalmente, da Israele o no. E non è una sottigliezza espositiva: la Corte infatti, cerca di accertare la veridicità della dichiarazione di provenienza, e, una volta concluso che i prodotti non provengono (o meglio, non si possono considerare come provenienti) da Israele, dichiara che ad essi non si applica la esenzione tariffaria. Anzi, per maggiore precisione, e per integrare il senso di quanto sto affermando, la Corte (assumendo un tono apparentemente formalistico) constata il fatto per cui la dichiarazione di origine, richiesta dalle autorità tedesche di importazione, *non è stata fornita*, nel senso che la richiesta è rimasta senza risposta ad un sollecito, stante *il dubbio sulla dichiarazione originaria!*¹⁰³ La Corte, cioè, accerta *per tabulas*, anzi per ammissione implicita della parte interessata a dimostrare il contrario, che Israele e le sue autorità, non

⁹⁸ Il termine, come noto, è spesso sinonimo di sovranità, ma comunque (v. nt. successiva) viene usato con riferimento alla Palestina, ma non con riferimento ad Israele, v. il testo in nt. 100.

⁹⁹ Sul punto v. anche, in termini dubitativi, KORNFIELD, *ECJ Holds that West Bank Products are Outside Scope of the EU-Israel Association Agreement*, in *ASIL insight* June 23, 2010, § III.B. Sia consentito di rilevare come, anche in questo caso, il termine jurisdiction non è riferito al concetto di sovranità territoriale, nella misura in cui riguarda territori non ancora sotto la sovranità territoriale della Palestina, che ancora non esiste, né dell'OLP, che non dispone di un territorio, né dell'ANP, che vi svolge solo funzioni amministrative. V., infatti, il mio *L'adesione*, cit., in <http://www.giurcost.org>.

¹⁰⁰ Per maggiore precisione, si tratta di un'area definita *c* dall'art. XI degli *Interim Agreements*, cit. (che, come noto, sostituiscono l'accordo del Cairo su Gaza e Gerico), dove, alla lettera *c* del n. 3 dell'art. cit., si precisa che: «"Area *c*" means areas of the West Bank outside Areas *A* and *B*, which, except for the issues that will be negotiated in the permanent status negotiations, will be *gradually transferred to Palestinian jurisdiction* in accordance with this Agreement» L'annesso III all'accordo stesso, precisa tra l'altro, all'art. IV.4 che: «4. The transfer of powers and responsibilities in Area *c* shall not affect *Israel's continued authority* to exercise its powers and responsibilities with regard to *internal security* and public order, as well as with regard to other powers and responsibilities not transferred», quindi, a maggior conferma, in nessun caso poteri economici o gestionali spettano, *già ora e subito*, ad Israele.

¹⁰¹ Come, invece, proposto dal Finanzgericht tedesco.

¹⁰² Anzi, ad essere precisi, all'impresa converrebbe grandemente una soluzione del genere, per evitare di perdere i privilegi tariffari in vigore.

¹⁰³ Sorvolo sulla vera e propria truffa, prodotta nella dichiarazione originaria.

ritengono di poter affermare che quei prodotti provengono dal loro territorio¹⁰⁴! In un certo senso, si potrebbe affermare (anzi certamente si può affermare!) che è la stessa Israele che ammette che quei territori non le appartengono.

Ciò basta (o meglio potrebbe bastare) alla Corte per affermare che ai prodotti in questione, quella agevolazione non spetta. Sarebbe, però, ingeneroso ritenere che la Corte abbia solo voluto aggirare il delicato problema giuridico e politico di definire quale sia effettivamente il territorio israeliano e quale quello palestinese. L'espedito, diplomaticamente brillante, non nasconde per nulla una affermazione estremamente chiara e netta: a chiunque appartengano (o apparterranno) quei territori (addirittura quegli insediamenti) *oggi non sono di Israele*, e il fatto che l'esenzione si potrebbe ben concedere dato che comunque i prodotti provengono da un territorio cui le agevolazioni si applicherebbero comunque, non vale a permettere alla Corte di superare il problema.

Anzi, è proprio la considerazione dell'esistenza di un accordo con l'OLP, ciò che determina la decisione, nella misura in cui, come la Corte afferma al § 52 della sentenza: «... interpretare l'art. 83 dell'accordo di associazione CE-Israele nel senso che le autorità israeliane sarebbero investite di competenze doganali riguardo ai prodotti originari della Cisgiordania *si risolverebbe nell'imporre alle autorità doganali palestinesi l'obbligo di non esercitare le competenze loro peraltro attribuite dalle menzionate disposizioni CE-OLP*¹⁰⁵. Una siffatta interpretazione, avente l'effetto di creare un obbligo per un *soggetto terzo* senza il suo consenso, si porrebbe in contrasto con il principio di diritto internazionale generale “pacta tertiis nec nocent nec prosunt”, quale codificato all'art. 34 della Convenzione di Vienna». In altre parole, il rischio sarebbe addirittura quello di violare la ... “sovranità” di un altro soggetto di diritto internazionale, del quale è esplicitamente riconosciuta la competenza, che, per essere territoriale, è evidentemente esclusiva. E non è certo una sottigliezza, dato che per questa via la Corte afferma che, rispetto ad Israele e la CE, l'OLP è “terzo” strettamente parlando, titolare di tutti i diritti del terzo, così come gli altri soggetti, a loro volta titolari dell'obbligo di non interferenza. Se a ciò si aggiunge la notazione iniziale con cui la Corte sgom-

¹⁰⁴ Infatti, la sentenza, molto importante sul punto, afferma: «33 Con lettera 6 febbraio 2003, le autorità doganali tedesche chiedevano all'amministrazione doganale israeliana, a titolo complementare, se le merci di cui trattasi fossero state prodotte negli insediamenti israeliani in Cisgiordania, nella Striscia di Gaza, a Gerusalemme est o sulle alture del Golan. Tale lettera restava senza risposta». Come dire, a buon intenditor ... ! ma è interessante rilevare che le stesse autorità tedesche (e la Corte sembra della stessa opinione) danno una precisa definizione del “territorio palestinese”, quando non solo ignorano tranquillamente le varie differenziazioni interne (Gerico, inclusa), ma addirittura e senza mezzi termini definiscono come territorio occupato (e quindi non di pertinenza sovrana israeliana) quello della alture del Golan.

¹⁰⁵ Come dire che è stato l'accordo CE-OLP ad *accertare* quale sia il territorio della Palestina, da ciò il rilievo che assegno a questa sentenza, ai fini della definizione della natura della Palestina. E per di più, la Corte non fa menzione di accordi interinali o altro: il territorio della “autorità palestinese” è dato dall'accordo CE-OLP e basta.

bera il campo dalla possibile obiezione relativa alla natura del trattato (con un secco riferimento all'art. 3 della Convenzione di Vienna¹⁰⁶), la misura mi sembra cMa c'è di più, perché al punto 64 della sentenza la Corte afferma seccamente che: «Tuttavia, nella causa principale, il controllo a posteriori ex art. 32 del protocollo CE-Israele non verteva sulla questione se i prodotti importati fossero stati interamente ottenuti in una determinata località o fossero stati ivi soggetti a lavorazione o trasformazione sufficienti per poter essere considerati originari della località medesima conformemente alle disposizioni del protocollo CE-Israele. L'oggetto del controllo a posteriori riguardava il luogo di fabbricazione stesso dei prodotti importati al fine di accertare se tali prodotti ricadessero nella sfera di applicazione territoriale dell'accordo di associazione CE-Israele. *L'Unione esclude infatti i prodotti ottenuti nelle località collocate sotto amministrazione israeliana successivamente al 1967 dal beneficio del trattamento preferenziale definito nell'accordo*¹⁰⁷. Va senza dire che: se i prodotti non sono ottenuti in località sotto la amministrazione israeliana, vuol dire che non sono sotto stati prodotti in territori sotto la sua sovranità.

A prescindere da ciò, si potrebbe anche aggiungere, sia pure con molte cautele, che, essendo l'accordo intervenuto senza riserve da parte dei Membri della UE, saremmo in presenza di una sorta di acquiescenza, di tacita accettazione da parte dei paesi europei di quei confini. E non sarebbe cosa di poco momento, almeno in termini di coerenza dei comportamenti dei paesi medesimi, oltre ad essere un elemento, questo sì, molto più forte di molti altri per affermare la propria pretesa ad un certo territorio¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Punti 40 e 41 della sentenza: «40 Il diritto internazionale dei trattati è stato codificato, sostanzialmente, nella Convenzione di Vienna. Essa si applica, a termini del suo art. 1, ai trattati conclusi tra Stati. Tuttavia, ai sensi del successivo art. 3, lett. b), il fatto che essa non si applichi ad accordi internazionali conclusi tra Stati ed altri soggetti di diritto internazionale non pregiudica l'applicazione a tali accordi di qualsivoglia regola dettata dalla detta Convenzione alla quale essi fossero soggetto in vista del diritto internazionale, indipendentemente della Convenzione medesima. 41 Ne consegue che le regole contenute nella Convenzione di Vienna si applicano ad un accordo concluso tra uno Stato ed un'organizzazione internazionale, quale l'accordo di associazione CE-Israele, nella misura in cui tali regole costituiscono espressione del diritto internazionale generale di natura consuetudinaria. L'accordo di associazione CE-Israele dev'essere conseguentemente interpretato alla luce di tali regole», pr concludere al punto 52, parzialmente riportato nel testo su nt. 105: «Pertanto, interpretare l'art. 83 dell'accordo di associazione CE-Israele nel senso che le autorità israeliane sarebbero investite di competenze doganali riguardo ai prodotti originari della Cisgiordania si risolverebbe nell'imporre alle autorità doganali palestinesi l'obbligo di non esercitare le competenze loro peraltro attribuite dalle menzionate disposizioni CE-OLP. Una siffatta interpretazione, avente l'effetto di creare un obbligo per un soggetto terzo senza il suo consenso, si porrebbe in contrasto con il principio di diritto internazionale generale «pacta tertiis nec nocent nec prosunt», quale codificato all'art. 34 della Convenzione di Vienna».

¹⁰⁷ Cioè, come detto *supra* nt. 105, è la UE, d'accordo *solo* con l'OLP che definisce come territorio della Palestina, quello occupato con la guerra del 1967.

¹⁰⁸ *Infra* nt. 110.

E dunque, non solo nulla autorizza a pensare che, sia pure sulla base dell'accordo UE Israele, le autorità israeliane possano, dal punto di vista dell'Unione, svolgere le necessarie funzioni su quei territori, ma addirittura la Corte esclude del tutto che i prodotti da lì provenienti, *in quanto prodotti su territori occupati con la guerra del 1967*, possano rientrare in quell'accordo. Non è citata la risoluzione 242 del cds e nemmeno la 181 dell'AG, ma il riferimento ad esse è implicito, sia di fatto sia, più sottilmente, perché l'accordo con Israele è di molti anni successivo rispetto a quello delle due risoluzioni, ma anche degli accordi di Oslo e di Washington, dove esplicitamente Israele e l'OLP facevano riferimento alle risoluzioni stesse, accertando così *per tabulas* che quei territori, non erano da considerarsi sotto la sovranità territoriale israeliana.

Infine, il riferimento alla Convenzione di Vienna, che assume una duplice valenza, in quanto: mentre serve ad affermare la applicabilità della Convenzione di Vienna stessa alla UE, pur non essendo la UE tecnicamente uno Stato¹⁰⁹, dichiara l'obbligo della UE di trattare con l'OLP alla luce della Convenzione stessa, e quindi obbliga la stessa UE ad applicare pienamente la norma *pacta tertiis* anche a garanzia di una entità come l'OLP, che, a sua volta, uno Stato in senso tecnico certamente non è. E dunque, decidere anche su competenze di esso, inciderebbe sulla sovranità (a mio parere, meglio: competenza) di un altro ente, a sua volta, non Stato in senso tecnico¹¹⁰.

E qui, per concludere, si torna a quanto già osservato altrove¹¹¹, circa la definizione odierna del contenuto del concetto di sovranità, rispetto al quale il riferimento alla sovranità territoriale, inteso come possesso continuo e indisturbato del territorio senza interferenze legittime altrui, va largamente superato dato che il contenuto odierno del concetto di sovranità sempre più chiaramente va inteso in termini di competenza, dove la competenza territoriale è *una* delle competenze, ma certamente non *la* competenza più rilevante.

¹⁰⁹ Punti 39 ss. della Sentenza.

¹¹⁰ Merita di essere riportato per intero il, molto significativo, dispositivo della sentenza in commento: «Le autorità doganali dello Stato membro di importazione possono negare la concessione del beneficio del trattamento preferenziale istituito dall'accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e lo Stato di Israele, dall'altra, firmato a Bruxelles il 20 novembre 1995, quando le merci interessate siano originarie della Cisgiordania. Inoltre, le autorità doganali dello Stato membro di importazione non possono procedere ad un concorso di qualificazioni lasciando aperta la questione relativa all'individuazione di quale degli accordi considerati – vale a dire l'accordo di associazione CE-Israele o l'accordo euromediterraneo interinale di associazione sugli scambi e la cooperazione tra la Comunità europea, da una parte, e l'Organizzazione per la liberazione della Palestina (OLP) a beneficio dell'Autorità palestinese della Cisgiordania e della Striscia di Gaza, dall'altra, concluso a Bruxelles il 24 febbraio 1997 – sia applicabile nella specie e se la prova dell'origine debba essere fornita dalle autorità israeliane o palestinesi».

¹¹¹ Cfr. il mio *L'adesione*, cit., § 4.

Ma, se la competenza di Israele non si estende ai territori destinati allo Stato della Palestina, la conseguenza è che di quei territori il possesso è illegittimo o comunque del tutto provvisorio, e che dunque, per dirla con il Presidente Obama, è dallo *status quo* del 1967 (e cioè dalla A/RES/181-II) che si deve partire per discutere, liberamente, tra enti sovrani e uguali della definizione dei reciproci confini.

6. Uno dei fatti che, più di recente, ha fatto tornare il tema della Palestina all'attenzione del pubblico e degli studiosi è stato quello della contestata richiesta di divenire membro effettivo delle NU, cui, come noto ed essendo questo uno dei *topos* sui quali si è soffermata la dottrina, solo *Stati* nel senso del diritto internazionale possono (potrebbero?) accedere, almeno ad una lettura letterale dell'art. 4 della Carta.

Premesso che è indubbio che l'art. 4 della Carta parli di “stati”, è altrettanto indubbio che normalmente (per non dire sempre) nelle relazioni internazionali in genere, in accordi, in statuti di Organizzazioni internazionali, si usi il termine “stati” con riferimento ai rispettivi partecipanti, parti o membri¹¹². Anche perché, logicamente, gli stati sono, lo si voglia o no, gli enti in qualche modo *domini* della Comunità internazionale da Westphalia in poi¹¹³, comunità, che peraltro, si è andata formando in gran parte proprio grazie all'emergere, fin dal Medio Evo, di enti-soggetti, resisi (magari in maniera conflittuale) autonomi nel senso della indipendenza da altri enti tecnicamente “superiori”, come a suo tempo i regni che progressivamente e sempre più numerosi si “affrancavano” dall'Impero e dal Papato¹¹⁴.

¹¹² Che, storicamente, non esclude che quegli stati certi e conclamati, discutano, e trattino con enti che sicuramente stati non sono, quando addirittura solo attraverso complicate contorsioni si possono considerare tali. Si pensi alle trattative degli USA con le nascenti-ma-non-nate Filippine, su cui v. GUARINO G., *Personalità giuridica di diritto internazionale: il caso dell'Organizzazione per la Liberazione della Palestina*, in GIARDINA A., LATTANZI F., *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli (Editoriale Scientifica) 2004, I, p. 85 ss.

¹¹³ Piace, però, citare una frase di Grozio, in GROTII H. *De iure belli ac pacis, liber Primus, Caput I*, p. 1: «Controversiae eorum quos nulla juris civilis tenet communio, quales sunt ei qui in gentem nondum colerunt, et qui inter se diversarum sunt gentium, tum privati, tum reges ipsi, quique par regibus jus obtinent, sive illi optimates sunt, sive populi liberi, aut ad belli aut ad pacis tempora pertinent. Sed, quia bellum pacis causa incipitur, et nulla est controversia unde non bellum oriri possit, occasione bellici juris quaecumque tales incidere solent controversiae recte tractabuntur: ipsum deinde nos bellum ad pacem ut finem suum deducet. Sed quia bellum pacis causa suscipitur, et nulla est controversia unde non bellum oriri possit, occasione bellici juris quaecumque tales incidere solent controversiae recte tractabuntur: ipsum deinde nos bellum ad pacem ut finem suum deducet», dove emerge una concezione abbastanza articolata e complessa in materia di diritto internazionale, che non esclude addirittura i popoli come soggetti (la “j” di ius e sue forme derivate è nel testo). V. anche *supra* nt. 15.

¹¹⁴ *Supra* nt. 55.

Ciò non ha impedito, come ben noto, che anche altri enti non statali (io direi più semplicemente e direttamente: soggetti di diritto internazionale) abbiano potuto aderire e partecipare a trattati redatti da e tra stati. Basterebbe citare il caso della UE, che aderisce in quanto tale alla Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ma i casi nella prassi sono molteplici, così come non pochi sono i casi di stati che, nella realtà tali non sono, ma aderiscono egualmente senza problemi alle varie convenzioni e statuti internazionali¹¹⁵. Non è certo questa la sede per farne un elenco, e quindi mi permetto di dare questo dato come acquisito, benché largamente contestato da chi, allo scopo di affermare che la "Palestina" non essendo uno Stato non può fare praticamente nulla, afferma senza arrossire¹¹⁶ che mai si è visto che un ente non tecnicamente Stato abbia aderito ad una Organizzazione internazionale o abbia sottoscritto in condizioni di parità perfetta un trattato internazionale¹¹⁷. Ho appena finito di illustrare un caso in cui esattamente ciò è accaduto ed è stato perfettamente accettato e riconosciuto dalla CGUE.

¹¹⁵ Anzi, con riferimento, ad es., alla richiesta sottoscrizione unilaterale dell'art. 12 dello Statuto ICC (contestato da molti in quanto l'ANP non è uno Stato) non si può non sottolineare come al detto Statuto aderiscano enti, sulla cui natura di Stato indipendente è quanto meno lecito avere dei dubbi. Solo per fare degli esempi, si pensi alle Isole Marshall (legate. Fino a qualche tempo fa, ad un "compact" con gli USA che ne limita, sembra, l'autonomia), ad Andorra, allo stesso Liechtenstein, alle Isole Cook. Ma poi è da tempo che molto si dubita della sovranità piena di molti cdd. mini-stati, come Nauru, se non altro per il fatto che la loro stessa partecipazione "fisica" a certi organismi è garantita da finanziamenti o aiuti "esterni", ovviamente poco "graziosi".

¹¹⁶ Solo per citare alcuni autori di cui sopra nel testo, v. tra gli altri ASH R., *Is Palestine a State? A response to Professor John Quigley's article "The Palestine Declaration to the International Criminal Court: the statehood issue"*, in *European Centre for Law and Justice*, 3.8.2010, BENOLIEL D, RONEN P., *op. cit.*, DAVENPORT D, ANDERSON K, ESTREICHER S., KONTOROVICH E, KU J., SOFAER A, *Confidential Communication to the OTP*, 19.11.2009, GOLD D, MORRISON D., *Discussion on Whether the Declaration Lodged by the Palestinian Authority Meets Statutory Requirements: Historical and Diplomatic Considerations, NGO Roundtable*, 19-20 October 2010 *Office of the Prosecutor; International Criminal Court*, HERZBERG A., *NGO Monitor Submission to the International Criminal Court Office of the Prosecutor Regarding the "Situation in Palestine"*, 20.10.2010, PUPPINK G., *et al.*, *Memorandum 9.9.2009 all'OTP dell'European Centre for Law and Justice*, PUPPINK G., *Legal memorandum European Centre for Law and Justice in response to Al-Haq*, RONEN Y., *ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip: Article 12(3) of the ICC Statute and Non-state Entities*, in *Journal of International Criminal Justice*, (2010), p. 327 ss., SHAW M., *In the Matter of the Jurisdiction of the International Criminal Court with regard to the Declaration of the Palestinian Authority*, 18.10.2010, *Id.*, *Opinion* per conto della *International Association of Jewish Lawyers and Jurists*, 9.9.2009, tutti reperibili sul sito della ICC.

¹¹⁷ Del resto, per quanto attiene alla esistenza o meno di un obbligo scaturente dalla sottoscrizione degli accordi stipulati da Oslo in poi, è troppo facile e anche un po' umiliante dover ricordare, come già ha dovuto fare la CGUE, che l'art. 3 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, prevede esattamente il caso, da qualunque angolo di visuale lo si voglia guardare. Nel senso che, sia o no uno Stato il soggetto in questione, gli obblighi sottoscritti vanno comunque rispettati.

Il punto da chiarire e da accertare è se chi tratta, negozia o si accorda con chi sia da quest'ultimo considerato, almeno limitatamente all'oggetto della trattativa, uno Stato o, più precisamente, un ente capace di trattare e, specialmente, di assicurare il rispetto degli impegni presi (più ed oltre che poterne pretendere il rispetto, in quanto titolare della disponibilità dell'oggetto della trattativa) sia tenuto a considerarsi (ad essere considerato) su un piede di parità, sia pure limitatamente all'oggetto di quell'accordo specifico. È anche a tal fine che suggerisco fin dall'inizio di questo breve scritto, ma già prima altrove, che negare che possano essere soggetti di diritto internazionale oltre gli stati¹¹⁸, anche altre entità (le Organizzazioni internazionali, tra le prime, ma non tutte) non ha senso, e impone, invece, di distinguere caso per caso se l'ente che negozia vada collocato nella categoria degli stati o in quella più generale dei soggetti di diritto internazionale, dove gli stati sono una particolare categoria di soggetti di diritto internazionale, ma non *i* soggetti di diritto internazionale¹¹⁹, senza che ciò influisca sulla obbligatorietà piena degli impegni assunti e sulla libertà (dunque parità) di trattativa.

Proprio perché mi sembra chiaro che questo elemento può essere dato per acquisito, non mi ci dilungo, come, per conseguenza non entro nella solita, ormai trita, discussione sul fatto che certi “non stati” hanno aderito, senza drammi per nessuno, alle NU (ovviamente, prima di tutto, Bielorussia e Ucraina fin dal 1946), così come alcuni “stati”, accettati concordemente come tali, erano tanto poco stati da lasciare dubbi anche su qualcosa di più: l'indipendenza. Si pensi al, già riferito, caso dei cdd. mini-stati o di quegli stati solo per convenienza o tradizione, o semplicemente per comodo, considerati tali: che so, solo per fare un nome, il Principato di Monaco o Andorra, il Liechtenstein, ecc. (per non parlare della stessa San Marino!), ma anche si potrebbe ben discutere dei casi assai più significativi dell'Iraq e dell'Afghanistan almeno nelle prime fasi della loro ben più che “semplice” occupazione militare straniera.

Perché, appunto, il tema e l'oggetto centrale della discussione non è né può oggi essere la particolare “forma” dell'ente (territorio, popolo e governo) ma, ai fini della sua definizione come soggetto di diritto internazionale, il fatto che sia *effettivamente* in grado di decidere *autonomamente* e senza interferenze esterne *sui temi sui quali quegli enti intendono autonomamente* (per loro scelta,

¹¹⁸ Sempre che dello stesso concetto di “Stato” sia possibile dare una definizione univoca e non controvertibile. Già il solo attributo della indipendenza è suscettibile di ogni variante possibile. Non a caso a lungo nella dottrina, ma specialmente nella prassi, si è parlato di “sovranità limitata” con riferimento, ad es. agli stati parte (spesso non proprio volentieri) dei “blocchi”.

¹¹⁹ Salvo ovviamente a definirne, doverne definire, la *competenza*, ovviamente diversa tra quella degli stati e quella dei soggetti di diritto internazionale non stati. Ma, solo ai fini di questo discorso, mi permetto di considerare scontato che, quando un ente (Stato) tratta e negozia con un ente (non Stato) su un determinato argomento, in condizioni di sostanziale parità, la *competenza* di quest'ultimo almeno su quell'argomento deve ritenersi implicita e “riconosciuta” almeno dall'altra parte della trattativa.

autonoma, cioè *indipendente*) entrare in libera relazione con gli altri ... soggetti. Proprio così: nell'ambito dei temi sui quali essi intendono (e gli altri accettano o *devono accettare*) di trattare. È, ovviamente, prima fra tutte questa, la categoria dei MLN, ma certo non solo e sul punto basta citare per tutti il notissimo caso del Viet-Cong, "movimento terrorista" nel Vietnam del Sud, e negoziatore a parità di titolo con USA, Vietnam del Nord e... del Sud¹²⁰.

Del resto, nel momento in cui due enti (qualunque cosa siano: stati o non-stati) sono in guerra (o uno solo di essi si considera "in guerra"), sorge inevitabile e serissimo il problema di definire – comunque e subito – lo *status* ad es. dei combattenti, che può condurre, per seguire quasi testualmente, il limpido discorso di Fitzmaurice, in nota, alla necessità *di fatto* di riconoscere uno Stato di belligeranza tra i due, con la fondamentale conseguenza per cui gli atti *sia* dell'uno *sia* dell'altro *sono atti di guerra*, e quindi le regole da applicarvi sono quelle del diritto di guerra (poco importa che uno o entrambi non abbiano sottoscritto le relative convenzioni, in gran parte ormai portatrici di norme generali) e, infine, i combattenti sono tali, e vanno trattati come tali, *ma in nessun caso sono da considerare terroristi*¹²¹, a prescindere dal fatto che se l'azione *bellica* (da qualunque parte attuata¹²²) in quanto tale contravvenga alle norme sul diritto di

¹²⁰ Molto spesso, e non a caso, definito uno Stato fantoccio.

¹²¹ Cfr. per una discussione più ampia sul punto, anche di critica a certi atteggiamenti "politici" di certa giurisprudenza in particolare italiana, i miei, GUARINO G., *Terrorismo e lotte di liberazione nazionale: la legge applicabile*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2006, p. 7 ss (anche in, in una forma provvisoria, www.tertiumdatur.it) e GUARINO G., *Terrorismo, conflitti interni e internazionali: la legge applicabile*, in *La Giustizia Penale*, 2006, p. 257.

¹²² Ma se si tratta di un'azione bellica, presuppone l'esistenza di un soggetto di diritto internazionale contro cui combattere ... ad armi, formalmente, pari, e non di un terrorista o anche di un gruppo di terroristi da combattere con bombardamenti o azioni del genere. Specie poi, quando i "terroristi" vengono combattuti con un blocco navale, come afferma di fare legittimamente ad es. ADVOCATE GENERAL IDF, *Interception of the Gaza flotilla-Legal aspects*, in <http://www.mag.idf.il>, che, dopo aver spiegato che agli attacchi terroristici Israele risponde prima con azioni militari limitate e atti diplomatici, quindi con l'operazione "Cast Lead", ma (p. 2): «The entire activities of Israel in this *armed conflict* are governed by the *Law of Armed Conflict* (also known as: International Humanitarian Law) ... According to the Laws of Armed Conflict, a *state party to an armed conflict* has the right to establish a naval blockade on its enemy's coast for security reasons» (corsivi miei). E, citando il Manuale della marina USA, afferma, citando testualmente (il riferimento esatto è: § 7.7.1, p. 7.9 di *The Commander's Handbook on The Law Of Naval Operations*, Edition July 2007, U.S. navy nwp 1-14m, U.S. marine corps mcwp 5-12.1, U.S. coast guard comdtpub p5800.7a): «Blockade is a *belligerent operation* to prevent vessels and/or aircraft of all nations, enemy as well as neutral, from entering or exiting specified ports, airfields, or coastal areas belonging to, occupied by, or under the control of *enemy nation*. While the belligerent right of visit and search is designed to interdict the flow of contraband goods, the belligerent right of blockade is intended to prevent vessels and aircraft, regardless of their cargo, from crossing an established and published and publicized cordon separating the enemy from international waters and/or airspace», per poi elencare le norme indicate nel cd. Manuale di San Remo del 12.6.1994 (www.icrc.org). Ad onor del vero, va detto che il manuale in questione è riferito agli

guerra e costituisca, magari, un crimine di guerra, sarebbe perseguibile a norma dello Statuto della ICC¹²³.

Ma insomma, esiste uno *stato di guerra* conclamato almeno da una delle parti e dunque, tanto per fare un esempio all'ordine del giorno, se è indubbio che il lancio di razzi sul suolo israeliano è un atto strutturalmente terrorista, è ovvio che assolutamente tale è anche la cd. operazione "piombo fuso" da parte israeliana, *nel senso che entrambe contravvengono al diritto internazionale di guerra* (il secondo, se non altro, per la evidente mancata proporzionalità della reazione), sono dunque crimini di guerra e non "semplici" atti terroristici perseguibili a norma del diritto interno di ciascuno dei soggetti interessati: le norme giuridiche sono uguali per tutti! Né è concepibile, vale la pena di sottolinearlo sia pure *en passant*, che gli atti dell'uno siano intesi come atti di terrorismo di diritto interno (e siano perseguiti come tali), e quelli dell'altro come atti di guerra, esenti da ogni condanna interna, se non alla luce del diritto di guerra e dello statuto della ICC, cui basterebbe non aderire, per ritenersene esenti.

La questione del riconoscimento e del suo valore, alla luce di quanto detto fin qui, è perlomeno stravagante: discutere ancora del valore dichiarativo o costitutivo del riconoscimento¹²⁴ è del tutto fuor di luogo, così come assai poco utile

stati e ai *non State actors*, che vengono considerati su un piede di perfetta parità, anche nel caso della "guerra al terrorismo", cui, sembra, gli USA applicherebbero le norme comuni in materia di condotta della guerra e di diritto umanitario; v. ad es. §5.1.2.3 «International Armed Conflict Between Nation States and Non-State Actors: Since 11 September 2001, a new type of armed conflict has emerged: international armed conflict between nation States and non-State actors. The Global War on Terror is an example of this new type of conflict. International armed conflict between nation States and non-State actors differs from international armed conflict in that it is not between two or more high contracting parties (e.g. nation States). It also differs from non international armed conflict in that it is international in character. What law applies in this type of conflict is still being settled. As a matter of policy, however, all DoD [Department of Defense] personnel will comply with the law of armed conflict during all armed conflict, however such conflicts are characterized, and in all other military operations». Al di là di ogni considerazione ulteriore, è indubbio il fatto che un blocco navale e un'operazione di bombardamento implica che l'avversario sia considerato un belligerante, tanto vero che si afferma di rispettare le regole del diritto umanitario! La tesi è confermata dal Ministero degli Esteri israeliano, con un comunicato *ad hoc*, in cui si afferma: «1. A maritime blockade is in effect off the coast of Gaza. Such blockade has been imposed, as Israel is currently in a state of armed conflict with the Hamas regime that controls Gaza, which has repeatedly bombed civilian targets in Israel with weapons that have been smuggled into Gaza via the sea», www.mfa.gov.il (corsivo mio). È appena il caso di ricordare che l'azione israeliana fu condannata anche dal Parlamento Europeo il 17.6.2010, Doc., P7_TA(2010)0235, in GUUE C 236 E/105.

¹²³ Da ciò, la richiesta di sottoscrizione unilaterale dell'art. 12.3, da parte palestinese, visto che Israele ha rifiutato di sottoscrivere sia lo Statuto che l'articolo in questione.

¹²⁴ A prescindere pure dal fatto che un movimento ribelle, un *insurgent* nella terminologia anglosassone usata frequentemente, possa comunque essere "riconosciuto" in quanto titolare di diritti ed obblighi, se non altro in materia di condotta della guerra, sia per quanto riguarda i diretti interessati, che per quanto riguarda i terzi, ad es. con riferimento all'ingerenza negli affari interni,

sarebbe affermare che la partecipazione a questa o quella Organizzazione internazionale, di per sé, basti a definire un determinato ente come “Stato”¹²⁵.

che vi sarebbe in caso di riconoscimento prematuro, *ma non vi sarebbe negli altri casi*: difficile pensare che la situazione di conflitto ormai secolare tra palestinesi e israeliani non imponga, anche ai più *super partes* dei commentatori, di ammettere che i palestinesi qualche minimo diritto almeno possano vantarlo. Sulla questione in generale, cfr. es., FITZMAURICE G. Sir, *The General*, cit., p. 31 s.: «The case of the recognition of an insurgent group or community as having belligerent rights calls for special mention, on account of the light it throws on the declaratory position. This case raises in acute form a problem that is present or latent in all cases of recognition, that of *timing*. There is a duty of non-recognition as well as the duty of recognition A premature grant of belligerent rights to insurgents may, indeed normally will, constitute an interference in the domestic or internal affairs of the country concerned, and a violation of one of the great principles of international law, ... – the principle of non-intervention. However, when the circumstances call for it, the grant of belligerent rights – the recognition of belligerency – *becomes virtually inevitable; for when the circumstances call for it this will be precisely because the insurgent group or community is in fact – whether this is liked or not – exercising belligerent rights*, and thus affecting foreign nationals, property, interests, vessels, cargoes, etc. This places other States in a position where they have theoretically three choices – to refuse to recognize, and take forcible steps to resist the exercise of any – belligerent rights in respect of their nationals, goods, property, cargoes and vessels; *to refuse to recognize, but in practice acquiesce in the exercise* (which amounts to recognition by conduct, or tacit recognition); and lastly to accord express recognition. The third course is, in these circumstances, not only justified but called for. It is in any case clear that the declaratory element in the recognition of insurgent belligerency is very strong, *for it is only when the insurgent community is actually in a position to exercise, is purporting to exercise, and can enforce its exercise of belligerent rights, that the problem arises*. But if this is the position, the situation to be recognized is *already a fact* – a state of belligerency rather than of mere insurrection or insurgency exists – it is a war (if a civil war) not a mere revolt, *and recognition certifies or witnesses to a status rather than creates it*. There may be an appearance of the constitutive in those cases (by no means the most frequent) where recognition takes the form of an express grant of belligerent rights – but the appearance can only exist *because, behind it, a status, a measure of international personality, has already been achieved*. There is in this case, or at this stage, *no club to be elected to*, for mercifully, a society of, as it were, *statal* insurgents is not an element of the international scene» (corsivi, miei). Ma, solo per chiosare telegraficamente, se manca nella Comunità internazionale un club cui iscriversi come belligeranti (cioè soggetti), la stessa “iscrizione” è un fatto derivante da una norma, che prescinde dalla volontà del singolo di includere o meno quell’ente nel club.

¹²⁵ Basterebbe ripetere quanto affermato dalla CIJ nel famosissimo caso *Reparations*, ICJ, *Reparation For Injuries Suffered in the Service of The United Nations*, Advisory Opinion of April 11th, 1949, p. 177 ss. «Competence to bring an international claim is, for those possessing it, the capacity to resort to the customary methods recognized by international law for the establishment, the presentation and the settlement of claims. Among these methods may be mentioned protest, request for an enquiry, negotiation, and request for submission to an arbitral tribunal or to the Court in so far as this may be authorized by the Statute. *This capacity certainly belongs to the State*; a State can bring an international claim against another State. Such a claim takes the form of a claim between two political entities equal in law, similar in form, and both the direct subjects of international law. It is dealt with by means of negotiation, and cannot, in the present state of the law as to international jurisdiction, be submitted to a tribunal, except with the consent of the States concerned. ... *In other words, does the Organization possess international personality?... The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their na-*

7. Con riferimento, dunque, al tema della domanda di ammissione della Palestina alle NU¹²⁶, eviterò di entrare nella accennata discussione tanto cavillosa quanto superata¹²⁷, e mi limiterò a suggerire solo alcune osservazioni in merito al problema della richiesta di ammissione della Palestina alle Nazioni Unite, con riferimento sia al suo contenuto che alla sua forma. Dato che, peraltro, il problema si era già posto in precedenza con altre Organizzazioni internazionali, e, in particolare di recente con l'UNESCO (che ha ammesso la Palestina, qualunque cosa essa sia!) e con la ICC, su quest'ultima ancora *sub iudice*, almeno, occorre spendere qualche parola per le grandi implicazioni che potrebbe avere sullo sviluppo dell'intera questione. Mi riferisco, più precisamente, alla dichiarazione di accettazione da parte della ANP¹²⁸ della giurisdizione della Corte in applica-

*ture or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community... In the opinion of the Court, the Organization was intended to exercise and enjoy, and is in fact exercising and enjoying, functions and rights which [non, dunque, tutti i diritti e le funzioni di uno Stato, ma solo quelli necessari] can only be explained on the basis of the possession of a large measure of international personality and the capacity to operate upon an international plane.... Accordingly, the Court has come to the conclusion that the Organization is an international person. That is not the same thing as saying that it is a State, which it certainly is not, or that its legal personality and rights and duties are "the same as those of a State". Still less is it the same thing as saying that it is "super-State", whatever that expression may mean. It does not even imply that all its rights and duties must be upon the international plane, any more than all the rights and duties of a State must be upon that plane. What it does mean is that it is a subject of international law and capable of possessing international rights and duties, and that it has capacity to maintain its rights by bringing international claims» (corsivi miei). Ci sarebbe solo da congratularsi con l'illustre editorialista cit. *supra*, che a p. 622, si esprime in un senso simile, se, ahimè, certe contorsioni espositive non rendessero assai poco cristallino il discorso.*

¹²⁶ Testualmente così, ma v. *infra* § 8 ss. per alcune considerazioni in merito alla possibilità che non di ammissione vera e propria si tratti.

¹²⁷ Anche se induce non pochi a "scendere" su quel terreno, per contestare le affermazioni di cui sopra alla nt. 116. Ad es. v. (AL-HAQ), KEARNEY M., DENAYER S., *Al-Haq Position Paper on Issues Arising from the Palestinian Authority's Submission of a Declaration to the Prosecutor of the International Criminal Court under Article 12(3) of the Rome Statute*, GOWLLAND-DEBBAS V., *Note On The Legal Effects Of Palestine's Declaration Under Article 12(3) Of The Icc Statute*, 20.10.2010, MENDES E., *Statehood And Palestine For The Purposes Of Article 12(3) Of The Icc Statute: A contrary Perspective*, PELLETT A., *Les Effets De la Reconnaissance par la Palestine De la Compétence de la C.P.I.*, 8.5.2010 (parere sottoscritto da molteplici studiosi di diritto internazionale di varie nazionalità), ID., *The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), p. 981 ss., QUIGLEY J., *The Palestine Declaration To The International Criminal Court: The Statehood Issue*, in *Rutgers Law Record*, 2009, ID., *Memorandum 23.3.2009 to the OTP* (in diretta polemica con alcune affermazioni singolari di CRAWFORD), ID., *Memorandum 2 to the OTP*, 20.5.2010, tutti reperibili sul sito della ICC.

¹²⁸ Correttamente, come rilevato sopra, l'ANP agisce in quanto ente territoriale della Palestina, e dunque ente che gestisce il ministero della giustizia, ma, a mio parere, trattandosi di una azione esterna al territorio, sarebbe stato più corretto che fosse stata l'OLP a inoltrare la dichiarazione.

zione dell'art. 12.3 del relativo Statuto¹²⁹. L'Ufficio del Procuratore, con lettera del 3.4.2012, comunica alla delegazione palestinese che l'ufficio farà le indagini preliminari per valutare se la dichiarazione possa essere accettata¹³⁰, e non manca di porsi il problema della possibilità o meno di accettazione della dichiarazione, in quanto proveniente da un non Stato¹³¹.

7.1 La questione, del tutto artificiosamente è, dunque, di nuovo centrata sulla possibilità di un ente non Stato di sottoscrivere quella clausola, ma è ancora in sospenso, all'esame del Procuratore e dei suoi uffici, a quanto pare, molto esitanti – per non dire più semplicemente che lasciano la “patata bollente” nelle mani degli Stati¹³² – sull'accettazione della sottoscrizione unilaterale dell'art.

¹²⁹ Il testo della dichiarazione è il seguente: «*Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court*: In conformity with Article 12, paragraph 3 of the Statute of the International Criminal Court, the Government of Palestine hereby recognizes the jurisdiction of the Court for the purpose of identifying, prosecuting and judging the authors and accomplices of acts committed on the territory of Palestine since 1 July 2002. As a consequence, the Government of Palestine will cooperate with the Court without delay or exception, in conformity with Chapter IX of the Statute. This declaration, made for an indeterminate duration, will enter into force upon its signature. Material supplementary to and supporting this declaration will be provided shortly in a separate communication. Signed in The Hague, the Netherlands, 21 January 2009», v.la in: www.icc-cpi.int.

¹³⁰ V. la lettera in: www.icc-cpi.int, dove al p. 4 si afferma: «The jurisdiction of the Court is not based on the principle of universal jurisdiction: it requires that the United Nations Security Council (article 13(b)) or a “State” (article 12) provide jurisdiction. Article 12 establishes that a “State” can confer jurisdiction to the Court by becoming a Party to the Rome Statute (article 12(1)) or by making an ad hoc declaration accepting the Court’s jurisdiction (article 12(3))».

¹³¹ Sia consentito di notare, in limine, che, essendo stata, con la decisione della Assemblea degli Stati parte della ICC, introdotta la figura della “aggressione” tra i crimini perseguibili dalla Corte, con tutti i limiti indicati nella Risoluzione RC/Res. 6 del 2010, viene di essa data una definizione alquanto complessa che, fatto riferimento alla A/RES/3313 (XXIX, testualmente recita (art. 8 bis 1: «constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations», mentre il n. 2 del medesimo articolo precisa che per “Atto di aggressione” si intende: «the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State, or in any other manner inconsistent with the Charter of the United Nations. Any of the following acts, regardless of a declaration of war, shall, in accordance with United Nations General Assembly resolution 3314 (XXIX) of 14 December 1974, qualify as an act of aggression ... ». il testo corrisponde, nella sostanza al testo dell'art. 2.4 della Carta, dove si spiega che la “any other manner inconsistent ... “ va letta alla luce dell'art. 1 della stessa Carta. E dunque, un atto repressivo dell'autodeterminazione dei popoli, è di per sé in grado di costituire un atto di aggressione.

¹³² In realtà, sembrerebbe, orientati in senso contrario, a giudicare dal documento in data 3.4.2012, che recita, tra l'altro, punto 6: «In interpreting and applying article 12 of the Rome Statute, the Office has assessed that it is for the relevant bodies at the United Nations or the Assembly of States Parties to make the legal determination whether Palestine qualifies as a State for the purpose of acceding to the Rome Statute and thereby enabling the exercise of jurisdiction by the Court under article 12(1). The Rome Statute provides no authority for the Office of the Prosecutor to adopt a method to define the term “State” under article 12(3) which would be at variance with that established for the purpose of article 12(1)», v.lo in: <http://www.icc-cpi.int>.

12.3 dello Statuto¹³³. Anche se, sul merito, in altri documenti, lo stesso Procuratore lasciava, mi pare, trasparire una certa condivisione della proposta in quanto si valorizza la opportunità, per dir così oggettiva, di perseguire certi comportamenti in assoluto, dovunque avvengano e da chiunque perpetrati¹³⁴. Viceversa, per quanto attiene alla forma¹³⁵, oltre alla solita domanda se sia o meno la Palestina uno Stato, e quindi se possa quella clausola essere sottoscritta da un soggetto non Stato, pone inoltre il problema, molto più sostanziale a mio parere, di capire se, posto che la sottoscrizione sia accettata, sia possibile in Palestina perseguire (o almeno, iniziare a perseguire) quei crimini, nella logica della complementarietà della competenza della Corte¹³⁶.

Per la verità, non ci si può sottrarre dal rilevare che la posizione del Procuratore non appare molto perspicua, nella misura in cui, posto che l'articolo in questione parla di dichiarazione (unilaterale), ad esso compete solo di riceverla. Sarà poi la Corte, e non preventivamente il Procuratore stesso, a doversi pronunciare nella merito della "ammissibilità" della dichiarazione stessa: la competenza, insomma, non può essere del Procuratore (organo inquirente) *ma della Corte*: organo giudicante anche della legittimità e, specialmente, della propria competenza (*infra* § 7.3). Questo, mi pare, è un principio base di tutte le giurisdizioni internazionali.

Procediamo, comunque, con ordine ad analizzare brevemente il tema, cominciando dal problema della competenza *ratione temporis*.

La sottoscrizione, in oggetto infatti implicherebbe, secondo la richiesta palestinese, la sottoposizione alla Corte degli atti illeciti commessi sul territorio di Gaza e, più in generale della Palestina, fin dall'entrata in vigore dello Statuto, con effetto quindi retroattivo rispetto alla sottoscrizione della clausola, alla luce dell'art. 11 dello Statuto. Infatti, a norma della disposizione in questione, lo Stato che aderisce, è suscettibile di rispondere attraverso i suoi funzionari ecc., degli

¹³³ Criticato in quanto tale da chi ritiene che sia in violazione della norma *pacta tertiis*, come BAN-TEKAS I, *The Need to amend article 12 of the ICC Statute: Remedying the effects of multilateral Treaties upon third parties*, in *New Crim. L. Rev.* 2009, p. 485 ss.

¹³⁴ Sul punto v. più ampiamente *infra* § 7.3.

¹³⁵ Cfr. ICC, OTP, *Situation in Palestine, Summary of submissions on whether the declaration lodged by the Palestinian National Authority meets statutory requirements*, 3.5.2010 (reperibile sul sito della ICC, www.icc.org), di cui merita di riferire alcune frasi, utili al discorso che ci occupa, *ibidem* p. 7: «A number of submissions consider article 12(3) of the Statute as requiring an assessment of whether the entity making the declaration itself exercises sovereign criminal jurisdiction, such that this jurisdiction could be delegated or transferred to the Court.... ».

¹³⁶ Energicamente contrario, appare tra gli altri SHAW M., *The Article 12(3) Declaration of the Palestinian Authority, the International Criminal Court and International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 301 ss., *contra* SHANY Y., *In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute A Response to Yael Ronen*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, p. 329 ss. Sulla questione, v. il "blog" dello EJIL, in: www.ejiltalk.org, aprile 2012.

atti compiuti dopo la ratifica e l'entrata in vigore dello statuto per quello Stato, salvo che, conclude la disposizione, « ... that State has made a declaration under article 12, paragraph 3». Il che lascerebbe intendere che, nel caso, la giurisdizione sarebbe anche retroattiva fino alla data di entrata in vigore dello Statuto¹³⁷.

Con riferimento specifico alla ipotesi di azione per aggressione¹³⁸, il ricorso alla Corte potrebbe al momento essere senz'altro e comunque escluso, a norma dell'art. 15 *bis*, dove peraltro, tra i crimini inclusi nel concetto di aggressione, si cita esplicitamente (art. 15 *bis* c) il blocco navale. La disposizione infatti recita, all'art. 15 *bis*.2: «The Court may exercise jurisdiction only with respect to crimes of aggression committed one year after the ratification or acceptance of the amendments by thirty States Parties» e, al § 5 del medesimo articolo aggiunge: «In respect of a State that is not a party to this Statute, the Court shall not exercise its jurisdiction over the crime of aggression when committed by that State's nationals or on its territory»¹³⁹. La preclusione, infine, si estende anche agli Stati terzi *ex* art. 15 *ter*.2 della medesima disposizione.

Tornando al discorso che ci occupa, pur essendo il tema della dichiarazione di sottoscrizione di cui si parla ancora in attesa di soluzione, benché non privo di commenti anche molto accesi in particolare da parte dei contrari alla legittimità della sottoscrizione di cui parliamo¹⁴⁰, non è senza utilità, aggiungere qualche considerazione in merito, con particolare riferimento al tema indicato, dato anche il tenore testuale della dichiarazione stessa (che fa un'esplicita menzione della retroattività)¹⁴¹ e il contenuto della risposta del Procuratore, che si riferisce ad indagini (o denunce) già sul suo tavolo da tempo¹⁴².

¹³⁷ Per maggior precisione, si tratta di una interpretazione del “combinato disposto” degli artt., 11.2: «If a State becomes a Party to this Statute after its entry into force, the Court may exercise its jurisdiction only with respect to crimes committed after the entry into force of this Statute for that State, unless that State has made a declaration under article 12, paragraph 3», e 12.3. così anche PELLET, *Les effets de la reconnaissance par la Palestine de la compétence de la C.P.I.*, (leggibile sul sito della ICC), p. 17.

¹³⁸ Art. 8 *bis* dello Statuto, qualora l'emendamento in oggetto entri in vigore (v. ICC/RC/Res. 6, 11.6.2010).

¹³⁹ In altre parole, posto che la Palestina potrebbe essere considerata Stato parte, sulla base della dichiarazione *ex* art. 12.3, non potrebbe esserlo di certo Israele. V. anche *infra* nt. 198 e testo corrispondente.

¹⁴⁰ V. *supra* ntt. 116, 127, 133 e 136.

¹⁴¹ *Supra* nt. 129.

¹⁴² V. per tutti OTP/INCOM/PSE/OHCHR-1/JCCD – ag. 12.1.2010 (*lettera* del Direttore Le Fraper du Helten, Ufficio *Jurisdiction, Complementarity and Cooperation Division*), dove, tra l'altro, si afferma: « In response to your 14 December letter, I wish to inform you that in accordance with Articles 12 and 15 of the Rome Statute, the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court is analyzing the Courts jurisdiction over alleged crimes committed by different parties during the conflict in Gaza in December 2008 and January 2009 ... Such preliminary examination is based on information collected from open sources, States concerned and international

Non si può, infatti sottacere, per concludere, che, in termini strettamente processuali¹⁴³, potrebbe essere ragionevolmente messa in dubbio la eventuale competenza della ICC, per i crimini antecedenti la data di sottoscrizione palestinese dell'art. 12, dato che essa presuppone l'attivazione di detta competenza sulla base dell'assolvimento di compiti determinati, innanzitutto dalle autorità locali, che, allo stato degli atti non hanno intenzione (Israele dichiaratamente) né hanno ancora attuato procedimenti per punirne i responsabili nei rispettivi ordinamenti interni¹⁴⁴. D'altro canto, se è vero come è vero, che il Procuratore del Tribunale già da tempo ha alla sua attenzione certi comportamenti, si potrebbe anche affermare che, quanto meno la *notitia criminis* esiste e dunque, potrebbe esistere, anche la relativa competenza a procedere.

È un punto questo comunque di una certa perplessità che non può essere approfondito in questa sede, ma che non incide in nulla sul tema reale in discussione: la piena legittimità della richiesta palestinese, tenuto conto che il fatto per cui la Palestina non è uno Stato, di per sé non basta, a mio giudizio, per escludere che quei crimini, di ambo le parti, vengano perseguiti. La Corte, inoltre come dirò più avanti, agendo, per così dire nell'interesse della Comunità internazionale avrebbe buoni motivi per accettare la richiesta palestinese di sottoscrizione della disposizione in oggetto se non altro allo scopo di interesse generale alla indagine e condanna di quei crimini.

7.2 Un altro aspetto da non trascurare, e che si aggiunge al discorso fin qui condotto sulla competenza *ratione temporis*, ma con riferimento alla possibilità "astratta" di azione da parte della Corte, sta nel fatto che la gran parte delle presunte violazioni israeliane, sono anche, di per sé, violazioni gravi dei diritti dell'uomo (anche a prescindere dalla ICC) e del diritto umanitario, e pertanto, si potrebbero considerare punibili comunque¹⁴⁵.

Questo fatto, a mio parere, varrebbe già da solo ad incardinare la giurisdizione della Corte, tanto più che escluderebbe anche solo il dubbio che la norma degli accordi israelo-palestinesi da Oslo in poi, che esclude la possibilità di sottoporre, in Palestina, israeliani alla giurisdizione palestinese, si applichi, trattandosi di crimini non certamente di diritto comune, che è, appunto, l'oggetto della

organizations. The Office also received communications from different interested individuals and organizations. To date the Office has received 388 communications in relation to alleged crimes committed in Gaza in December 2008 and January 2009». V. *infra* § 7.3.

¹⁴³ Ben diversi, però, da chi afferma una mancata competenza comunque della Corte, perché se di crimini pure si trattasse, sarebbero stati commessi in un territorio non soggetto alla giurisdizione della Corte, non essendo la Palestina (benché sottoscrittore della clausola dell'art. 12) uno Stato! *Supra* gli autori ctt. alla nt. 116 e 127.

¹⁴⁴ Come esplicitamente ricordato dallo stesso Procuratore dell'ICC, cit. *supra*.

¹⁴⁵ Per ulteriori considerazioni in merito, v. *infra* nt. 149 ss. e testo corrispondente.

norma in questione¹⁴⁶. Questo discorso, mi pare, è strettamente e direttamente collegato al tema del paragrafo successivo, con riferimento al fatto che, sia o meno la Palestina uno Stato o comunque un soggetto abilitato a sottoscrivere quella clausola, mentre, da un lato, è solo alla Corte che compete di pronunciarsi in materia, non potrebbe in alcun modo fare a meno di farlo positivamente data la rilevata natura di rilevanza universale dei crimini da perseguire.

7.3 Per altro verso, infatti, in termini di possibilità o meno per la Palestina di sottoscrivere validamente la clausola (o, se si preferisce, di legittimità della sua accettazione da parte della Corte) al netto della solita discussione sulla natura o meno di Stato della Palestina (o addirittura della ANP, dato che la richiesta alla ICC viene fatta da quest'ultima¹⁴⁷) – e ciò anche nella relazione citata del Direttore ICC degli affari di complementarità e cooperazione, che dedica una certa, a mio parere soverchia, attenzione al tema¹⁴⁸, – resta il fatto che comunque spetterebbe alla Corte stessa di giudicare sulla sua competenza in ragione del richiamato principio della *Kompetenza Kompetenz*¹⁴⁹, non può essere trascurato l'aspetto strettamente strumentale della sottoscrizione, che sarebbe funzionale solo al perseguimento dei crimini, ma non (o non necessariamente) alla definizione della Palestina come Stato: ben potrebbe, insomma, la Corte, decidere, per dir così, nell'interesse della giustizia (o dell'umanità) di accettare la validità della menzionata sottoscrizione¹⁵⁰.

Non manca insomma chi sostenga, e personalmente sono appunto di questa opinione, che la partecipazione alla ICC essendo mirata al perseguimento di crimini internazionali di particolare gravità, non si possa ritenere ammissibile che, solo per motivi formali, un certo comportamento particolarmente grave resti impunito

¹⁴⁶ Che istituisce, come noto, una sorta di regime delle capitolazioni in Palestina fino alla conclusione del ritiro israeliano. V. ad es.: *Interim Agreements*, cit. 29.8.1994 Annex IV, art. III.2: «Israel has sole criminal jurisdiction over the following offenses: 1. offenses committed outside the Territory, except for the offenses detailed in subparagraph 1. b above; and 2, offenses committed in the Territory by Israelis» e cfr. anche art. III. 3.

¹⁴⁷ *Supra* nt. 128.

¹⁴⁸ V. la cit. alla nt. 135.

¹⁴⁹ Ovviamente non manca chi sostiene che l'argomento per cui una decisione di accettazione da parte della Corte non avrebbe particolare influenza sul sistema generale, nel senso che si tratterebbe solo di un fatto particolare e funzionale alla specifica situazione, è interessante, ma alquanto discutibile. È però assolutamente vero, come affermo nel testo, che, se la Corte decidesse di accettare la presenza della Palestina ex art. 12.3, sarebbe perfettamente legittimata a farlo, in termini di accettazione funzionale al perseguimento di crimini particolarmente gravi, in ragione della propria indiscutibile *Kompetenz Kompetenz*, come giustamente osserva GOWLLAND DEBBAS, *Note on the legal effects*, cit., p. 4.

¹⁵⁰ Che poi ciò possa avere conseguenze sia politiche che giuridiche sulla definizione della Palestina come Stato, è tutto da dimostrare e comunque non avrebbe ragione di avere influenza sulle esigenze di giustizia, ovviamente facenti premio su qualunque altra considerazione.

solo per quello. Rispetto a questa tesi, per vero piuttosto convincente¹⁵¹, è difficile mettere in dubbio che il fine della ICC è esattamente quello di perseguire comportamenti criminosi ovunque commessi, o meglio, aggiungerei, che tale sia il fine del diritto internazionale in quanto ordinamento giuridico teso a regolamentare i comportamenti dei suoi soggetti, sia direttamente che attraverso i loro organi.

In altre parole: se è vero che ragioni strettamente formalistiche potrebbero indurre a ritenerlo lecito, non si può dimenticare che altro è, a mio parere, accertare che per motivi strettamente processuali un certo particolare crimine di una certa persona in un determinato momento non possa essere nello specifico perseguito (magari per prescrizione, cosa in genere esclusa per i reati di grave violazione dei diritti dell'uomo), altro, ben altro, sarebbe affermare che i crimini commessi in un certo luogo di per sé non siano perseguibili, solo perché commessi in quello specifico luogo, in quanto tale non suscettibile di vedervi applicate determinate (o tutte?) norme di diritto internazionale¹⁵².

Come ovvio, mi riferisco a situazioni di violazione di diritti particolarmente importanti per la vita civile della collettività, alle situazioni, cioè che furono alla base, ad esempio, dei processi di Norimberga¹⁵³ e di Tokyo che furono fatti con buona pace sia della non retroattività delle norme che della obbedienza ad ordini superiori. I limiti in questione, infatti, furono superati, in base alla considerazione che certi crimini sono da considerare in assoluto, a prescindere da una loro definizione normativa preventiva, contrari all'umanità e dunque vanno perseguiti e puniti, anche quando non previsti come tali negli ordinamenti giuridici cui fanno capo gli autori di quei comportamenti e nello stesso diritto internazionale generale¹⁵⁴.

La cosa, del resto, è stata anche valutata, sia pure in astratto e molto superficialmente, dagli Uffici del Procuratore, almeno con riferimento alla applicabilità delle Convenzioni di Ginevra¹⁵⁵.

¹⁵¹ E collegabile alla ben nota posizione della CIG nel famoso caso *Reparations* che la espresse in un passaggio famoso: «It must be acknowledged that its Members, by entrusting certain functions to it [le NU] with the attendant duties and responsibilities, have clothed it with the competence required to enable those functions to be effectively discharged», CIG, *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion 11.4.1949, p. 179 e cfr. anche GOWLLAND DEBBAS, *op. cit.*, p. 3 s. e PELLET, *op. cit.*, p. 7 ss.

¹⁵² È appena il caso di ricordare che questa, a prescindere dagli argomenti di carattere processuale, sarebbe una delle conseguenze delle, attualmente molto di moda, tesi sulla frammentazione del diritto internazionale o, peggio, di quei non meglio identificati «“self-contained” regimes», che a me fanno pensare più che a un istituto giuridico, ad una sorta di onanismo istituzionale.

¹⁵³ Per un accenno critico ai processi di Norimberga in relazione al problema del cd. *opting out* degli Stati con riferimento alla ICC, v. di recente MARLER M., *The International Criminal Court: Assessing the Jurisdictional Loopholes in the Rome Statute*, in Duke L.J. 1999-2000, p. 825 ss.

¹⁵⁴ V. art. 6 della Carta del Tribunale di Norimberga, e l'Accordo di Londra del 8.8.1945.

¹⁵⁵ Ma qui, almeno alla luce del rapporto GOLDSTONE, su cui *infra* nt. 162, si tratta di crimini ben più gravi, come, solo per fare degli esempi, quelli di cui agli artt. 6.c, 7.1.k, 7.2.a, 8.2.iii dello

Del resto, è solo sulla base di simili principi che, sia pure con qualche difficoltà, è possibile riconoscere la competenza di tribunali come quello per la ex Jugoslavia¹⁵⁶ o per il Rwanda. Annesso pure che si possano esprimere dubbi sulla legittimità dei processi di Norimberga ecc.¹⁵⁷, oggi è assolutamente impossibile negare che certi comportamenti sono contrari alle norme fondamentali in materia di diritti dell'uomo e diritto umanitario, e dunque attendersi *legittimamente* che vengano perseguiti, sempre e ovunque, da chiunque commessi.

7.4 Dal punto di vista della competenza di merito, occorre aggiungere solo poche altre considerazioni.

Un punto saliente della questione, infatti, è anche che verosimilmente¹⁵⁸ un'azione da parte della Corte, potrebbe soltanto avvenire sulla base della competenza *motu proprio* del Procuratore. A meno che, infatti, non fosse il CdS delle NU a chiedere alla Corte di agire (per improbabile o meno che sia l'ipotesi), la richiesta ad opera di uno Stato parte, non potrebbe esservi, non essendo (sia o meno uno Stato) la Palestina né Israele membri della Corte. Ciò, mi sembra, emerge chiaramente da una lettura puntuale della disposizione.

Ma, inoltre, a guardare bene, lo Stato, non membro della ICC, che ne accetti la giurisdizione *ex art. 12.3*, lo fa, ecco il punto, con riferimento ad un reato di cui la Corte sia investita (da un altro Stato, cosa alquanto improbabile, dal CdS cosa ancora meno probabile) o del quale comunque la Corte già si occupi, perché il Procuratore abbia iniziato autonomamente le indagini¹⁵⁹.

Statuto. Sul punto v. anche ICC, OTP, *Situation in Palestine*, cit., p. 7: «Some submissions argue that the declaration was lodged by the competent authorities that exercise criminal jurisdiction within the relevant territory... It is also recalled that the conduct proscribed under the ICC Statute is of international concern and gives rise to pre-existing treaty obligations, including under the grave breaches of the Geneva Conventions, under which all States carry a duty to try or extradite offenders. It is observed that all States are under an obligation to repress such crimes, regardless of the nationality of the accused». Cfr. Anche sul punto AKANDE D., *The jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of non-parties: legal basis and limits*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 647 s., del quale sottolineo la considerazione (secondo me corretta) per cui, p. 649: «there is no legal basis for questioning the right of parties to the ICC to create an international court endowed with the criminal jurisdiction ordinarily possessed by the parties».

¹⁵⁶ Artt. 1 e 7.3 dello Statuto del Tribunale.

¹⁵⁷ Sostanzialmente per la scarsa "neutralità" del tribunale, più che per la mancata preventiva predisposizione della necessaria struttura normativa.

¹⁵⁸ E ben se ne rende conto la cit. funzionaria della ICC, che infatti afferma che la giurisdizione sarebbe in applicazione dell'art. 15, e cioè su iniziativa *motu proprio* del Procuratore della Corte, v. *lettera* cit. nt. 141.

¹⁵⁹ Testualmente, art. 12.3: «If the acceptance of a State which is not a Party to this Statute is required under paragraph 2, that State may, by declaration lodged with the Registrar, accept the exercise of jurisdiction by the Court *with respect to the crime in question*. The accepting State shall cooperate with the Court without any delay or exception in accordance with Part 9». L'art.

Se non interpreto male, dunque, la sottoscrizione oggi di quella clausola (se pure accettata) rischierebbe di avere un effetto poco più che simbolico, posto che crimini commessi in Palestina non siano già alla attenzione della Corte, a norma degli artt. 13 ss. In effetti il dubbio sussiste, ma potrebbe essere superato qualora il Procuratore della Corte stessa, che ha più volte sottolineato, come ricordato sopra, di avere “sul tavolo” centinaia di richieste di intervento, accettasse l’idea di iniziare un procedimento su quella base o di considerarlo per ciò solo già iniziato¹⁶⁰. In ogni caso, ulteriore problema, data la natura complementare della giurisdizione della Corte, sarebbe necessario, e in questo senso la loro mancanza potrebbe essere considerata ostativa alla competenza della Corte, che, in assenza di un “deferral” del CdS, qualche procedimento interno sia *già* stato aperto in relazione ai crimini denunciati (in particolare, come sottolineato, la recente operazione “Cast Lead”), e di ciò il Procuratore si riserva di informarsi, anche se non risultano procedimenti aperti né in Israele (ovviamente), né in Palestina¹⁶¹.

Come noto, peraltro, le violazioni in questione, sia israeliane che palestinesi, sono state oggetto di un lungo e accurato rapporto richiesto dalle NU¹⁶², sulle

13, come noto recita: «The Court may exercise its jurisdiction with respect to a crime referred to in article 5 in accordance with the provisions of this Statute if: (a) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by a State Party in accordance with article 14;... or (c). The Prosecutor has initiated an investigation in respect of such a crime in accordance with article 15».

¹⁶⁰ Una sorta di iscrizione preventiva nella “lista degli indagati”, ma, francamente, saremmo qui largamente ai limiti estremi di una possibilità interpretativa abbastanza improbabile.

¹⁶¹ V. lettera cit. *supra*: «According to the principle of complementarity enshrined in the Rome Statute the ICC is a court of last resort. Even if the Court has jurisdiction, it cannot intervene if relevant authorities are conducting genuine investigations or prosecutions. / As a consequence, the Office has explored the existence of such proceedings with Israeli and Palestinian authorities, with the Arab League and with lawyers from other countries where potentially relevant national proceedings are being conducted. / In this regard, on 14 August 2009 the Office received from the Embassy of Israel a copy of the Government of Israel’s public report on Operation Cast Lead. The report referenced “multiple IDF investigations into allegations made by various groups of violations of the law” / Minister of Justice Khashan, during the visit in October 2009, indicated the intention of the Palestinian National Authority to conduct investigations, including in relation to alleged crimes committed by Palestinian militants. A report for the Office in relation to intended and completed national proceedings is expected and has yet to be received by the Office».

¹⁶² A/HRC/12/48, 25.9.2009, *Human rights in Palestine and other occupied Arab territories, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict* (altrimenti noto come *Rapporto GOLDSTONE*; la missione era composta oltre che dal predetto, già membro della *Corte Costituzionale del Sud Africa*, dalla Prof. CHINKIN, Professore di diritto internazionale alla *London School of Economics and Political Science*, dalla Sig.ra. JILANI, Avvocato della *Supreme Court del Pakistan*, e dal Colonnello TRAVERS, già Officer nelle *Ireland’s Defence Forces*) dove si afferma, tra l’altro, per quanto ci riguarda in queste note (augurandomi di non annoiare troppo il brillante editorialista cit.): § 1876: «...This in no way implies equating the position of Israel as the occupying Power with that of the occupied Palestinian population or entities representing it. The differences with regard to the power and capacity to inflict harm or to protect, including

cui conclusioni la richiesta palestinese chiede alla ICC di indagare e, se del caso, processare direttamente, pur riservandosi di agire a sua volta in Palestina.

8. Per tornare al problema più interessante (o almeno più clamoroso), che attiene alla richiesta di *full membership*¹⁶³ da parte della Palestina alle NU, è in-

by securing justice when violations occur, are obvious and a comparison is neither possible nor necessary. *What requires equal attention and effort, however, is the protection of all victims in accordance with international law*», e prosegue, 1877 s. «The Mission is of the view that Israel's military operation in Gaza between 27 December 2008 and 18 January 2009 and its impact cannot be understood or assessed in isolation from developments prior and subsequent to it. The operation fits into a *continuum* of policies aimed at pursuing Israel's political objectives with regard to Gaza and the Occupied Palestinian Territory as a whole. Many such policies are based on or result in violations of international human rights and humanitarian law. *Military objectives as stated by the Government of Israel do not explain the facts ascertained by the Mission, nor are they congruous with the patterns identified by the Mission during the investigation.* 1878. The continuum is evident most immediately with the policy of blockade that preceded the operations and that in the Mission's view amounts to collective punishment intentionally inflicted by the Government of Israel on the people of the Gaza Strip...» e ancora (1879): «other pre-existing Israeli policies with regard to the Occupied Palestinian Territory. The progressive isolation and separation of the Gaza Strip from the West Bank, a policy that began much earlier and which was consolidated in particular with the imposition of tight closures, restrictions on movement and eventually the blockade, are among the most apparent. Several measures adopted by Israel in the West Bank during and following the military operations in Gaza also further deepen Israel's control over the West Bank, including East Jerusalem, and point to a convergence of objectives with the Gaza military operations. Such measures include increased land expropriation, house demolitions, demolition orders and permits to build homes in settlements, greater and more formalized access and movement restrictions on Palestinians, new and stricter procedures for residents of the Gaza Strip to change their residency to the West Bank...1887. The timing of the first Israeli attack, at 11.30 a.m. on a weekday, when children were returning from school and the streets of Gaza were crowded with people going about their daily business, ... 1888. The Mission recognizes fully that the Israeli armed forces, like any army attempting to act within the parameters of international law, must avoid taking undue risks with their soldiers' lives, but neither can they transfer that risk onto the lives of civilian men, women and children», d'altra parte, il rapporto rileva: «1900. Palestinian armed groups have launched thousands of rockets and mortars into Israel since April 2001. These have succeeded in causing terror within Israel's civilian population, as evidenced by the high rates of psychological trauma within the affected communities ... 1902. The Mission notes, with concern, that Israel has not provided the same level of protection from rockets and mortars to affected Palestinian citizens as it has to Jewish citizens. In particular, it has failed to provide public shelters or fortification of schools, for example, to the Palestinian communities living in the unrecognized villages...1925. The Mission investigated several incidents in which the Israeli armed forces used local Palestinian residents to enter houses which might be booby-trapped or harbour enemy combatants (this practice, known in the West Bank as "neighbour procedure", was called "Johnnie procedure" during the military operations in Gaza)... 1950. In relation to the firing of rockets and mortars into southern Israel by Palestinian armed groups operating in the Gaza Strip, the Mission finds that the Palestinian armed groups fail to distinguish between military targets and the civilian population and civilian objects in southern Israel».

¹⁶³ E non, credo, dell'quanto criptico "non-member status", di cui *supra* nt. 39.

dubbio che il tema della natura o meno di Stato della Palestina è rilevante, ma anche nel senso che forse più rilevante è quello del significato del termine “Stato” nella Carta, a prescindere dal fatto tanto ovvio quanto rituale, per il quale fin dalle origini delle NU hanno fatto parte enti solo fittiziamente definibili come stati: rilevazione rituale, certo, ma corrispondente al *fatto* per cui, storicamente, delle NU hanno fatto parte (e, come vedremo fra un momento, *fanno parte*) enti non tecnicamente stati. *In limine*, sia solo consentito notare come forse sarebbe stato più corretto (istituzionalmente) che la richiesta fosse stata presentata dall’OLP, sicuro soggetto di diritto internazionale e titolare delle relazioni esterne *per conto* dell’ANP e dunque anche della Palestina. Ma su ciò più avanti.

Va infatti subito sottolineato, tornando su un tema già ripetutamente trattato altrove, che, comunque si voglia porre la questione, l’OLP è già da tempo presente alle NU, e, con particolari accenti a far data dal 1988. In quella data, infatti, l’AG¹⁶⁴ ha deciso che da quel momento in poi l’OLP¹⁶⁵, membro osservatore delle NU, si sarebbe chiamata Palestina¹⁶⁶. In altre parole, non è un abuso colpevole della dirigenza palestinese il fatto che essa parli di sé, anche in ambito NU,

¹⁶⁴ Con la A/RES/43/177, richiamata anche nella richiesta di adesione della Palestina.

¹⁶⁵ *Unico* (*supra* nt.79 e testo corrispondente) rappresentante del popolo palestinese, come noto anche secondo la A/RES/3236 (XXIX), che vi si riferisce in questa maniera perché, ancora allora, il problema della Palestina era considerato (come oggi) un problema di autodeterminazione, e dunque il referente (il “garantito” secondo quanto detto sopra) era il popolo palestinese: «Recalling its relevant resolutions which affirm the right of the Palestinian people to self-determination, 1. Reaffirms the inalienable rights of the Palestinian people in Palestine, including: (a) The right to self-determination without external interference; (b) The right to national independence and sovereignty», mentre quello che in un certo senso è il primo passo nella direzione della attribuzione del nome di Palestina, è la A/RES/3210, 14.10.1974: «Considering that the Palestinian people is the principal party to the question of Palestine, Invites the Palestine Liberation Organization, the representative of the Palestinian people, to participate in the deliberations of the General Assembly on the question of Palestine in plenary meetings». È appena il caso di sottolineare come con la stessa definizione, contemporaneamente, anche la Lega Araba decide di chiamare l’OLP (interrompendo così un tradizionale atteggiamento di diffidenza verso l’OLP) Palestina: *Arab League Declaration*, Rabat 28.10.1974: «...To affirm the right of the Palestinian People to establish an independent national authority under the command of the PLO, the sole legitimate representative of the Palestinian People in any Palestinian territory that is liberated. This authority, once it is established, shall enjoy the support of the Arab States in all fields and at all levels; 3. To support the PLO in the exercise of its responsibility at the national and international levels within the framework of Arab commitment...». per tutti v. su questo e altri punti, il mio GUARINO G., *The Palestine Liberation Organization*, cit., p. 19 e *passim*. Va solo sottolineato come la risoluzione faccia esplicito riferimento alla decisione palestinese di “accettare” che, nelle more del processo di soluzione della questione, di Palestina si dovesse parlare con *riferimento ai territori man mano lasciati liberi*, anche se non *tutti* quelli desiderati. Questo è un passaggio importante, da me segnalato nello scritto succitato, dato che è già allora un sostanziale, se non formale, riconoscimento di Israele da parte palestinese.

¹⁶⁶ Conferendo, fra l’altro, alla Palestina, in pratica tutte le prerogative degli stati membri, con particolare riferimento alla sua partecipazione alle riunioni del CdS dove si trattano questioni di suo interesse e la possibilità di intervenire su qualunque questione all’attenzione delle NU.

come della Palestina, perchè è una decisione dell'AG (accettata di fatto dal CdS, che, infatti, vede spesso la partecipazione della "Palestina" alle discussioni che la riguardano). L'unico punto da discutere e decidere, dunque, è quello di sapere se l'AG (o meglio il CdS) deciderà di saltare il fosso ammettendo che, benché non Stato (su questo, mi permetto di precisarlo, non recedo dalla mia già espressa opinione) l'OLP (e non la ANP o una generica Palestina), nella sua veste di ente dotato di personalità di diritto internazionale – come tale, non v'è dubbio, non riconosciuto da molti stati, ma riconosciuto da molti altri – è però sicuramente *parte di un accordo* (anzi: di più accordi, talvolta controfirmati dal Presidente degli USA e dell'URSS-Russia) *sottoscritto dallo Stato di Israele con esso* e dunque un soggetto di diritto internazionale a pieno titolo.

In questi ultimi accordi, giova ripeterlo ancora una volta¹⁶⁷, *non si è stabilito che l'OLP può avere relazioni internazionali e stipulare trattati*.

Nessuno, infatti (nemmeno Israele), può "stabilire" che un soggetto di diritto internazionale possa stipulare accordi internazionali (se e quando e fin tanto che la o le altre parti siano d'accordo, come ovvio)¹⁶⁸: ciò infatti è cosa già strettamente inerente al *fatto* che l'OLP, in quanto MLN, capace di agire in maniera indipendente, è un soggetto di diritto internazionale e pertanto può stipulare tutti gli accordi che crede, e che gli altri soggetti accettino di stipulare con essa.

La disposizione ciclicamente richiamata per affermare quanto sopra da me contestato¹⁶⁹, afferma in realtà, e testualmente, solo (e non è cosa di secondaria importanza!) *che l'OLP può farlo in nome* (o, se si preferisce la terminologia puntigliosa dell'accordo, «for the benefit of») *e nell'interesse dell'ANP*¹⁷⁰.

È un modo, se si vuole contorto, per dire ciò che, invece, è palese: Israele si impegna a riconoscere (cioè *accettare senza interferire*) tutti gli accordi che l'OLP stipulerà *for the benefit of* l'ANP. Per essere più preciso, a rischio di essere pedante, è *Israele che si impegna a fare qualcosa*, posto che l'OLP stipuli, tra tutti quelli che può stipulare con qualunque altro soggetto di diritto internazionale e su

¹⁶⁷ Contrariamente a ciò che vari autori affermano, ma basta leggere i testi per constatare che non è così: v. i lavori cit. *supra* nt. 116.

¹⁶⁸ Diversamente che negli ordinamenti giuridici statali, i soggetti di diritto non sono istituiti per legge, nessuno ha il potere di farlo, e meno che mai di assegnare a detti soggetti determinate facoltà e competenze. Si tratta di cosa ovvia, ma giova ribadirla in presenza del fatto che molto spesso la letteratura anglosassone, sembra dimenticare questa realtà.

¹⁶⁹ Il riferimento alla questione nei trattati di Oslo e successivi, intendo.

¹⁷⁰ Nella specie, inoltre, non si può non condividere l'osservazione di QUIGLEY, *Palestine is a State*, cit., p. 752: « If a state says that it will recognize a putative state if the latter takes a particular action that could be taken at any time, then the former must regard the latter as a state. Otherwise, it would make no sense to say that it will recognize statehood upon performance of the desired action».

qualunque materia, accordi che abbiano attinenza con il territorio amministrato dall'ANP: in due parole, ripeto, *si impegna* a non interferire¹⁷¹.

E sul contenuto degli accordi stipulati dall'OLP, nessuno, meno che mai Israele, può intervenire nel definirne o autorizzarne i contenuti, salvo per quanto attiene ai temi su cui Israele e l'OLP hanno stipulato l'accordo di Oslo-Washington e dunque al *redeployment* delle forze armate israeliane e allo smantellamento degli insediamenti solo in parte da negoziare: tutte cose che Israele si è impegnata a fare definitivamente, sia pure negoziandone i tempi e i modi, ma non l'an!. Perché, almeno ufficialmente e formalmente, il fine ultimo degli accordi è il ritorno di Israele ai confini del 1967, sia pure dopo adeguati negoziati, fattibili solo tra pari: proprio perché in quegli accordi non si definiscono confini reciproci, ma si danno per acquisite situazioni di fatto (in gran parte derivanti da occupazione militare e insediamenti) su cui *negoziare*. Il che è indubitabile, ma negoziare¹⁷² non implica l'adozione di fatti compiuti, anzi ne fa logicamente, e *giuridicamente*¹⁷³ divieto. È perfettamente legittimi pretendere o chiedere di negoziare, ma è altrettanto legittimo pretendere che non vi siano fatti compiuti durante i negoziati¹⁷⁴.

Da ciò una conseguenza molto significativa, a mio avviso cioè che è *Israele quella che, con quell'accordo, accetta formalmente e definitivamente che gli accordi stipulati dall'OLP for the benefit of l'ANP, devono essere da essa, Israele, rispettati*. Israele non può, *contrattualmente*, disconoscere o non applicare gli accordi e le decisioni dell'OLP – sia quelli destinati al territorio dell'ANP che, ovviamente, quelli *di natura generale (in quanto normali accordi di diritto internazionale)* su qualunque altra questione interessi l'OLP: i primi perché lo ha esplicitamente sottoscritto, i secondi perché sono nella piena ed esclusiva disponibilità dell'OLP come soggetto di diritto internazionale...

Ragion per cui per dirla con altre parole: in caso di mancata ottemperanza a quegli accordi, è *Israele che viola la norma contrattuale* con la quale si è impegnata, liberamente, a rispettarli nei confronti dell'OLP quando rivolti al territorio

¹⁷¹ Quand'anche Israele pretendesse di essere, come si diceva una volta, ciò che certamente non è: lo Stato suzerain della Palestina, una volta consentito ad essa di stipulare, non sarebbe più in grado di frenarne l'attività, fin tanto che gli altri soggetti di diritto internazionale accettino di stipulare con essa. Israele, peraltro, si definisce sempre occupante militare o titolare esclusivo della sovranità, per la parte di territorio palestinese che ha illegittimamente annesso. Certo, taluni comportamenti israeliani fanno pensare a quanto scriveva l'Arbitro HUBER, nella controversia delle Isole Palmas (*infra* nt. 215), p. 34: «... These native States were from 1677 onwards connected with the East India Company, and thereby with the Netherlands, by contracts of suzerainty, which conferred upon the suzerain such powers as would justify his considering the vassal State as a part of his territory». Ma la Palestina non sono le isole Palmas, e, specialmente, Israele non è la Compagnia delle Indie orientali olandese!

¹⁷² Con un ovvio riferimento ai discorsi di Obama cit. *supra*, nt.

¹⁷³ Il principio della buonafede negoziale, penso, vale anche in questo caso.

¹⁷⁴ Questi si potrebbero essere invocati come fattori di annullabilità degli accordi, altro che la natura di accordo imposto con la violenza dalla Palestina ad Israele!

della Palestina (come spiegato sopra), e gli altri in ossequio alla norma di diritto internazionale generale che obbliga a rispettare l'ambito di sovranità (leggi: autonomia o, meglio, indipendenza) di ogni soggetto di diritto internazionale. Israele, dunque, non solo non ha alcuna facoltà impositiva sul contenuto e sull'*an* degli accordi stipulandi dell'OLP, ma, per fare un altro passo avanti nel discorso, nemmeno ha la facoltà di opporsi alla richiesta di *membership* della Palestina, sulla base del richiamo ad una norma contrattuale¹⁷⁵ degli accordi di Oslo-Washington: quella in cui si afferma che l'OLP non farà unilateralmente nulla che possa modificare lo *status* di quei territori, secondo l'art. XXXI degli accordi del 1995¹⁷⁶. Ma qui non si tratta di modificare lo *status* dei territori (che vuol dire sotto quale sovranità insistano) ma lo *status* della Palestina, indipendentemente dall'estensione del suo territorio.

Infatti, a ben vedere, la richiesta non è lesiva di quella disposizione: la Palestina si limita a chiedere l'ammissione alle NU come membro a pieno titolo. In cosa ciò cambi lo *status* dei territori *occupati* da Israele, francamente, mi sfugge¹⁷⁷. Viceversa sorge legittimo il dubbio che il procedere degli insediamenti in opinabilmente futuro territorio palestinese, cambi, quello sì, sensibilmente lo *status* del territorio, a cominciare da quello di Gerusalemme, e di altri territori dei quali Israele ha dichiarato l'annessione, in violazione delle norme di diritto internazionale che ne fanno esplicito divieto.

Non affermo tutto ciò per sterile polemica¹⁷⁸, ma per onore della verità. Rispetto al territorio, le cose stanno così, e chiaramente per chiunque: mentre Israele non ha mancato e non manca di "cambiare lo *status*" dei territori, nulla del genere ha fatto la "Palestina".

¹⁷⁵ Dunque valida come accordo internazionale.

¹⁷⁶ Accordo 1995 art. XXXI: «[n]either side shall initiate or take any step that will change the status of the West Bank and the Gaza Strip pending the outcome of the permanent status negotiations».

¹⁷⁷ Non a caso, penso, nella domanda di ammissione, la delegazione palestinese si guarda bene dal fare alcun riferimento alla consistenza fisica della Palestina e del suo territorio, anche se, come ovvio, non manca di esplicitare il riferimento alla A/RES/181 (II) e alla S/RES/242. Testualmente: «This application for membership is being submitted based on the Palestinian people's natural, legal and historic rights and based on United Nations General Assembly resolution 181 (II) of 29 November 1947 as well as the Declaration of Independence of the State of Palestine of 15 November 1988 and the acknowledgement by the General Assembly of this Declaration in resolution 43/177 of 15 December 1988», mentre sottolinea la necessità di giungere ad una soluzione negoziata della controversia (senza una parola di riferimento al territorio): «In this connection, the State of Palestine affirms its commitment to the achievement of a just, lasting and comprehensive resolution of the Israeli-Palestinian conflict *based on the vision of two-States* living side by side in peace and security, as endorsed by the United Nations Security Council and General Assembly and the international community as a whole and based on international law and all relevant United Nations resolutions»: non una parola sui confini!

¹⁷⁸ Anche se probabilmente l'illustre editorialista citato all'inizio sarà di diverso avviso: me ne farò una ragione.

Nessun dubbio, viceversa, che talune azioni militari o comunque violente in territorio israeliano (e non solo) condotte o volute o finanziate da palestinesi, costituiscano delle più o meno gravi lesioni del diritto internazionale, anche molto spesso quando e in quanto atti di guerra, *in quella che è una guerra*¹⁷⁹. Tanto vero che, a fronte di quegli attacchi (definiti spesso erroneamente, come terroristici) Israele reagisce in termini di legittima difesa, con azioni militari sulla cui legittimità in termini anche solo di diritto umanitario è lecito qualche dubbio, ma che *attestano senza ombra di dubbi*, che di *guerra* in senso tecnico si tratti. Se, quindi, di guerra si tratta, si applicano le regole del diritto di guerra *ad entrambe le parti*.

Ma su ciò non intendo minimamente entrare, e mi propongo di tornare al tema della richiesta, o meglio, della modalità della sua formulazione, di ammissione alle NU con lo *status* di “full membership”.

9. Passiamo ora ad una analisi del modo in cui la richiesta palestinese è formulata, iniziando, se me lo si consente, da un minimo di ironia: la richiesta, infatti del Presidente Palestinese Abbas, è da lui sottoscritta nella sua triplice qualità di Presidente dello Stato di Palestina, Presidente dell’OLP e Presidente dell’ANP. Come dire: fate voi purché ci ammettiate.

Ciò posto, la lettera di richiesta di adesione (e la relativa documentazione¹⁸⁰), si espone intanto e subito ad una perplessità, forse marginale, ma, a mio parere, rilevante. La Palestina, infatti, è *già* presente alle NU da molto tempo, da quando cioè la Palestina in luogo dell’OLP, con lo *status* di osservatore permanente, è parte con questo nome dell’AG delle NU.

Dalla A/RES/43/177, dunque, a stretto rigore, non più di OLP si deve parlare alle NU, anche se (in una risoluzione di rara incoerenza¹⁸¹) all’OLP venivano riconosciute impregiudicate le funzioni di rappresentanza come osservatore permanente (con le relative prerogative) del popolo della Palestina nel “sistema delle NU”, mentre la “nuova” Palestina si vede riconosciute le medesime funzioni ... in

¹⁷⁹ Come afferma in continuazione la stessa Israele, in particolare di recente quando istituisce il blocco navale delle coste di Gaza.

¹⁸⁰ Incluso il verboso documento di spiegazione della delegazione dell’OLP alla richiesta di adesione: *Memorandum prepared by the Permanent Observer Mission to the UN*, New York, September 2011, in ... contemporanea o immediatamente precedente alla richiesta ufficiale del 23 Settembre, in coincidenza con il discorso di Abbas alla AG delle NU.

¹⁸¹ A/RES/43/177, 15.12.1988 (importante la data, perché successiva alla “Dichiarazione di indipendenza della Palestina”, della quale l’AG ‘prende atto’, che mi sembra il solo modo di tradurre coerentemente la parola “acknowledges”), dove si afferma, alquanto cripticamente, al punto 3: «Decides that, effective as of 15 December 1988, the designation “Palestine” should be used in place of the designation “Palestine Liberation Organization” in the United Nations system, without prejudice to the observer status and functions of the Palestine Liberation Organization within the United Nations system, in conformity with relevant United Nations resolutions and practice».

sostituzione dell'OLP. Come dico, la risoluzione non è proprio un capolavoro di chiarezza, dato che, a leggerla testualmente, i rappresentanti della Palestina (o del suo popolo, ma la risoluzione del popolo non fa menzione¹⁸²) sono ora due: la Palestina e l'OLP¹⁸³! Si tratta, verosimilmente, solo di una disattenzione semantica, perché il senso compiuto della disposizione è che da quel momento la dizione Palestina si applica all'OLP e a quanto l'OLP rappresenta in seno alle NU, anzi al “sistema” delle NU¹⁸⁴.

Ma, se le cose stanno così, non si tratta di una richiesta di adesione, ma di una *richiesta di cambiamento di status per la Palestina*, che da osservatore, vuole ora la piena partecipazione. La situazione, in qualche modo, è molto simile a quella della rappresentanza della Cina, dove, a sostituzione avvenuta, Taiwan ha a lungo dovuto penare senza nemmeno essere ammessa *ex novo* alle NU, cosa in nessun modo accaduta, ad esempio, quando alle NU “compare” la RAU (*Repubblica Araba Unita*: Egitto più Siria), per poi scomparire di nuovo.

Tanto più che la risoluzione citata della AG era stata adottata (a larghissima maggioranza) proprio in base alla dichiarazione di indipendenza di qualche mese prima. Valga il vero: se si prende atto (o magari si riconosce, altra possibile traduzione di quell’”acknowledges”¹⁸⁵) di una dichiarazione di indipendenza, e si riconosce la partecipazione del dichiarante alle NU, cosa altro si fa se non affer-

¹⁸² Rilevante anche ciò, per quanto dirò fra poco, dato che, invece, nella domanda di ammissione il riferimento al popolo è esplicito.

¹⁸³ Il che, ovviamente sarebbe assurdo, anche se, come detto l'OLP “scompare” dalle NU, mentre “compare” la dizione di “Permanent observer Mission of Palestine”, interpretando così la strana dizione della risoluzione citata, dove si afferma che da quel momento in poi la dizione OLP è sostituita da Palestina, mentre sono preservate le prerogative dell'OLP come osservatore.

¹⁸⁴ Il che, sia detto solo *per incidens*, dovrebbe significare che da quel momento e automaticamente la Palestina (e non o non più l'OLP) è almeno osservatore in tutto il sistema, e quindi in particolare negli Istituti Specializzati, anche quando essi rivestano una veste formalmente autonoma rispetto alle stesse NU. La notazione, che è solo un appunto, non è, penso, priva di valore perché se è vero che la posizione della Palestina non più OLP si “estende”, direi, automaticamente a tutti gli Istituti Specializzati, fin qui non vi sarebbe nulla di rilevante. Sia chiaro, per evitare equivoci: non sto dicendo che la Palestina, in quanto osservatore alle NU è *automaticamente* osservatore anche negli istituti specializzati (che hanno per lo più una vita propria), ma solo che logica vuole che se un ente è osservatore nella istituzione che controlla le altre, sia lecito attendersi che quello *status* almeno le venga riconosciuto anche lì. Ma, il punto rilevante è che: se in una o più di dette istituzioni alla Palestina venga riconosciuta la *full membership* (come ad esempio è accaduto di recente all'UNESCO, ma anche al WHO, ecc.) logica vuole che detta qualità si estenda a sua volta anche all'organizzazione principale. Sembra, infatti, difficilmente concepibile che la qualità di un ente si trasmetta solo in una direzione e non nell'altra, con la conseguenza che la Palestina sarebbe membro a pieno titolo dell'UNESCO, ma non delle NU! Ovviamente questa è solo un'ipotesi, meritevole di approfondimenti ulteriori, alla luce degli statuti e dei rapporti tra Organizzazioni internazionali partecipanti al “sistema” delle NU.

¹⁸⁵ Ma la traduzione più esatta, a mio parere, è proprio “prende atto”, anche alla luce della versione francese della risoluzione: « 1. *Prend acte* de la proclamation de l'Etat palestinien par le Conseil national palestinien le 15 novembre 1988».

mare che il partecipante è ... uno Stato, o lo è diventato sulla base del principio di autodeterminazione come applicato dall'AG delle NU. Non, come ovvio, in applicazione dell'art. 4 della Carta (dove si parla di stati), ma della logica conseguenza di una dichiarazione di indipendenza, che, se effettiva¹⁸⁶, implica l'esistenza di uno Stato (o, secondo me, di un soggetto di diritto internazionale del tipo degli stati) perché l'indipendenza non viene dichiarata da nessun altro soggetto di diritto internazionale o da altro ente purchessia: la dichiarazione di indipendenza è propria solo degli stati.

Ma l'effettività attiene, in questo caso, alla forma non alla sostanza del potere effettivo sul territorio non tanto e non solo perché molti altri soggetti di diritto internazionale (stati) ritengono che la Palestina sia uno Stato e trattano con essa, ne accettano delegazioni diplomatiche, ecc., ma perché il "solo" fatto che un territorio afferente ad un soggetto sia sotto occupazione militare, per cui il soggetto in questione sia, dunque, impedito (più o meno illecitamente¹⁸⁷) di svolgere liberamente la sua attività di titolare del potere su quel territorio, non implica, nel diritto internazionale vigente, che lo Stato non esista, ma "solo" che, essendo sotto occupazione militare, non può esercitare liberamente e interamente le proprie prerogative, in presenza, però, del rigoroso divieto, per lo Stato occupante, di modificarne l'entità territoriale, le risorse, ecc.

In altre parole, e per concludere su questo punto: logica avrebbe voluto, e comunque, dal punto di vista degli interessi palestinesi, meglio sarebbe stato parlare di cambiamento di *status*, piuttosto che di adesione *tout court*¹⁸⁸, senza insistere sulla diatriba semantica circa la natura o meno di "Stato" del richiedente.

Un'ultima osservazione per completare questo aspetto della questione è la scarsa perspicuità della spesso ripetuta affermazione israeliana di volere negoziare con i palestinesi, puntualmente accusati di rifiutarsi di farlo, ignorando il fatto che qualunque negoziato, presuppone, come accennato sopra, almeno una situazione di *stand still*, che nel caso di specie manca del tutto, con la continua acquisizione di territori, la distruzione di abitazioni e campi coltivati, ecc¹⁸⁹.

¹⁸⁶ E secondo una tesi molto diffusa, anche tra i contrari alla natura di Stato della Palestina.

¹⁸⁷ Nel caso di specie, poi, la situazione è assai più complessa e, da questo punto di vista, grave, dato che, mentre il territorio di Gaza è sottoposto in pratica ad una chiusura ermetica verso l'esterno (alternativamente anche ad opera dell'Egitto) con le chiusure rigide della frontiera con Israele, e, in particolare con l'assolutamente illegittimo blocco navale, che impedisce ai palestinesi di Gaza non solo di pescare liberamente nel mare libero, ma anche di viaggiarvi e di riceverne viaggiatori. Non migliore è la situazione del resto della Palestina, sottoposta a controlli e blocchi di ogni genere, con particolare riferimento anche agli *asset*, che spesso privano la Palestina delle sue legittime fonti di finanziamento.

¹⁸⁸ Non sono così ingenuo da non capire perfettamente che in ogni caso l'opposizione sarebbe stata durissima, come durissima è ora, ma cerco di evitare ovunque possibile ogni discorso di natura politica.

¹⁸⁹ V. i risultati ctt. nel *Rapporto GOLDSTONE*, *supra* nt. 162.

Su ciò rinvio a discussioni altrui. Ma mi limito a mo' di esempio a citare una caso recente (forse marginale, ma cosa c'è di marginale nella situazione della Palestina?), che coinvolge pienamente l'Italia (e di ciò non dovremo certo vantarci): la costruzione di una ferrovia, che, per collegare due porzioni di "territorio israeliano" (a questo punto, le virgolette sono d'obbligo) attraversa il "territorio palestinese"¹⁹⁰. L'illegittimità è tanto evidente, quanto plateale, ma ciò che non può non turbare chi scrive è che la ferrovia venga costruita da un'impresa italiana, con sede in Italia, senza che, a quanto risulta, nessuno al Governo abbia nulla da dire¹⁹¹. Se si dovesse, infatti, ragionare in punto di diritto, strettamente inteso, si sarebbe di fronte non solo ad un comportamento illecito da parte italiana (per il mancato controllo di un suddito italiano, che agisce determinando la responsabilità "oggettiva" dello Stato), ma vi sarebbe anche una responsabilità di carattere penale sia interna che internazionale (e l'Italia è parte attiva della Corte penale internazionale), legata al fatto che, sia pure attraverso un proprio suddito cui non si impedisce di procedere, si dovessero determinare danni (e, nel caso, i danni sono oggettivi) alla popolazione locale, e contribuire all'illecita appropriazione di territorio sotto occupazione militare. Per non parlare dell'altro non certo marginale aspetto, legato al rispetto dei diritti dell'uomo¹⁹².

Beninteso, il territorio in questione in nessun caso si potrebbe considerare sotto controllo italiano, ma la domanda potrebbe essere diversa: può legittimamente, alla luce e nell'ambito della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, l'Italia consentire che una sua impresa, insediata e operante con la sua sede principale in Italia, con titolari italiani, determini la lesione di diritti dell'uomo, e non solo, di palestinesi (o israeliani) sia pure altrove rispetto all'Italia, dove però risiede la "testa" dell'impresa in questione¹⁹³?

10. Un ultimo punto merita di essere approfondito, prima di concludere, premettendo che, come risulta chiaramente da quanto fin qui detto, è, a mio giudizio, da non considerare come ostativa l'interpretazione letterale dell'art. 4, con

¹⁹⁰ È appena il caso di ricordare la puntigliosità con cui le autorità tedesche hanno preteso e ottenuto che i prodotti Brita venissero classificati provenienti dalla Palestina. Incidentalmente, ma potrei riferire solo una notizia errata, pare che la richiesta di costruzione della strada ferrata fosse stata fatta alla Deutsche Bundesbahn ... che rifiutò.

¹⁹¹ V. il caso della ditta Pizzarotti, in: <http://www.bdsitalia.org>, come ovvio non conoscendo direttamente la vicenda, cito notizie di stampa. Devo le informazioni alla cortesia della Prof. Flavia Lepre, dell'associazione BDS (<http://www.bdsitalia.org>)

¹⁹² Del resto il tema della *Responsibility to Protect* non è estraneo alla questione, v. PANELLA C., *La responsabilità di proteggere. Una nuova tutela per diritti umani*, relazione tenuta al Convegno di Messina 8/9.6.2012, *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, in corso di stampa.

¹⁹³ È in altre parole il tema della jurisdiction della Corte europea sui diritti dell'uomo, su fatti e atti avvenuti all'estero, su cui v. il mio GUARINO G., *L'adesione della UE alla Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e la Costituzione italiana*, in *Grotius*, 2008, p. 69 ss.

riferimento alla possibilità di partecipazione alle NU di “stati”, così come infatti, da un lato hanno già fatto altre Organizzazioni internazionali tra cui di recente l’UNESCO, ma anche come taluni autori affermano con particolare riferimento alla necessità di interpretare in maniera funzionale il concetto di Stato (teleologica, secondo alcuni¹⁹⁴) nello Statuto della ICC.

Tornando alla richiesta palestinese, a mio giudizio, occorre valutare meglio come può essere posto e interpretato nel sistema delle NU il concetto stesso di Stato e il suo contenuto, al di là della sua forma letterale. Sulla base di due elementi rilevanti: a. – l’art. 1.2 della Carta con l’endiadi già citata sopra, b. – la formulazione approvata dall’AG in relazione all’art. 73 della Carta, per quanto riguarda la formazione dello Stato, *emergente* da una dominazione coloniale o straniera¹⁹⁵ secondo la usuale formula dell’AG e degli altri organi delle NU. A mio parere, infatti, anche il modo in cui viene formulata la richiesta palestinese può essere inserito in questa logica.

La richiesta, infatti, parte proprio da un riferimento al popolo, in quanto titolare del “diritto” all’autodeterminazione, ma specialmente in quanto destinatario di risoluzioni dell’AG (e del CdS) a cominciare dalla fondamentale 181 (II). La delegazione palestinese, insomma, non si limita a dire che lo “Stato” di Palestina vuole la *full membership*, ma, affermando il diritto all’autodeterminazione del popolo palestinese, e riferendosi alle risoluzioni dell’AG e del CdS, dove questo diritto è riconosciuto¹⁹⁶, chiede che lo Stato indipendente di Palestina ottenga la detta *full membership*. Lo Stato indipendente (come è giusto che sia), perché l’indipendenza della Palestina è stata presa in considerazione (*acknowledged*) in ragione della formalmente avvenuta dichiarazione di indipendenza¹⁹⁷.

¹⁹⁴ PELLET, *op. cit.*, GOWLLAND-DEBBAS, *op. cit.*

¹⁹⁵ E infatti, e non credo per caso, la richiesta palestinese non manca di sottolinearlo nella sua richiesta ufficiale, UN Doc. A/66/371, S/2011/592, dove la delegazione medesima esordisce con un richiamo al popolo palestinese e quindi al principio di autodeterminazione: «I have the profound honour, on behalf of the Palestinian people, to submit this application of the State of Palestine for admission to membership in the United Nations. This application for membership is being submitted based on the Palestinian people’s natural, legal and historic rights and based on United Nations General Assembly resolution 181 (II) of 29 November 1947 as well as the Declaration of Independence of the State of Palestine of 15 November 1988 and the acknowledgement by the General Assembly of this Declaration in resolution 43/177 of 15 December 1988. In this connection, the *State of Palestine* affirms its commitment...».

¹⁹⁶ Come detto sopra, la pretesa all’autodeterminazione, è suscettibile di garanzia da parte dell’ordinamento internazionale, solo se è *legittima*: e chi meglio delle NU può “legittimare” una simile pretesa? Nei fatti, comunque, le NU (e in esse in particolare l’AG) lo hanno fatto con riferimento alla decolonizzazione, *ma non solo*.

¹⁹⁷ Come vedremo ancora più avanti, la indipendenza, se è in certi aspetti carente nella forma (ma quanti stati e/o soggetti di diritto internazionale possono dirsi *effettivamente e totalmente* indipendenti?) in altri, e in particolare nella sostanza, è sufficiente, a giudizio non dei palestinesi (che sarebbe ovvio), ma di alcune importanti istituzioni *finanziarie* internazionali, su un aspetto sostanziale per l’esistenza di uno Stato (per l’esistenza *effettiva*): la capacità di esistere economi-

Ogni popolo, come rilevato sopra, deve poter godere dei medesimi diritti degli altri, a cominciare da quello alla autodeterminazione (o meglio alla garanzia di esso), il che è stato già affermato nelle molte risoluzioni dell'AG in merito, a cominciare dalla Risoluzione 181, ma specialmente dalla risoluzione 43/177, nella quale l'AG prendendo atto della dichiarazione di indipendenza palestinese ne conferma l'esistenza e la legittimità come soggetto autonomo e indipendente di diritto internazionale, benché sotto occupazione militare straniera, cioè oggetto di aggressione¹⁹⁸. Questo ultimo riferimento non è casuale, dato che intendo con esso fare, a mia volta, riferimento all'art. 1 della Definizione dell'Aggressione di cui alla A/RES/3314 (XXIX), dove si afferma, nella spiegazione, che l'aggressione *da parte o contro* uno Stato, si intende tale *a prescindere dal fatto che lo Stato sia riconosciuto e sia membro delle NU*. Come dire che l'aggressione non avviene contro il nulla, ma contro un ente che, benché non riconosciuto, esiste tanto concretamente da poter essere aggredito¹⁹⁹.

Il riconoscimento (e il relativo formale consolidamento), non è ritenuto in alcun modo rilevante dalla AG, che, come dimostrato altrove²⁰⁰, è, di fatto, l'unico organo in grado di affermare se e quando un popolo (e quale) è "maturo" per l'autodeterminazione, e deve esservi ammesso.

E dunque nella logica, documentata negli atti, delle NU, la soggettività di un ente/Stato, è data: a. – dal *fatto* che l'ente *emerge* come tale²⁰¹, in altre parole si affermi di fatto come un soggetto (l'AG dice Stato, ma si sta parlando, nella risoluzione cui mi riferisco, per l'appunto, dei territori non autonomi, suscettibili della garanzia dell'autodeterminazione); b. – dal fatto di aver raggiunto (come che sia) quel grado sufficiente di autogoverno, che ne garantisca la capacità di esistere

camente senza essere tanto dipendente da altri, da pregiudicarne la stessa indipendenza politica. Il contenuto della Convenzione di Montevideo, oggi merita di essere aggiornato nel senso che i tre elementi (non requisiti, in un sistema giuridico, come spesso si dice, "orizzontale") tradizionali, vanno integrati da altri assai più importanti, come la capacità di sostenersi da sé.

¹⁹⁸ È appena il caso di ricordare che l'occupazione dei territori palestinesi con la guerra del 1967, avviene sulla base di una rivendicazione di legittima difesa preventiva, universalmente dichiarata inammissibile in diritto internazionale, e quindi, già solo per questo, parificabile all'aggressione. È appena il caso di sottolineare come, a mio parere, questa ipotesi corrisponde alla proposta interpretazione del nuovo (ove ratificato) art. 8 *bis* dello Statuto della Corte (su cui v. anche *supra* nt. 139 e testo corrispondente).

¹⁹⁹ O addirittura da poter a sua volta "aggreddire" quello che è certamente uno Stato, Israele, nella affermazione non priva di qualche peculiarità, di BENOLIEL D., PERRY R., *Israel Palestine*, cit. p. 41, e v. p. 22: « The question, then, is whether it should be inferred that a peace treaty ceding territory from the vanquished to the victorious state is invalid. It is possible that, in the words of the Preamble to Resolution 242, "the acquisition of territory by war" is inadmissible... », v. *supra*, nt. 40. È appena il caso di ricordare che se, nel diritto internazionale, si accettasse l'idea che lo Stato sconfitto in una guerra possa impugnare il trattato di pace perché ... imposto con la forza, il diritto internazionale stesso sarebbe del tutto inesistente.

²⁰⁰ GUARINO G. *Autodeterminazione dei popoli*, cit. *passim*.

²⁰¹ Non, sia "reato": A/RES/1541 (XX), *Annex, Principle VI* (a).

indipendentemente²⁰². In altre parole e sinteticamente la prassi delle NU afferma che un ente è uno Stato (in senso lato) indipendentemente dal riconoscimento (A/RES/3314), se “emerge” da solo da un processo che ne garantisca e ne mostri la capacità *effettiva* di autogovernarsi. Date queste condizioni, infatti, quell’ente è titolare di diritti e garanzie ben precise, tra cui quelle al mantenimento del proprio territorio, delle proprie risorse naturali, ecc.

Ciò vuol dire che una delle principali motivazioni per respingere la natura di Stato della Palestina (che secondo questa lettura dei documenti e delle norme significa, in ultima analisi, la capacità di essere un ente autonomo differente e “altro” rispetto a chi di fatto o di diritto eserciti un potere sul territorio ad esso afferente) potrebbe cadere ove si potesse dimostrare che, nonostante l’occupazione, nonostante la chiusura delle frontiere, nonostante l’uso indiscriminato dell’acqua da parte di Israele, ecc., nonostante tutto ciò, la Palestina (o meglio l’ente che, all’interno, la rappresenta: l’ANP) è un ente autonomo, funzionalmente identico ad uno Stato, dal punto di vista, almeno, della sua partecipazione ad una Organizzazione internazionale come quella delle NU.

Ebbene, a parte anche il fatto che già durante il periodo della “annessione” giordana e della occupazione egiziana, l’OLP esercitava (attraverso i suoi organi locali diretti dall’OLP residente fuori del territorio della Palestina)²⁰³ è indubbio che i due studi citati del World Bank e del IMF, attestano dello sviluppo di adeguate e sufficienti forme di autogoverno capaci di garantire l’autonomia e quindi l’indipendenza della Palestina, la cui esistenza come soggetto a sé stante, è inoltre attestata anche dalla UE, con la stipula degli accordi con l’OLP, che hanno diretta relazione con un *determinato*²⁰⁴ territorio e con le attività *economiche* autonome (e infatti differenziate rispetto a quelle israeliane) dei territori della Palestina.

L’obiezione, facile, a questi riferimenti potrebbe essere che parte delle risoluzioni citate (oltre ad essere riferibili ad un organismo non dotato di capacità di adottare decisioni obbligatorie) si riferiscono al tema della decolonizzazione, che potrebbe avere poca attinenza con il tema in discussione²⁰⁵.

²⁰² Risoluzione cit. *supra*, Principle v: «Once it has been established that such a prima facie case of geographical and ethnical or cultural distinctness of a territory exists, other elements may then be brought into consideration. These additional elements may be, *inter alia*, of an administrative, political, juridical, economic or historical nature. If they affect the relationship between the metropolitan State and the territory concerned in a manner which arbitrarily places the latter in a position or status of subordination».

²⁰³ Cfr. in merito i miei GUARINO G., *The Palestine Liberation Organization and its evolution as a National Liberation Movement*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2008, p. 13 ss., e GUARINO G., *Personalità giuridica*, cit.

²⁰⁴ *Supra* § 5.

²⁰⁵ Ma ciò sarebbe inesatto, e facilmente dimostrabile come tale, dato che per territori non autonomi non si intendono necessariamente solo le colonie e il principio di autodeterminazione è stato applicato con riferimento, indifferentemente, a situazioni coloniali, a situazioni di occupazione

Ora se pure è vero che l'AG non ha poteri obbligatori, è anche vero che, da un lato è capace di fatto di emettere atti addirittura in grado di assumere valore di norme generali, ma dall'altro, in tema di autodeterminazione, ha svolto sempre un ruolo guida decisivo nell'affermare la legittimità delle aspirazioni di un popolo all'indipendenza, e a definirne spesso i tempi.

Inoltre, è difficile trascurare il fatto per cui lo stesso CdS, nella famosa risoluzione 242, esplicitamente afferma l'obbligo del rispetto dell'indipendenza²⁰⁶ della Palestina, quando ancora la stessa dichiarazione non era stata fatta!

Sul fatto, indubitabile, che le norme citate si riferiscano ad un fenomeno particolare, è altrettanto indubitabile che il capitolo XI della Carta si riferisce genericamente ai territori non autonomi e che certamente (benché strettamente parlando non una colonia) la Palestina autonoma non è sotto molti punti di vista. Ma inoltre la stessa ha, nel 1988, dichiarato la propria indipendenza (in nome di un riconosciutissimo "diritto" all'autodeterminazione), che implica che fino a quel momento (e magari anche oggi) indipendente non era, o più precisamente era dipendente da un altro ente, che, non potendo essere più la Gran Bretagna (ormai lontana dal territorio), né la Giordania e l'Egitto, non poteva non essere che Israele stesso. Non è certo un caso che, non solo in ambito delle NU, il tema della Palestina è trattato come un problema di autodeterminazione, e come tale viene rivendicato dal Presidente dell'OLP Abbas, quando, nel chiedere l'accesso alla *full membership*, si riferisce esplicitamente al tema dell'autodeterminazione, in quanto legittima aspirazione (o diritto) del popolo palestinese²⁰⁷.

Aspirazione, del resto confermata ripetutamente e con argomenti esaurienti nel Parere consultivo della CIG sul Muro, dove appunto si afferma, tra l'altro, l'illegittimità del muro stesso e degli insediamenti, proprio in quanto in violazione del principio dell'integrità territoriale, sia pure di un popolo non ancora compiutamente "autodeterminato".

militari e a situazioni di mancata corrispondenza del regime politico interno alla volontà del popolo: v. GUARINO G., *Autodeterminazione dei popoli*, cit.

²⁰⁶ S/RES/242, 1967: «...the fulfillment of Charter principles requires the establishment of a just and lasting peace in the Middle East which should include the application of both the following principles: (i) Withdrawal of Israel armed forces from territories occupied in the recent conflict; (ii) Termination of all claims or status of belligerency and respect for and *acknowledgement* of the sovereignty, territorial integrity and *political independence of every State* in the area and their right to live in peace within secure and recognized boundaries free from threats or acts of force». Certo la Palestina in quanto tale non viene menzionata, ma è almeno lecito dubitare che il riferimento sia alla ... Cina. Il CdS "prende atto" della sovranità e integrità territoriale di ogni Stato, e qui si potrebbe anche dire che il riferimento è ai territori occupati della Siria e dell'Egitto, ma, non risulta che la stessa Israele abbia mai messo in dubbio l'indipendenza di Egitto, Siria, Libano ecc., ma della Palestina certamente!

²⁰⁷ Del resto, è bene ribadirlo, pur avendolo detto ripetutamente: se Israele tratta su tutto, ivi compresi i confini, con l'OLP, con chi tratta se non con un soggetto *altro* da sé!

Ma se esaminiamo il problema in termini più ampi rispetto alla prassi, è difficile non rilevare come, ad es., nella discutibilissima sentenza consultiva sul Kosovo, la stessa CIG affronta il tema della legittimità delle dichiarazioni di indipendenza. E ivi, la Corte non manca di sottolineare come di non legittimità di una simile dichiarazione si possa parlare solo quando la dichiarazione stessa si proponga di separare un territorio da uno Stato²⁰⁸: si tratta della integrità territoriale, insomma²⁰⁹. Che la secessione sia, almeno in linea di principio, un atto illecito dal punto di vista del diritto internazionale è un fatto acclarato da tempo, ma specialmente del tutto acquisito proprio nell'ambito del principio di autodeterminazione.

Ma nel caso che ci occupa non v'è traccia di secessione nella dichiarazione di indipendenza della Palestina, che ha tutto il diritto di farla e di pretenderla, anche con la forza, alla luce del principio di autodeterminazione, come largamente confermato dalla pure deludente sentenza sul Kosovo.

Ovviamente una dichiarazione di indipendenza può ben essere illecita (e dunque non venire, obbligatoriamente, riconosciuta dai membri della Comunità internazionale), ma solo (e la stessa CIG, lo afferma!) quando altre norme la vietino, in particolare, ad esempio, quando si tratti appunto di una secessione, o quando serva a instaurare un regime contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento internazionale, quali il divieto di razzismo ecc. (è il caso, riportato non a caso, dalla stessa Corte, della Rhodesia del Sud)²¹⁰. Ma proprio non sembra questo il caso della Palestina.

Che, per concludere, potrebbe trovarsi ora di fronte ad una inattività del CdS, che ha il compito di raccomandare all'AG l'ammissione del nuovo membro.

²⁰⁸ Cosa, del resto, già ampiamente e chiaramente affermato nella prassi, sia nella cit. A/RES/1541, che nella fondamentale A/RES/2625 sulle relazioni amichevoli, dove la questione è posta con grande chiarezza e dove è opportuno sottolineare come si parli di decolonizzazione solo al co. 6 del capitolo sull'autodeterminazione. La risoluzione afferma, infatti, come noto, al co. 8 del capitolo sull'autodeterminazione: «Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity...».

²⁰⁹ V. Parere Consultivo Kosovo § 80, CIG, *Advisory Opinion, accordance with international law of the unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, 22.7.2010.

²¹⁰ Non a caso, la Corte, dimenticando quanto appena detto con riferimento alla secessione in genere e alla Rhodesia in particolare, afferma alquanto stranamente, con quello che appare come un espediente retorico: «84. For the reasons already given, the Court considers that general international law contains no applicable prohibition of declarations of independence. Accordingly, it concludes that the declaration of independence of 17 February 2008 did not violate general international law. Having arrived at that conclusion, the Court now turns to the legal relevance of Security Council resolution 1244, adopted on 10 June 1999». Bisogna riconoscere che una simile affermazione è ai limiti del ridicolo. È ovvio che non esiste una norma che possa impedire di dichiarare alcunché (indipendenza inclusa). Ma esistono norme, e più d'una, che fanno divieto di esercitare effettivamente la dichiarata indipendenza! In Italia, nel nostro piccolo, abbiamo un partito che rivendica ogni giorno l'indipendenza o la secessione: nessuno si sogna di impedirgli di dirlo, quanto a farlo è tutt'altra cosa!

A prescindere dalla possibilità di apposizione del veto, il precedente della Cina potrebbe aiutare a risolvere la questione, dando al Consiglio la possibilità di decidere senza veto²¹¹, ma a maggioranza semplice, lasciando così all'AG il compito di prendere la decisione effettiva.

Ma al di là di ogni valutazione politica, che non mi compete, è verosimile che il CDS si limiti all'inazione, non fornendo all'AG la necessaria (e processualmente indispensabile) raccomandazione positiva, ma a stretto rigore, a leggere testualmente la norma (e stiracchiandola non poco), la raccomandazione del Consiglio potrebbe essere vista come una semplice necessità procedurale indipendentemente dal fatto che sia positiva

Non credo però, che sia da trascurare l'ipotesi che fa capolino nei dibattiti in senso all'AG, secondo la quale, in caso di inerzia del CDS, si potrebbe utilizzare la ben nota formula della risoluzione *Uniting for Peace* (A/RES/377-V-) dando, così, all'AG la possibilità di sostituirsi al CDS.

Quest'ultima questione, peraltro, è tutta da valutare e rivalutare, in attesa dello sviluppo degli eventi, che, allo stato, sono fermi alla attesa della decisione del Consiglio.

11. Volutamente, e contravvenendo ad una mia abitudine, ho sottolineato in queste brevi note, taluni punti di particolare critica non tanto e non solo verso la situazione drammatica dei territori della Palestina, quanto verso certe "dottrine" smaccatamente di parte, delle quali, però, mi sono limitato a mettere in luce le affermazioni meno facilmente condivisibili. Rischiando così, del tutto coscientemente, di apparire quel che non sono: di parte, ma non spetta a me dirlo.

Leggo già in trasparenza l'obiezione di qualche illustre autore autonomatosi *super partes*²¹², ma nella realtà largamente *citra*, che, usando il solito latino comodo per tutte le occasioni, non mancherà di irridere alla *excusatio non petita*.

Se pure la questione della Palestina fosse ormai priva di una via di uscita giuridicamente accettabile, come molti, esplicitamente o fra le righe ma sempre cinicamente, affermano, a chi si illude di fare il mestiere del giurista (e non dell'avvocato²¹³) compete l'obbligo etico di porre i problemi freddamente nella loro reale collocazione, *giuridica*.

Affermare, sgomberiamo subito il campo prevedendo la solita sprezzante obiezione a ciò che non ho detto: affermare, dico, che Israele non esista o non abbia il diritto di esistere, è una sciocchezza bella e buona. Israele ha saputo affermarsi sul terreno dei fatti, con i fatti, contro le ostilità di molti e con l'aiuto

²¹¹ Nel caso del Vietnam, ad es., la raccomandazione vi fu, seppure con la ostilità USA.

²¹² Come certamente il nostro editorialista (*supra* nt. 3) più volte richiamato, che ci ha accompagnato in tutto questo percorso.

²¹³ Cfr. invece, ad es.: DERSHOWITZ A., *The Case for Israel*, Hoboken (Wiley) 2003, NEUMANN M., *The Case against Israel*, Oakland (Counter Punch) 2005.

di molti altri. Ma ha saputo affermarsi e consolidarsi e, in termini di diritto internazionale il più classico possibile, ha mostrato ed esercitato la forza giuridica della effettività. Negarne l'esistenza è come negare che il sole esiste, nella logica del diritto internazionale. Ammesso pure che si sia insediata su quel territorio violando norme di diritto internazionale, o esprimendo come taluni affermano uno spirito ed una pratica coloniali (o addirittura razzista²¹⁴), non cambia di una virgola il *fatto* consolidato della sua esistenza e, dunque, del suo sacrosanto (pardon: giuridicamente insindacabile) *diritto ad esistere* e a resistere con ogni mezzo ad ogni tentativo di distruggerla²¹⁵.

Purché sia anche chiaro che Israele si è insediata in un territorio abitato da popolazioni diverse²¹⁶, storicamente abitanti quel territorio, progressivamente occupato (spesso del tutto legittimamente, perché a lungo, come noto, gli ebrei immigrati compravano la terra dagli abitanti locali) da persone provenienti da altre parti del mondo.

Storicamente, nei termini temporali del diritto internazionale vigente. Far risalire una presenza ed un conseguente diritto ad esservi perché ci si era duemila anni fa, è nonché ridicolo anche assurdo oltre che controproducente²¹⁷, perché è

²¹⁴ A/RES/3379 (XXX) 10.11.1975, revocata con la A/RES/44/86, 16.12.1991.

²¹⁵ Il ben noto caso delle isole di Palmas, insegna: arbitro HUBER M., nella controversia *USA v. THE NETHERLANDS*, (CPA, *The Islands of Palmas Case – or Miangas*, 4.4.1928). Giova ripeterne alcuni fondamentali passaggi, p. 33 s.: «The United States base their claim on the titles of discovery, of recognition by treaty and of contiguity, i.e. titles relating to acts or circumstances leading to the acquisition of sovereignty; they have however not established the fact that sovereignty so acquired was effectively displayed at any time. The Netherlands on the contrary found their claim to sovereignty essentially on the title of peaceful and continuous display of State authority over the island. It is not necessary that the display of sovereignty should be established as having begun at a precise epoch; it suffices that it had existed at the critical period preceding the year 1898. It is quite natural that the establishment of sovereignty may be the outcome of a slow evolution, of a progressive intensification of State control. This is particularly the case, if sovereignty is acquired by the establishment of the suzerainty of a colonial Power over a native State, and in regard to outlying possessions of such a vassal State».

²¹⁶ E non, come amano dire alcuni che non meritano di essere citati, in un “territorio senza popolo”.

²¹⁷ Scatta di istinto, la citazione del DEUTERONOMIO, nella versione ufficiale della Chiesa Cattolica, <http://www.vatican.va>: 31.1 ss.«[1] Mosè andò e rivolse ancora queste parole a tutto Israele. Disse loro: [2] “Io oggi ho centovent’anni; non posso più andare e venire; inoltre il Signore mi ha detto: Tu non passerai questo Giordano.[3] Il Signore tuo Dio passerà davanti a te, distruggerà davanti a te quelle nazioni e tu prenderai il loro posto; quanto a Giosuè, egli passerà alla tua testa, come il Signore ha detto. [4] Il Signore tratterà quelle nazioni come ha trattato Sicon e Og, re degli Amorrei, e come ha trattato il loro paese, che egli ha distrutto. [5] Il Signore le metterà in vostro potere e voi le tratterete secondo tutti gli ordini che vi ho dati.[6] Siate forti, fatevi animo, non temete e non vi spaventate di loro, perché il Signore tuo Dio cammina con te; non ti lascerà e non ti abbandonerà”. [7] Poi Mosè chiamò Giosuè e gli disse alla presenza di tutto Israele: “Sii forte e fatti animo, perché tu entrerai con questo popolo nel paese, che il Signore ai loro padri giurò di darvi: tu gliene darai il possesso. [8] Il Signore stesso cammina davanti a te; egli sarà con te, non ti lascerà e non ti abbandonerà; non temere e non ti perdere d’animo!”» e poco dopo,

troppo facile dimostrare che duemilaottocento anni fa lì c'erano altri, e prima altri ancora ... all'infinito, o quasi²¹⁸.

Ciò posto, negare che anche i palestinesi e dunque la Palestina, abbiano diritto (o siano suscettibili di una garanzia, il tema lo ho già discusso prima) a risolvere attraverso le normali "procedure" dell'autodeterminazione dei popoli (che, come ho già detto altrove, è un *processo* e non un atto istantaneo), la propria legittima (perché essa è assolutamente legittima) aspirazione a costituire su quel territorio un proprio Stato nazionale, è altrettanto assurdo²¹⁹.

La forza degli eventi e della volontà delle persone, che nel diritto internazionale è spesso decisiva, ha, poi, prodotto l'idea della partizione di un territorio residuale di una precedente partizione (in questo caso, forse, meglio: spartizio-

34.1.ss: « [1] Poi Mosè salì dalle steppe di Moab sul monte Nebo, cima del Pisga, che è di fronte a Gerico. Il Signore gli mostrò tutto il paese: Gàlaad fino a Dan, [2] tutto Nèftali, il paese di Efraim e di Manasse, tutto il paese di Giuda fino al Mar Mediterraneo [3] e il Negheb, il distretto della valle di Gerico, città delle palme, fino a Zoar. [4] Il Signore gli disse: "Questo è il paese per il quale io ho giurato ad Abramo, a Isacco e a Giacobbe: Io lo darò alla tua discendenza. Te l'ho fatto vedere con i tuoi occhi, ma tu non vi entrerai!" ». Egualmente, GIOSUÈ (stessa versione cit. *supra*), 1.1ss. « [1] Dopo la morte di Mosè, servo del Signore, il Signore disse a Giosuè, figlio di Nun, servo di Mosè: [2] "Mosè mio servo è morto; orsù, attraversa questo Giordano tu e tutto questo popolo, verso il paese che io dò loro, agli Israeliti. [3] Ogni luogo che calcherà la pianta dei vostri piedi, ve l'ho assegnato, come ho promesso a Mosè. [4] Dal deserto e dal Libano fino al fiume grande, il fiume Eufrate, tutto il paese degli Hittiti, fino al Mar Mediterraneo [*supra* nt. 8 e testo corrispondente] , dove tramonta il sole: tali saranno i vostri confini. [5] Nessuno potrà resistere a te per tutti i giorni della tua vita; come sono stato con Mosè, così sarò con te; non ti lascerò né ti abbandonerò. ... », e più oltre, 12.1 ss. : « [1] Questi sono i re del paese, che gli Israeliti sconfissero e del cui territorio entrarono in possesso, oltre il Giordano, ad oriente, dal fiume Arnon al monte Ermon, con tutta l'Araba orientale. [2] Sicon, re degli Amorrèi che abitavano in Chesbòn; il suo dominio cominciava da Aroer, situata sul margine della valle del torrente Arnon, incluso il centro del torrente, e comprendeva la metà di Gàlaad fino al torrente Iabbok, lungo il confine dei figli di Ammon [3] e inoltre ... », segue il noto lungo elenco di territori, stati e re da conquistare. Credo che tanto basti all'onestà intellettuale di chi voglia ragionare sul tema.

²¹⁸ Per tutti rinvio agli splendidi volumi di LIVERANI M, *Oltre la Bibbia: Storia antica di Israele*, Bari (Laterza), 2003 (2009).

²¹⁹ Non si vede, francamente, una volta stabilito ed acquisito che si debba giungere alla soluzione dei "due stati", per quale motivo uno possa esistere e l'altro non possa nemmeno proclamarsi tale, pena la violazione di accordi non meglio specificati. Mi riferisco, tra l'altro alla mozione del Senato USA 112TH CONGRESS, 1ST SESSION S. RES. 185, «Whereas efforts to form a unity government without accepting the Quartet conditions, to bypass negotiations and unilaterally declare a Palestinian state, or to appeal to the United Nations or other international forums or to foreign governments for recognition of a Palestinian state would violate the underlying principles of the Oslo Accords, the Road Map, and other relevant Middle East peace process efforts: ... (4) urges Palestinian leaders – (A) to ensure that any Palestinian government will seek peace with Israel; (B) to cease all efforts at circumventing the negotiation process, including through a unilateral declaration of statehood or quests for recognition of a Palestinian state from other nations or the United Nations».

ne²²⁰) già illecitamente eseguita dal mandatario britannico. Ma ad essa, che non nasceva per caso, dato che corrispondeva ad una situazione in qualche modo già consolidata²²¹, ha fatto seguito una presa di posizione, magari formalmente non obbligatoria, di quello che rappresentava, a torto o a ragione, la collettività internazionale del tempo (e che ha ripetuto la stessa cosa fino ad oggi, in termini proporzionalmente anche più favorevoli alla partizione di quanto lo fossero nel 1947). Anche questo, lo si voglia o no, è *un fatto*, capace di determinare diritti ed obblighi, o, se si preferisce, la presumibile legittimità di chi, conformandovisi, agisca di conseguenza, se è vero come è vero che, posto pure che la risoluzione della AG non ha valore obbligatorio, resta il diritto (e la conseguente pretesa legittima) di chi voglia eseguirla, a farlo in maniera indisturbata.

Ma, come noto e ripetuto molte volte, c'è di più. La stessa Israele, prima che si costituisse (secondo il “sogno” teorico di ogni internazionalista che si rispetti), e la Palestina (forse più confusamente), poi, da quella risoluzione “partono” per affermare il proprio “diritto” ad esistere e a consolidarsi, in un determinato (sia pure approssimativamente, ma perfettamente riconoscibile) territorio. La legittima aspettativa dell'uno, è perfettamente equipollente rispetto a quella dell'altro²²².

Tutto ciò è perfettamente chiaro a tutti, purché si guardino le cose (umilmente, sia chiaro, come cerco di fare io da tempo) per quelle che sono, cioè senza distorcerle. Poi si può sostenere tutto e il suo contrario, ma carte e, specialmente, norme alla mano.

Che tutto ciò non possa non richiedere una soluzione concordata tra le parti interessate²²³ è evidente e indiscutibile. Ma alla luce della legittimità, non della affermazione di una propria supremazia fondata sulla forza. Illecita, perciò, la guerra “araba” del 1948, altrettanto quanto quella israeliana del 1967, solo per citare le più note.

Che ciò richieda confini sicuri è altrettanto evidente, tenuto conto della realtà locale, che non mi pare che veda difese naturali significative²²⁴, e dunque obbliga a fondare la sicurezza sull'accordo e sul *confidence building*. Dubito molto

²²⁰ Le “carte” McMahon e gli accordi (segreti) Sykes-Picot, ne sono una prova lampante, indiscutibile e, infatti, indiscussa.

²²¹ Cfr. il ben noto *Rapporto PEEL* del 1936, sulla cui falsariga fu scritta la A/RES/181 (II).

²²² Da cui un corollario tanto evidente quanto importante: se è vero che Israele esiste perché di fatto si è consolidata sul territorio e se è vero che, in teoria, ben potrebbe cercare di farlo (sia pure con la forza) sul resto del territorio (per aspettarsi fra qualche anno di vedersi riconoscere la dubbia legittimità della sua nuova consistenza), ciò oggi non sarebbe possibile, dato che è Israele stessa (oltre alla Comunità internazionale nella sua sostanziale interezza) che ha accettato che la Palestina debba esistere come entità autonoma, attraverso un trattato liberamente sottoscritto.

²²³ Anche secondo il cit. auspicio di Obama.

²²⁴ Tanto vero che, sia pure anche con l'intento di acquisire di fatto altro territorio, Israele non sembra trovare altra soluzione alle sue esigenze di sicurezza, che non siano la costruzione di un

che un muro (peraltro largamente condannato, nel merito e nel percorso, dalla CIG, noto ente filo-palestinese) per quanto alto e impenetrabile, possa sostituire le norme di diritto internazionale e in particolare quelle sui diritti dell'uomo.

Certo non aiuta a creare fiducia anche un solo atto terroristico o di guerra e pochi non sono stati da parte palestinese. Ma nemmeno aiuta l'occupazione militare, o il blocco terrestre e navale, men che mai gli "assassini mirati" o i bombardamenti al fosforo.

Se si può accettare che in quella parte del mondo sia in atto una guerra non dichiarata (ma quali guerre sono state realmente dichiarate?), allora, posto l'obbligo di porvi fine²²⁵, bisogna rispettarne le regole, che, nel diritto internazionale odierno e reale, non si riducono all'onore alla bandiera!

E dunque, gli atti di violenza, i soprusi, ecc., vanno trattati, tutti e ciascuno, per quello che sono: atti di violenza, se del caso, crimini internazionali.

Scindere, dunque, i problemi è d'obbligo: altra cosa è accertare se e dove devono esistere Israele e Palestina, posto che entrambi devono esistere in perfetta parità, e altra è accertare se e quali atti criminosi l'una e l'altra (o cittadini dell'una o dell'altra) abbiano commessi.

Se non si scindono i problemi, se non si pongono le cose sul piano del diritto e quindi della legittimità, è veramente difficile immaginare che una soluzione si trovi, che non passi dall'annullamento dell'uno o dell'altro.

La Comunità internazionale, e in particolare gli USA e l'Europa, hanno nelle loro mani la chiave che potrebbe risolvere tutto in pochi mesi se non giorni. Bisognerebbe usarla ... ma questa è politica e non mi compete.

muro, che isola la Palestina dal resto del mondo circostante. Ma su ciò, il parere consultivo della CIG è più che esaustivo.

²²⁵ L'art. 2.4 della Carta, mi pare, ne fa divieto se non altro contro l'integrità territoriale e l'indipendenza politica dell'altro.