

L'ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 26 gennaio 2024 sulle misure provvisorie nella controversia tra Sud Africa e Israele e il report israeliano sulla loro attuazione del 26 febbraio 2024

di Paolo Bargiacchi

Title: The ICJ's order of 26 January 2024 on the provisional measures in the dispute between South Africa and Israel and the Israeli report concerning their enforcement of 26 February 2024

Keywords: Genocide Convention; ICJ; provisional measures

1. – Nel procedimento promosso dal Sud Africa contro Israele, avente a oggetto la presunta violazione in danno dei Palestinesi di Gaza della Convenzione sulla prevenzione e punizione del crimine di genocidio del 1948 a seguito delle operazioni militari israeliane nella Striscia, il 26 gennaio 2024 la Corte internazionale di giustizia ha emesso una ordinanza che obbliga Israele a rispettare alcune misure provvisorie (*Application of the Convention on the Crime of Genocide in the Gaza Strip*, Sud Africa c. Israele, Ordinanza sulle misure provvisorie, 26 gennaio 2024).

Preliminarmente è opportuno evidenziare come, al di là delle contingenze politiche e militari dell'attuale conflitto a Gaza, si confermi una importante tendenza del diritto internazionale contemporaneo, ossia l'invocare in giudizio la responsabilità internazionale che deriva dalla violazione di obblighi dovuti dallo Stato verso la Comunità internazionale nel suo complesso (obblighi *erga omnes*) o un gruppo di Stati (obblighi *erga omnes partes*) e che, in quanto posti a tutela dei valori fondamentali della Comunità o del gruppo, sono esigibili collettivamente, ossia da qualunque Stato della Comunità o del gruppo. Dal 2019 sono già quattro i procedimenti pendenti dinanzi alla Corte (*Application of the Convention on the Crime of Genocide*, Gambia c. Myanmar, novembre 2019; *Application of the Convention against Torture*, Canada e Paesi Bassi c. Siria, giugno 2023; *Application of the Convention on the Crime of Genocide in the Gaza Strip*, Sud Africa c. Israele, dicembre 2023; *Proceedings instituted by the Republic of Nicaragua against the Federal Republic of Germany*, Nicaragua c. Germania, marzo 2024) aventi a oggetto a vario titolo la violazione di obblighi *erga omnes* e/o *erga omnes partes* e promossi da Stati che non sono «lesi» (*injured State*) ai sensi dell'art. 42 (considerato codificativo del diritto internazionale) del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti del 2001 della Commissione del diritto internazionale ma, pur non lesi (*State other than an injured State*), hanno un interesse giuridicamente qualificato a invocare la responsabilità dello Stato presunto autore dell'illecito ai sensi dell'art. 48 del Progetto (considerato più di sviluppo progressivo che di codificazione). Non è possibile qui esaminare in modo adeguato un tema complesso e articolato come quello degli

obblighi *erga omnes* (per tutti, si veda P. Picone, *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*, III ed., Napoli, 2013) e dunque ci limiteremo a evidenziare i tratti più funzionali al nostro ragionamento.

In termini generali, l'esigibilità collettiva di alcuni obblighi – al pari della inderogabilità di alcune norme generali e della responsabilità penale degli autori di crimini internazionali – garantisce una tutela giuridica rafforzata ai valori fondamentali dalla Comunità internazionale contemporanea. L'evoluzione del diritto internazionale nell'ultimo secolo si caratterizza infatti per il progressivo ampliamento e rafforzamento della rete giuridica a protezione di tali valori. Anche se tra incertezze e difficoltà, dal Trattato di Versailles in poi si è progressivamente introdotto e consolidato il principio della responsabilità penale individuale per crimini internazionali; i riferimenti, già negli anni Trenta del secolo scorso, di Quadri (*Diritto internazionale pubblico*, V ed., Napoli, 1968, p. 109) e Verdross (*Forbidden Treaties in International Law*, in *The American Journal of International Law* 571-577 (1934), e bibliografia ivi citata) all'esistenza di norme inderogabili a tutela dell'ordine pubblico internazionale hanno trovato compiuto svolgimento nella categoria delle norme imperative del diritto internazionale generale (norme di *jus cogens*), riconosciuta sia dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati che (al netto delle resistenze di alcuni Stati, contrastate con decisione da molti altri tra cui l'Italia, in seno al Sesto Comitato 'Affari legali' dell'Assemblea generale) dalla Commissione del diritto internazionale nel Progetto di Conclusioni sullo *jus cogens* del 2022; e la categoria degli obblighi *erga omnes* si sta ormai consolidando nella giurisprudenza delle Corti internazionali e nella prassi degli Stati. Al dato preoccupante di un ricorso alla violenza bellica sempre più frequente anche a causa della dilatazione interpretativa di concetti angolari del diritto internazionale quali la sicurezza internazionale e la legittima difesa, si contrappone (almeno) il dato virtuoso di un sistema giuridico che, evolvendosi, si rafforza e appronta nuove tutele per i valori fondamentali della Comunità che di quel sistema costituisce la base sociale normativa e autoritativa.

I ricorsi del Sud Africa, del Gambia, di Canada e Paesi Bassi e del Nicaragua non sono dunque 'fulmini giuridici' a ciel sereno, fondati o meno che poi siano. Le ragioni politiche per l'avvio di un contenzioso giudiziario possono essere disparate e anche strumentali ma, rispetto al passato, il diritto internazionale oggi mette comunque a disposizione degli Stati volenterosi nuovi strumenti, sostanziali e processuali, per tutelare anche in giudizio i valori fondamentali invocando la responsabilità sul piano internazionale degli Stati e degli individui. A nostro avviso, poi, il fatto che certi procedimenti dinanzi alla Corte riguardino l'asserita violazione della Convenzione sul genocidio del 1948 (a *Gambia c. Myanmar*, *Sud Africa c. Israele* e *Nicaragua c. Germania* si aggiunga il ricorso dell'Ucraina contro la Russia di febbraio 2022) e della Convenzione contro la tortura del 1984 (*Canada e Paesi Bassi c. Siria*) è dovuto, oltre ovviamente alle clausole di giurisdizione obbligatoria contenute nelle due Convenzioni, anche al contenuto sufficientemente acclarato e lineare – e dunque più azionabile in giudizio – dei due divieti rispetto, ad es., ai divieti, alle nozioni (attacco armato, aggressione, *substantial involvement* nelle condotte di attori non-statali, etc.) e agli istituti (legittima difesa, intervento umanitario, etc.) attinenti all'uso della forza che sono oggetto di controverse interpretazioni innovative da parte di alcuni Stati e, di conseguenza, appaiono più complessi da esaminare. A marzo 2024 la Corte si occupa quindi di quattro casi in cui la legittimazione processuale a invocare la violazione di obblighi *erga omnes* si fonda sull'art. 48 del Progetto di Articoli del 2001 (in *Ucraina c. Russia* l'Ucraina è stato leso ex art. 42; in *Nicaragua c. Germania*, a differenza degli altri casi, lo Stato convenuto non è il diretto responsabile dell'illecito) e di quattro casi in cui il *thema decidendum* riguarda la Convenzione sul genocidio (in *Nicaragua c. Germania* si contesta anche la violazione delle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dei loro Protocolli addizionali del 1977,

oltre che delle «other norms of general international law in relation to the Occupied Palestinian Territory, particularly the Gaza Strip»).

2. – Tra le questioni affrontate dall'ordinanza vi è quella sull'esistenza di una controversia (*dispute*) tra i due Stati sull'interpretazione, applicazione o esecuzione della Convenzione sul genocidio. La giurisprudenza de L'Aja, sin dai tempi della Corte permanente di giustizia internazionale, stabilisce che una *dispute* consiste in un «disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests» tra le parti (*Mavrommatis*, sentenza 30 agosto 1924, p. 11) ed esiste quando le pretese di uno Stato sono «positively opposed» da un altro (*South West Africa, Preliminary Objections*, sentenza 21 dicembre 1962, p. 328), anche se non «*expressis verbis*» (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections*, sentenza 11 giugno 1998, p. 315, § 89) perché il «silence may also speak» (*Pedra Branca/Pulau Batu Puteh*, sentenza 23 maggio 2008, p. 51, § 121) e dunque anche «the failure of a State to respond to a claim in circumstances where a response is called for» può dimostrare l'esistenza della controversia (*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Preliminary Objections*, sentenza 1 aprile 2011, p. 84, § 30).

All'udienza orale del 12 gennaio 2024 sulle misure provvisorie, Israele ha rimarcato l'assenza di una controversia con il Sud Africa principalmente per due ragioni: in primo luogo, le dichiarazioni e le condotte sudafricane di contestazione della violazione della Convenzione hanno carattere unilaterale e non integrano una «bilateral interaction» da cui emerga uno scambio di vedute contrapposte; in secondo luogo, dopo aver contestato a Israele la violazione con nota verbale del 21 dicembre 2023, il Sud Africa ha di fatto ignorato la nota di risposta del 27 dicembre, con cui Israele si dichiarava disponibile a un incontro bilaterale, dato che subito dopo ha depositato il ricorso alla Corte, così privando Israele di una «reasonable opportunity» di rispondere alle contestazioni. Nel ricostruire la «bizzarra» dinamica dello scambio di note, Israele ha evidenziato, neanche troppo implicitamente, la mancanza di una reale intenzione sudafricana di risolvere la controversia fuori dalle aule della Corte e, anzi, una certa 'fretta' nell'avviare il contenzioso (*Public sitting, Verbatim record*, intervento di Israele, 12 gennaio 2024, pp. 26-28, §§ 24-26 e 20). La stessa giustificazione sudafricana – di aver ricevuto la nota israeliana troppo tardi, anche perché indirizzata a un destinatario sbagliato e per di più durante le festività natalizie – appare per certi versi formalistica e non dissipa i dubbi sull'effettiva intenzione di tentare di risolvere bilateralmente la questione prima di adire la Corte.

Sulla presunta frettezza o intempestività dello scambio di note la Corte non si è però pronunciata ritenendo la questione assorbita dalla preesistenza della controversia rispetto alla nota verbale del 21 dicembre dato che, da un canto, nelle settimane precedenti il Sud Africa, anche in contesti multilaterali come l'Assemblea generale e il Consiglio di sicurezza, aveva già qualificato come genocidarie le operazioni militari israeliane e che, dall'altro, Israele aveva già respinto le accuse di genocidio, mosse da diversi Stati e non solo dal Sud Africa, in un documento di *Frequently Asked Questions* (FAQ) sul conflitto con Hamas, pubblicato sul sito del Ministero degli Affari esteri e poi su quello delle *Israel Defence Forces* (IDF), dove queste erano etichettate come «wholly unfounded», «legally and factually incoherent» e senza «valid basis, in fact or in law» (Ordinanza 26 gennaio 2024, p. 11, §§ 26-27).

In altre parole, indipendentemente dall'interazione diretta tramite lo scambio di note, la Corte ha valorizzato anche e soprattutto quella indiretta e, per certi versi, informale risultante dal *j'accuse coram populo* del Sud Africa in Assemblea generale e dalla difesa di Israele nel documento FAQ redatto non secondo i tradizionali

canoni diplomatici, pubblicato sul web e rivolto a una generalità indistinta di destinatari. Interpretando la nozione di «exchange» in modo sostanziale e quasi ‘fluidò’, la Corte ha ritenuto esistenti le «clearly opposite views» (ivi, p. 11, §§ 25-28) ribadendo, in linea con quanto già statuito in precedenza e, da ultimo, nell’ordinanza del 16 marzo 2022 sulle misure provvisorie in *Ucraina c. Russia*, la necessità di una valutazione sostanziale e non formale delle pertinenti nozioni, l’irrelevanza di una formale protesta diplomatica, la possibilità di valorizzare, oltre agli «statements and documents exchanged between the Parties», anche ogni altro *exchange* in «multilateral settings» e, infine, la «special attention» da riservare all’autore della dichiarazione o del documento, «its intended or actual addressee and its content» (ivi, p. 11, § 25).

Con riguardo alle dichiarazioni in Assemblea generale, la Corte ha altresì ribadito la linea interpretativa già adottata in *Gambia c. Myanmar*, così distinguendola da quella che invece la indusse nel 2014 a negare l’esistenza di una *dispute* tra le Isole Marshall e gli Stati nucleari, di diritto (Cina, Francia, Regno Unito, Russia e Stati Uniti) e di fatto (Corea del Nord, India, Israele e Pakistan), convenuti per l’asserita violazione *inter alia* dell’art. VI del Trattato di non proliferazione nucleare del 1968, e della corrispondente norma consuetudinaria, che obbligano gli Stati nucleari a negoziare in buona fede «effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament» (*Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*).

In *Gambia c. Myanmar* la Corte diede particolare rilevanza alle dichiarazioni in Assemblea generale del Gambia e di Myanmar che, riferendosi ai reports della missione di *fact-finding* istituita dal Consiglio dei diritti umani, ne accettavano o ne criticavano la conclusione secondo cui era ragionevole ritenere che fosse in atto un genocidio contro i Rohingya. La Corte inoltre rigettò seccamente la pretesa di Myanmar di condizionare l’esistenza della controversia alla *mutual awareness* e dunque alla necessità che «the respondent must expressly oppose the claims of the applicant». Per tal via, infatti, restare in silenzio dinanzi alle contestazioni consentirebbe di non cristallizzare la controversia in spregio alla consolidata posizione della Corte secondo cui, a certe condizioni, il «silence may also speak». Anzi, il silenzio di Myanmar sulla nota verbale del Gambia di contestazione della violazione della Convenzione sul genocidio (a differenza del Sud Africa, dopo l’invio della nota il Gambia attese quasi un mese prima di depositare il ricorso) fu addirittura interpretato come un implicito e ulteriore rigetto delle accuse già avanzate dal Gambia in Assemblea alcune settimane prima e dunque come l’ennesima conferma dell’esistenza di *clearly opposed views* (*Preliminary Objections*, sentenza 22 luglio 2022, pp. 505 e 507, §§ 71 e 76). Proseguendo su questa linea di ragionamento la Corte rigettò anche la difesa di Myanmar secondo cui le dichiarazioni in Assemblea del Gambia «lacked sufficient particularity, in the sense that The Gambia did not specifically articulate its legal claims», anche perché la violazione della Convenzione non era stata espressamente invocata. Ribadendo quanto già statuito in precedenza, e cioè che lo scambio di opposte vedute si valuta in relazione alla *subject-matter* di un trattato e non all’espressa e specifica menzione dello stesso, la Corte notò che i due Stati avevano richiamato i reports della missione di *fact-finding* in cui i riferimenti alla Convenzione sul genocidio, e alla sua probabile violazione, erano chiari ed espressi. In altri termini, nelle contestazioni del Gambia la Corte ritrovò il requisito della «sufficient particularity» *de relato* o, se si preferisce, mediante rinvio a documenti elaborati e prodotti da altri soggetti.

Data questa giurisprudenza non sorprende che il tentativo di Israele di negare l’esistenza della controversia assimilando il proprio caso a quello delle Isole Marshall non abbia trovato accoglimento. Nel caso delle Isole Marshall furono avviati solo i procedimenti contro India, Pakistan e Regno Unito (che avevano

ricosciuto come obbligatoria la giurisdizione della Corte ex art. 36, par. 2, dello Statuto) e non anche quelli contro gli altri Stati (che non acconsentirono alla giurisdizione). Tra le obiezioni preliminari sollevate dai tre Stati vi fu quella circa l'inesistenza di una controversia che venne accolta nelle tre sentenze rese contestualmente il 5 ottobre 2016. La Corte ritenne infatti che le dichiarazioni delle Isole Marshall in alcuni contesti multilaterali (tra cui un *High-level meeting* dell'Assemblea generale sul disarmo nucleare e una Conferenza intergovernativa) non si riferivano alla *subject-matter* del ricorso con «sufficient clarity» da rendere consapevoli i destinatari dell'esistenza di una controversia e che, in ogni caso, al di là di un «general criticism» verso gli Stati nucleari l'omessa specificazione delle condotte asseritamente illecite non imponeva loro una «specific reaction» da cui sarebbe derivata la necessaria «opposition of views» (*Marshall Islands v. United Kingdom, Preliminary Objections*, sentenza 5 ottobre 2016, pp. 853-854, §§ 49-50). Condivisibile o meno che sia tale valutazione, forse troppo formalistica e controversa anche tra gli stessi giudici (la Corte si pronunciò 9 a 7 a favore delle obiezioni indo-pakistane e solo grazie al voto del Presidente francese, Ronny Abraham, a favore di quella britannica), ci sembra comunque fondato il rigetto del tentativo israeliano di assimilare i due casi dato che, a differenza delle censure mosse dalle Isole Marshall agli Stati nucleari, quelle del Sud Africa sono sempre state espressamente rivolte a Israele, unico Stato a operare militarmente nella Striscia di Gaza, e hanno sempre espressamente contestato, a torto o a ragione ce lo dirà la Corte, la violazione della Convenzione sul genocidio.

Resta comunque fermo che le condotte valorizzate dalla Corte per accertare l'esistenza di una controversia tra Sud Africa e Israele (gli strali del primo in Assemblea generale e il documento FAQ del secondo) svelano un approccio più espansivo rispetto a quello adottato dalla Commissione del diritto internazionale nel Progetto di Conclusioni sull'identificazione del diritto internazionale consuetudinario del 2018 nella parte in cui indica i criteri per accertare se alcune condotte verbali o materiali dimostrino l'esistenza di una pratica generale accettata come diritto o se uno Stato abbia acquisito lo status di obietto persistente. Considerata la cautela della Commissione nell'attribuire rilevanza e peso specifico, ad es., alle dichiarazioni rese a caldo o da un giovane funzionario oppure al silenzio in Assemblea di uno Stato obietto dinanzi alle rivendicazioni altrui del carattere consuetudinario di una norma, un documento FAQ come quello israeliano, generico per natura e redatto a uso e consumo degli utenti del web, non avrebbe probabilmente per la Commissione lo stesso peso che ha avuto invece per la Corte nell'accertare l'esistenza di una controversia tra i due Stati.

L'approccio sostanzialista della Corte è significativo al pari delle future conseguenze che, al di là della controversia tra Sud Africa e Israele, potrebbe determinare. L'ampia configurabilità della nozione di *dispute* costituisce un potenziale volano per il contenzioso giudiziario internazionale e forse in tal modo la Corte intende aprire più facilmente le proprie porte agli Stati nella speranza che le controversie siano 'combattute' più al Palazzo della Pace de L'Aja che nella Striscia di Gaza, in Ucraina e in Siria.

3. – Un altro tema centrale della controversia riguarda la legittimazione processuale o *standing* del Sud Africa a invocare la presunta violazione israeliana della Convenzione sul genocidio. Come anticipato, questo tipo di *standing* si basa sull'esigibilità collettiva delle gravi violazioni degli obblighi dovuti alla Comunità internazionale nel suo complesso (*erga omnes*) o a un gruppo (*erga omnes partes*), qual è quello degli Stati parte alla Convenzione sul genocidio. Dinanzi alla Corte Israele non ha contestato lo *standing* sudafricano mentre il Sud Africa, nel ricorso introduttivo, e la Corte, nell'ordinanza del 26 gennaio, lo hanno ritenuto pacifico tanto che la Corte vi ha fatto riferimento solo nel § 33 dell'ordinanza. Al di là delle strategie

processuali, il silenzio israeliano potrebbe dunque spiegarsi con la consapevolezza che la Corte, data la propria giurisprudenza, non avrebbe comunque disconosciuto la legittimazione processuale del Sud Africa.

La questione è fondamentale perché la legittimazione processuale sudafricana si fonda, come detto, sull'art. 48 e non sull'art. 42 del Progetto di Articoli del 2001, cioè su una disposizione che la stessa Commissione del diritto internazionale riteneva, perlomeno una ventina di anni fa, di sviluppo progressivo più che di codificazione e rispetto alla quale alcuni Stati nutrono ancora oggi dubbi giuridici e timori politici per le significative conseguenze che l'esigibilità collettiva degli obblighi *erga omnes*, in particolare dinanzi alle Corti internazionali, può determinare. Nel ribadire per l'ennesima volta nel giro di pochi anni che uno Stato, seppur non leso, ha comunque un interesse giuridico qualificato ad agire in giudizio, la Corte ha chiuso un cerchio giuridico che iniziò a disegnare nel Parere sulle *Riserve alla Convenzione sul genocidio* del 1951 e, nello stesso tempo, ha definitivamente aperto un sentiero giudiziario lungo il quale gli Stati responsabili di gravi violazioni degli obblighi *erga omnes* che scaturiscono dalle norme di *jus cogens* troveranno ad attenderli gli Stati intenzionati a rivendicare la tutela dell'interesse collettivo di cui sono portatori giuridicamente qualificati. Come già con riguardo all'interpretazione estensiva della nozione di *dispute*, la politica giudiziaria della Corte ha forse voluto indirizzare una volta per tutte il diritto internazionale in questa direzione facendo piena leva sui presupposti teorico-generalisti di una Comunità internazionale che, essendo anorganica e paritaria nella struttura, affida la tutela giuridica dei propri valori fondamentali anche a questo genere di dinamiche comunitarie, dando così linfa vitale al diritto e alla giustizia nella vita di relazione internazionale.

La Corte aveva già delineato, e neanche troppo implicitamente, questi presupposti teorico-generalisti nel Parere del 1951, ricco di riferimenti – poi puntualmente richiamati decenni dopo nei ricorsi di Gambia, Ucraina e Sud Africa – alla *raison d'être* comunitaria e fondamentale della Convenzione sul genocidio. Con il Parere del 1951 la Corte gettò dunque le fondamenta dell'edificio che negli ultimi anni sta rapidamente costruendo allo scopo di proteggere i valori fondamentali della Comunità internazionale. L'operato della Corte non è stato e continua a non essere facile. Spetta agli Stati, non alla Corte, creare il diritto internazionale e soprattutto il portato degli obblighi *erga omnes*, e in particolare quello giudiziario azionabile da Stati non lesi ma qualificati ex art. 48, è invisibile a quegli Stati, anche rappresentativi, che vedono con diffidenza e ritrosia le forme di tutela rafforzata e comunitaria dei valori fondamentali della Comunità, incluso il regime di responsabilità aggravata per le gravi violazioni dello *jus cogens* previsto dagli artt. 40 e 41 del Progetto di Articoli del 2001 che, secondo gli Stati Uniti, non rifletterebbe ancora (!) il diritto internazionale generale (la posizione statunitense, richiamata criticamente dalla Palestina all'udienza del 19 febbraio 2024 dinanzi alla Corte sulla richiesta di un parere consultivo sulle *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, si legge in *Written Comments of the United States of America*, p. 12, nota 34). Nonostante queste resistenze, la Corte è comunque ricettiva delle sollecitazioni degli Stati che senza timori invocano in giudizio le 'nuove' tutele rafforzate a disposizione della Comunità contemporanea come, appunto, gli obblighi *erga omnes*. Conclusioni definitive sullo sviluppo di lungo termine del diritto internazionale su tali aspetti sembrano ancora premature ma il dato normativo e giurisprudenziale è comunque significativo e foriero di possibili, se non probabili, evoluzioni significative in linea con il lungo percorso logico-argomentativo della Corte.

Va notato che dopo il promettente *incipit* del Parere del 1951 la sentenza *South West Africa* del 1966 sembrò segnare una battuta d'arresto per le tutele comunitarie dei valori fondamentali. Il diritto di «any member of a community to take legal action in vindication of a public interest» – la tutela di un beneficiario privo di

legal standing dinanzi alla Corte (il popolo namibiano) mediante l'accertamento dichiarativo degli obblighi del Sud Africa in tema di autodeterminazione – fu infatti negato poiché «an 'actio popularis' (...) is not known to international law as it stands at present» (*South West Africa Cases, Second Phase*, sentenza 18 luglio 1966, § 88). La portata negativa della sentenza ai fini del consolidamento degli obblighi *erga omnes* va però ridimensionata sia perché altri aspetti ebbero più peso nel rigettare i ricorsi dell'Etiopia e della Liberia (ad es., il riconoscimento della titolarità dei diritti correlati al regime dei mandati alla sola Società delle Nazioni e non anche ai suoi ex Stati membri), sia perché la decisione fu adottata solo grazie al voto del Presidente della Corte (l'australiano Percy Spender) a riprova di una netta divisione tra i giudici dovuta, talvolta, più a scelte soggettive di 'politica legislativa' che a interpretazioni oggettive del diritto (come evidenziato da Philippe Sands in *L'ultima colonia*, Guanda Editore, 2023, pp. 58-65), sia perché il disconoscimento del diritto di *actio popularis* fu affermato in rapporto allo sviluppo del diritto internazionale in *quel* momento storico («as it stands at present»). Non a caso, dunque, appena quattro anni dopo con una composizione parzialmente diversa e un nuovo Presidente (il peruviano Bustamante y Rivero), la Corte pronunciò il noto *obiter dictum* della sentenza *Barcelona Traction* in cui consacrava la distinzione tra le «obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State» e riconosceva che il rispetto delle prime era un «concern of all States [e che] in view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection» (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, sentenza 5 febbraio 1970, p. 32, § 33).

Il resto è storia (più) recente.

Riconfermate nella sentenza *Obligation to Prosecute or Extradite* del 2012, avente a oggetto la Convenzione contro la tortura del 1984, l'esistenza e la giustiziabilità degli obblighi *erga omnes* (in quel caso declinati come *erga omnes partes*), la Corte ha poi chiarito, forse e finalmente una volta per tutte, in *Gambia c. Myanmar* due profili tanto decisivi quanto complessi e controversi sui quali Myanmar cercava di negare la legittimazione processuale attiva del Gambia. *In primis*, l'invocazione da parte di uno Stato ex art. 48 della responsabilità internazionale di un altro sarebbe una questione sostanziale di *legal interest* diversa da quella processuale di *legal standing*. Secondo Myanmar il diritto in questi casi di invocare la responsabilità altrui non includerebbe anche il diritto di adire la Corte poiché lo *standing* sarebbe regolato solo dallo Statuto e dalla giurisprudenza della Corte. *In secundis*, e anche ammettendo che il Gambia di turno abbia la legittimazione processuale, l'art. 48 si applicherebbe solo in via sussidiaria rispetto all'art. 42 e quindi il Gambia potrebbe adire la Corte solo in mancanza di uno Stato leso. In altri termini, l'art. 48 garantirebbe una tutela residuale per il solo caso in cui, mancando uno Stato leso e non avendo il beneficiario dell'obbligo violato un proprio *standing* (come accade ai popoli), si renda necessario legittimare processualmente uno Stato 'terzo' (che, tra l'altro, 'terzo' non può essere dato che lo Stato ex art. 48 tutela un interesse collettivo, di cui è anche portatore, e non altrui). Nel caso del presunto genocidio dei Rohingya esisterebbe per Myanmar uno Stato leso in quanto *specially affected* dalla violazione ex art. 42(b)(i) e sarebbe il Bangladesh che accoglie sul proprio territorio gli sfollati in fuga dalle violenze. Solo il Bangladesh sarebbe legittimato a invocare la violazione del divieto di genocidio dinanzi alla Corte e, a causa della riserva a suo tempo apposta all'art. IX della Convenzione che ne disconosce la giurisdizione, non vi sarebbero secondo Myanmar altri Stati legittimati a citarlo in giudizio.

La pretesa sussidiarietà delle azioni giudiziarie degli Stati ex art. 48 rispetto a quelle degli Stati ex art. 42, recentemente riaffermata per negare lo *standing* sudafricano (J. Graf, *Erga Omnes Partes Standing and Procedural Issues in South Africa v. Israel*, in *ejiltalk.org*, 1 febbraio 2024), non fu però riconosciuta dalla Corte nell'ordinanza sulle misure provvisorie di gennaio 2020 e nella sentenza sulle obiezioni

preliminari di luglio 2022, fatto salvo il dissenso del giudice cinese Xue, ribadito nell'ordinanza sulle misure provvisorie in *Canada e Paesi Bassi c. Siria* ma non anche in quella in *Sud Africa c. Israele* (sulla difficile lettura delle posizioni del giudice cinese, P. Clancy, *Erga Omnes Parties Standing after South Africa v Israel*, in *ejiltalk.org*, 1 febbraio 2024), poiché i lavori preparatori della Convenzione non dimostrerebbero la legittimazione processuale anche degli Stati non lesi. La Corte ha infatti confermato lo *standing* del Gambia anche se non è uno Stato *specially affected* perché ogni Stato parte alla Convenzione «has an interest in compliance with them in any given case» (*Obligation to Prosecute or Extradite*, sentenza 20 luglio 2012, p. 449, § 68) e dunque «any State party to the Genocide Convention, and not only a specially affected State, may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes* and to bring that failure to an end» (*Gambia c. Myanmar*, Ordinanza sulle misure provvisorie, 23 gennaio 2020, p. 17, § 41).

Alla luce della giurisprudenza e dell'ordinanza del 26 gennaio 2024 – in cui la Corte ha liquidato in poche righe la questione affermando che «any State party, without distinction, is entitled to invoke the responsibility of another State party (...) including through the institution of proceedings» (ivi, p. 12, § 33) – appare difficile che una eventuale obiezione di Israele, ammesso e non concesso che venga sollevata nelle successive fasi del procedimento, sia accolta dalla Corte. Al di là delle conclusioni nel merito sulla presunta violazione israeliana della Convenzione sul genocidio, ci sembra quindi che *Sud Africa c. Israele* abbia chiarito in modo sufficientemente definitivo l'annosa questione dello *standing* dinanzi alla Corte degli Stati ex art. 48 nel caso di gravi violazioni di obblighi *erga omnes*.

4. – Nel ricorso introduttivo il Sud Africa aveva chiesto che la Corte ordinasse a Israele di adottare otto misure provvisorie e che ordinasse a entrambi di adottare «all reasonable measures within their power to prevent genocide». Sei delle nove misure richieste dal Sud Africa garantiscono l'integrità della Convenzione mentre le rimanenti quella del procedimento (impedire la distruzione delle prove e preservarle; relazionare entro 30 giorni la Corte sull'attuazione delle misure disposte; non aggravare o estendere la controversia, né complicarne la risoluzione). Come già in passato, la Corte ha esercitato la discrezionalità nel disporre misure diverse, in tutto o in parte, da quelle chieste dallo Stato ricorrente.

Tra le misure chieste e non disposte dalla Corte, quella che aveva più attirato l'attenzione mediatica e politica era la prima che prevedeva l'immediata sospensione delle operazioni militari in e contro Gaza per proteggere i Palestinesi dal rischio di un irreparabile pregiudizio ai loro diritti sanciti dalla Convenzione sul genocidio.

La stessa misura fu chiesta dall'Ucraina alla Corte che, estendendola alle unità irregolari dirette o supportate e agli individui e organizzazioni diretti o controllati, la impose alla Russia che poi la ignorò (e continua a farlo). La richiesta ucraina aveva però una logica diversa da quella sudafricana poiché l'Ucraina non accusava la Russia di commettere genocidio ma di averne manipolato la nozione, violando l'art. I della Convenzione, per accusarla falsamente di commetterlo contro la popolazione russa e russofona del Donbas e precostituirsi una giustificazione per invaderla. La sospensione delle ostilità non mirava dunque ad arrestare un genocidio ma una operazione militare giustificata da una falsa asserzione genocidaria a sua volta basata su una manipolazione della Convenzione del 1948. La linea argomentativa ucraina, definita «creative» poiché mirava a incardinare un caso di «genocide in reverse» nella misura in cui le condotte russe erano qualificate come lesive della Convenzione senza essere di per sé genocidarie (M. Milanovic, *ICJ Delivers Preliminary Objections Judgment in the Ukraine v. Russia Genocide Case, Ukraine Loses on the Most Important Aspects*, in *www.ejiltalk.org*, 2 febbraio 2024), fu accolta in sede di

misure provvisorie ma non ha poi superato la fase delle obiezioni preliminari. Con la sentenza del 2 febbraio 2024 la Corte (12 voti favorevoli e 4 contrari) ha accolto la difesa russa secondo cui le false accuse di genocidio e il conseguente uso della forza non ricadono nell'ambito di applicazione della Convenzione. Nella fase di merito, dunque, la Corte valuterà solo se l'Ucraina non abbia commesso genocidio nei suoi *oblast* orientali e, accertandolo, avrà sì sconfessato la narrativa russa ma non la potrà ricollegare al successivo uso della forza contro l'Ucraina per giudicarlo.

Premesse le differenze tra i due casi, nell'ordinanza del 26 gennaio 2024 la Corte non ha ordinato la sospensione immediata delle ostilità. Il mancato accoglimento della richiesta sudafricana non è stato esplicitamente motivato dalla Corte che ha però significativamente evidenziato che non tutte le richieste misure provvisorie garantiscono necessariamente la protezione dei Palestinesi dal presunto genocidio e che, in funzione della *subject-matter* di competenza (la Convenzione sul genocidio), la sospensione delle operazioni militari non proteggeva di per sé i diritti dei Palestinesi. Dato che il *thema decidendum* non può riguardare la legittimità dell'uso della forza, l'ammissibilità della legittima difesa e le violazioni del diritto internazionale umanitario ma solo la violazione della Convenzione sul genocidio, la Corte ha ritenuto che, rispetto a tale circoscritto ambito, le tre misure provvisorie più funzionali a proteggere i diritti dei Palestinesi consistono: *a*) nell'adottare Israele tutte le misure in suo potere per prevenire la commissione degli atti genocidari vietati dall'art. II, lett. *a-e*, della Convenzione (uccisione di membri del gruppo; lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo; sottoporre deliberatamente il gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale; misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo; trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo all'altro); *b*) nell'assicurarsi Israele con effetto immediato il rispetto dell'art. II, lett. *a-e*, anche da parte dell>IDF; *c*) nell'adottare Israele misure effettive e immediate per garantire i servizi basilari e l'assistenza umanitaria «to address the adverse conditions of life faced by Palestinians in the Gaza Strip» (il Sud Africa ritiene che, in violazione dell'art. II, lett. *c*, della Convenzione, Israele sottoponga «deliberatamente» i Palestinesi «a condizioni di vita intese a provocarne la distruzione fisica»).

Le misure sub *a*) e *b*) sono state adottate con 15 voti favorevoli e 2 contrari (il giudice ugandese Sebutinde e quello *ad hoc* israeliano Barak); la misura sub *c*) ha incontrato il solo voto contrario del giudice Sebutinde. La misura sub *a*) è identica alla prima misura imposta all'unanimità a Myanmar con l'ordinanza del 23 gennaio 2020 mentre quella sub *b*) si distingue rispetto a quella imposta, sempre all'unanimità, a Myanmar perché estende l'obbligo anche alle «irregular armed units which may be directed or supported by [Myanmar] and any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence» (Ordinanza 23 gennaio 2020, p. 25, § 86).

Le tre misure confermano che l'esistenza di un conflitto armato (o, in *Gambia c. Myanmar*, di operazioni di sicurezza su larga scala), in cui si commettono violazioni anche gravi del diritto internazionale umanitario, non comporta automaticamente anche l'esistenza di un genocidio. La linea rossa per Israele, e *mutatis mutandis* per Myanmar, non è partecipare a un conflitto armato ma farlo con uno scopo anche genocidario: il che spiega perché, nella logica della Corte, la misura più funzionale a proteggere i Palestinesi dal rischio di genocidio sia proprio quella di rispettare e far rispettare la Convenzione durante le ostilità e non di ordinarne la cessazione *tout court*. In questa ottica le due misure in *Sud Africa c. Israele* e in *Gambia c. Myanmar* appaiono equilibrate e convincenti perché idonee a conseguire, alla luce della ristretta competenza della Corte, l'obiettivo di proteggere Palestinesi e Rohingya dal genocidio, non dal conflitto armato o dalle operazioni di sicurezza in sé e per sé. A nostro avviso, poi, un'altra ragione potrebbe aver contribuito alla decisione di non ordinare la sospensione delle ostilità. Non essendo Hamas parte al procedimento,

una simile misura avrebbe vincolato solo Israele creando una notevole disparità giuridica e militare tra i belligeranti e rendendo così del tutto irrealistico il rispetto israeliano di un tale ordine. Del resto, in *Ucraina c. Russia* la Corte poté ordinare la sospensione delle ostilità proprio perché le due parti belligeranti erano anche le due parti controvertenti.

È interessante infine rimarcare come la mancata sospensione delle ostilità da parte della Corte abbia introdotto un nuovo elemento nel dibattito in Consiglio di sicurezza. Per alcuni Stati il silenzio della Corte obbligherebbe politicamente il Consiglio ad assumersi la responsabilità di ordinare il cessate il fuoco mentre per gli Stati Uniti proprio quel silenzio confermerebbe l'inopportunità di una simile scelta in questa fase del conflitto. In ogni caso, già prima dell'ordinanza del 26 gennaio il Consiglio non aveva saputo trovare un punto di intesa sul cessate il fuoco tra quegli Stati, come Regno Unito e Stati Uniti, che lo ritengono prematuro e pericoloso e tutti gli altri, inclusa la Francia, che lo considerano una precondizione necessaria per affrontare la crisi. Come più diffusamente illustrato (P. Bargiacchi, *Il conflitto a Gaza tra violenza, parole e paradossi*, in *DPCE online*, n. 4/2023, pp. I-XXI), la previsione di un «immediato cessate il fuoco» nelle bozze di risoluzione via via discusse in Consiglio è tra le ragioni che hanno determinato gli Stati Uniti a votare sempre contro, altresì totalizzando quattro veti (il voto negativo di un Membro permanente è considerato veto solo se la bozza di risoluzione raggiunga la maggioranza di nove voti per l'adozione) tra il 18 ottobre 2023 (la bozza brasiliana ebbe 12 voti favorevoli e l'astensione russa e britannica) e il 20 febbraio 2024 (la bozza algerina ebbe 13 voti favorevoli e l'astensione britannica). A conferma della centralità del tema per gli Stati Uniti, anche il minacciato veto sulla bozza degli Emirati Arabi Uniti si convertì in una astensione, che consentì l'adozione della risoluzione 2720 a dicembre 2023, solo dopo che l'iniziale richiesta di una «urgent and sustainable cessation of hostilities» divenne un meno incisivo invito «to create the conditions for a sustainable cessation of hostilities».

5. – La grave accusa sudafricana di condurre Israele operazioni militari a carattere genocidario è difficile da dimostrabile perché, oltre alla commissione degli atti materiali indicati dall'art. II, lett. *a-e*, della Convenzione, richiede anche, e in modo distintivo rispetto a ogni altra violazione, la sussistenza dell'intento specifico «to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group». Il che, in termini probatori, è tanto complesso, come dimostra la precedente giurisprudenza della Corte sull'illecito statale e dei tribunali penali internazionali sul crimine individuale, quanto necessario perché considerare gli atti dell'art. II, lett. *a-e*, «with no reference at all to the intent criterion, is thus to denude the crime of its very essence: Hamlet without the Prince; a car without an engine» (*Public sitting, Verbatim record*, intervento di Israele, 12 gennaio 2024, p. 30, § 32).

Per provare l'intento genocidario di Israele, il Sud Africa ha fatto leva su una serie di dichiarazioni di politici, funzionari (tra cui il Primo Ministro, il Presidente, il Ministro della Difesa e altri Ministri) e ufficiali militari (*Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures*, pp. 59-67, §§ 101-107). Israele, dal canto suo, all'udienza del 12 gennaio 2024 si è difeso – a nostro avviso in modo efficace e forse decisivo – evidenziando, da un canto, che il dichiarato intento di eradicare militarmente Hamas non ha nulla a che vedere con il presunto intento di distruggere anche i Palestinesi di Gaza e, dall'altro, che le dichiarazioni riportate dal Sud Africa vanno attribuite a organi (nel senso lato che il termine assume nell'area della responsabilità internazionale) che non fanno parte del *War Cabinet* e del *Ministerial Committee on National Security Affairs*, ossia degli unici organi che pianificano, decidono e attuano le operazioni contro Hamas a Gaza senza alcun intento genocidario come dimostrerebbero le loro dichiarazioni, *policy* e documenti.

Con riguardo all'IDF, poi, Israele ha richiamato sia le direttive operative giornaliera dalle quali emerge l'obbligo di rispettare in modo puntuale e rigoroso il diritto internazionale umanitario che alcune dichiarazioni del Primo Ministro e del Ministro della Difesa che dimostrano «the consistent and relentless commitment of Israeli relevant authorities to mitigate civilian harm and alleviate civilian suffering in Gaza» (*Public sitting, Verbatim record*, intervento di Israele, 12 gennaio 2024, p. 34, § 48). Le dichiarazioni richiamate dal Sud Africa non sarebbero dunque rilevanti per dimostrare che la politica e l'azione militare israeliana sono connotate da uno specifico intento genocidario (ivi, pp. 31-32, §§ 39-40). A tal riguardo, ad es., Israele ha sottolineato come il *Minister of Heritage*, autore di dichiarazioni a dir poco sospette alla luce della Convenzione, sia «completely outside the policy- and decision-making processes in the war [e come] in any event, his statement was immediately repudiated by members of the War Cabinet and other ministers, including the Prime Minister» (ivi, p. 32, § 40). Anche con riguardo a certe dichiarazioni del Primo Ministro che sembrano lasciare poco margine all'interpretazione – come il 'discorso di Amalek' di ottobre 2023 nel quale, parlando alle forze armate pronte a entrare nella Striscia, Netanyahu ricordava il passo della Bibbia che incita gli Israeliani a distruggere Amalek e la sua tribù (il passo biblico *inter alia* recita «spare no one, but kill men and women, infants and sucklings, oxen and sheep, camels and asses», *Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures*, p. 60, § 101) – la difesa israeliana potrebbe risultare efficace qualora la Corte accettasse la proposta distinzione tra la natura chiaramente retorica di dichiarazioni rese a caldo dopo il 7 ottobre e la reale capacità politico-giuridica di manifestare un effettivo intento genocidario (*Public sitting, Verbatim record*, intervento di Israele, 12 gennaio 2024, pp. 34-35, §§ 49-50).

Per disporre le misure provvisorie, alla Corte bastava stabilire la mera plausibilità della complessiva accusa genocidaria sudafricana basata sulla distruzione di Gaza e della vita dei Palestinesi e sulle dichiarazioni incendiarie di funzionari, politici e militari israeliani. Nelle fasi successive, però, gli standard probatori saranno più elevati e stringenti e sebbene il confine tra un reale e specifico intento genocidario, ricavabile da certe condotte e dichiarazioni, e una retorica anche becera e incendiaria ma non anche genocidaria sia sottile e difficile da tracciare anche per la Corte, Israele potrebbe ragionevolmente nutrire fiducia sul mancato riconoscimento della violazione dell'art. II della Convenzione, anche in ragione della rivendicazione israeliana di aver sempre «taken and continues to take concrete measures aimed specifically at recognizing and ensuring the right of the Palestinian civilians in Gaza to exist and has facilitated the provision of humanitarian assistance throughout the Gaza Strip» (ivi, p. 20, § 64).

Diversa potrebbe invece essere la conclusione della Corte sulla presunta violazione dell'art. III, lett. c, della Convenzione del 1948 che obbliga gli Stati parte a prevenire e punire il «direct and public incitement to commit genocide» anche in relazione agli articoli IV (obbligo di punire gli istigatori, anche se «rulers» e «public officials»), V (obbligo di attuare la Convenzione nel diritto interno, altresì prevedendo sanzioni effettive per chi violi gli artt. II e III) e VI (obbligo di processare i responsabili dinanzi ai tribunali nazionali).

Anche se non attribuibili a Israele ai fini degli artt. II, lett. a-e, e III, lett. a, della Convenzione, le dichiarazioni di ministri, politici e membri della società israeliana potrebbero integrare la fattispecie dell'istigazione diretta e pubblica a commettere genocidio che Israele è obbligata a prevenire e punire come anche ribadito dalla terza misura provvisoria della Corte che gli impone di adottare tutte le misure «to prevent and punish the direct and public incitement to commit genocide». Dichiarazioni che, tra l'altro, continuano anche dopo l'ordinanza del 26 gennaio 2024 come, ad es., accaduto con il *Minister of Social Equality and Women's Advancement*, May Golan, la quale ha dichiarato in una intervista televisiva del 21 febbraio di

essere «personally proud of the ruins of Gaza, and that every baby, even 80 years from now, will tell their grandchildren what the Jews did (...) I literally don't care about Gaza (...) for all I care they can go out and swim in the sea» (*'Proud of Ruins of Gaza': Israeli Minister Rejoices at Palestine's Distress*, Clarionindia.net, 22 febbraio 2024).

Israele ha preannunciato misure di contrasto. Già prima delle udienze di gennaio 2024 dinanzi alla Corte, infatti, l'*Attorney General*, Gali Baharav-Miara, in una dichiarazione congiunta con lo *State's Attorney*, Amit Eisman, aveva comunicato l'avvio di indagini rimarcando che «the State of Israel, including the security agencies, are obligated to act according to the principles of international law and the laws of war. Statements that can be read (...) as calling for the international harm of uninvolved citizens, are against the prevailing policy and may constitute criminal offences, including incitement offenses» (*Ahead of UN court genocide hearing, Israel's AG to examine statements made by senior Israeli officials calling to target uninvolved civilians*, haaretz.com, 9 gennaio 2024). La dichiarazione va accolta con favore poiché dimostra la consapevolezza di dover agire e, nella misura in cui tale consapevolezza è indotta dal ricorso del Sud Africa e dall'ordinanza della Corte, dimostra anche l'effetto benefico del contenzioso giudiziario internazionale. Nell'ordinanza del 26 gennaio la Corte ha preso atto che «the Attorney General of Israel recently stated that a call for intentional harm to civilians may amount to a criminal offence, including that of incitement, and that several such cases are being examined by Israeli law enforcement authorities» (ivi, p. 22, § 73) ma, per adempiere la misura provvisoria e l'obbligo dell'art. III, lett. c, della Convenzione, le misure israeliane devono specificamente riguardare l'istigazione al genocidio e non quella a ignorare o violare il diritto internazionale umanitario. Da questo punto di vista la dichiarazione congiunta non sembra riferirsi al genocidio mentre quella del 21 febbraio del *Military Advocate General Major* dell'IDF, Yifat Tomer-Yerushalmi, sulle indagini in corso per presunte violazioni commesse dai soldati a Gaza potrebbe riferirsi solo implicitamente laddove rileva «unacceptable cases of conduct that deviate from IDF values and protocols. They include inappropriate statements which encourage unacceptable phenomena» (*IDF's top lawyer warns against 'cases of unacceptable conduct' by troops in Gaza*, The Times of Israel, 21 febbraio 2024).

Vi è poi che certi Ministri particolarmente 'loquaci', come il Ministro per la Sicurezza nazionale Itamar Ben-Gvir e il Ministro delle Finanze Bezalel Smotrich, continuano a invocare – deciderà la Corte se con intento genocidario o 'solo' in spregio del diritto internazionale umanitario – la distruzione di Gaza e dei Palestinesi (Ehud Olmert, già Primo ministro israeliano, li ha definiti un «bunch of messianic hallucinators [il cui] ultimate aim (...) is 'purging' the West Bank of its Palestinians inhabitants, cleansing the Temple Mount of its Muslim worshippers and annexing the territories to the state of Israel» anche a costo di un «armageddon» e di una «all-out war»: *Netanyahu's Messianic Coalition Partners Want an All-out Regional War. Gaza Is Just a First Step*, haaretz.com, 22 febbraio 2024) e, a oggi, non hanno subito conseguenze restando saldamente al loro posto. Se gli equilibri politici interni non lasciano spazio di manovra a Netanyahu, il cui governo ha necessità del sostegno del partito Otzma Yehudit guidato da Ben-Gvir, la mancata prevenzione e punizione di simili istigazioni potrebbe però contribuire al riconoscimento da parte della Corte della violazione dell'art. III, lett. c, della Convenzione sul genocidio del 1948.

6. – Il report sull'attuazione delle misure provvisorie disposte dalla Corte è stato presentato da Israele nel termine prestabilito del 26 febbraio 2024 ma, su richiesta israeliana, resterà confidenziale. È improbabile attendersi una fuga di notizie in qualche modo riconducibile al Sud Africa poiché, oltre a ripercuotersi nei rapporti

tra i due Stati, segnerebbe un *disregard* verso la Corte. Data la confidenzialità del report, ogni valutazione in questa sede sulla sua attuazione non potrà dunque che essere speculativa e indiretta.

Preliminarmente va rimarcato che per Israele il report e la sua attuazione sono inutili in quanto pleonastici. Sin dall'inizio delle ostilità e poi anche dinanzi alla Corte, infatti, Israele ha sempre rivendicato di condurre le ostilità nel rispetto del diritto internazionale umanitario e dunque l'impossibilità *in re ipsa* di connotarle in senso genocidario. Il ricorso sudafricano è considerato da Israele fuori da ogni logica politica e assurdo in punto di diritto proprio perché le operazioni militari nella Striscia di Gaza colpirebbero solamente «military personnel or objectives in accordance with international humanitarian law in a proportionate manner in each case, as well as its practice of mitigating civilian harm such as by forewarning civilians of impending action by the unprecedented and extensive use of telephone calls, leafletting and so forth coupled with the facilitation of humanitarian assistance, all demonstrate the precise opposite of any possible genocidal intent» (*Public sitting, Verbatim record*, intervento di Israele, 12 gennaio 2024, p. 31, § 37).

Al più Israele ammette che, nonostante le puntuali direttive impartite dai comandi militari, il personale IDF potrebbe aver commesso violazioni del diritto internazionale umanitario (non di competenza della Corte) sulle quali sta già investigando. Tali violazioni appaiono probabili perché, anche a voler ignorare – considerando tutte parziali e prevenute – le informazioni, le dichiarazioni e le immagini che molteplici fonti, incluse agenzie e funzionari ONU, veicolano da Gaza, non si vede come, nelle aree urbane della Striscia, uno tra i territori più densamente popolati al mondo, l'IDF possa di fatto rispettare, pur volendolo, certi principi fondamentali del diritto internazionale umanitario come quelli di distinzione e di proporzionalità. Il fatto, altrettanto probabile, che Hamas sia «deeply embedded among non-combatants in Gaza and has deliberately built its terror infrastructure in civilian area across the enclave» (così il portavoce dell'IDF, Daniel Hagari: *The Media-Savvy Murderers of Hamas*, *The Wall Street Journal*, 25 febbraio 2024) non esonera in ogni caso l'IDF dall'obbligo di rispettare *in toto* il diritto internazionale umanitario. Del resto, anche Stati Uniti e Regno Unito hanno più volte sottolineato l'esigenza di rispettarlo nel timore, o forse nella consapevolezza, che tali violazioni occorranza a Gaza e fermo restando che di per sé non dimostrano anche un intento genocidario. Non a caso, infatti, le richieste e le censure, più o meno esplicite, degli alleati più vicini a Israele si riferiscono sempre e solo alla commissione di violazioni, anche gravi, del diritto internazionale umanitario e mai al carattere genocidario di tali atti.

Anche con riguardo agli aiuti umanitari destinati alla popolazione, al netto delle accuse ad Hamas di impedirne la distribuzione, Israele ha sempre negato di frapporre ostacoli rivendicando solo il diritto di evitare, adottando gli appropriati e necessari controlli e misure di sicurezza, che raggiungano e beneficino anche l'apparato militare di Hamas. Anche sotto questo profilo Israele nega recisamente l'intento genocidario di sottoporre «deliberatamente» i Palestinesi di Gaza «a condizioni di vita intese a provocarne la distruzione fisica» (art. II, lett. c, della Convenzione) e, anzi, rivendica un ruolo decisivo nel garantire l'assistenza umanitaria. Anche in questo caso, però, molti Stati, inclusi ancora una volta Stati Uniti e Regno Unito, hanno dubbi sull'effettivo rispetto israeliano degli obblighi umanitari tanto che, oltre alle esplicite pressioni statunitensi, anche il *Foreign Secretary* britannico David Cameron ha rimarcato, dopo l'adozione dell'ordinanza, che Israele «must obey international humanitarian law because they are the occupying power in Gaza (...) they have to make sure that humanitarian aid, that food and water and shelter are available to people in Gaza. If they don't do that, that would be a breach of international humanitarian law as well» (*Israel in breach of international law if it denies Gaza food and water, says UK foreign secretary*, *The Guardian*, 13 febbraio 2024).

Al netto delle censure altrui, per Israele il rispetto della prima, seconda e quarta misura provvisoria (prevenire gli atti genocidari di cui all'art. II, lett. *a-e*, della Convenzione; assicurarne il rispetto anche da parte dell'IDF; fornire servizi basilari e assistenza umanitaria ai Palestinesi), funzionali a non condurre una guerra di tipo genocidario, è dunque allo stesso tempo un esercizio inutile (perché Israele già lo faceva prima dell'ordinanza del 26 gennaio) e pienamente svolto (perché Israele continua a farlo dopo l'ordinanza). Pur non conoscendo il contenuto del report, è presumibile che con riguardo a queste tre misure Israele abbia rimarcato la perdurante applicazione dei provvedimenti e delle condotte già in essere prima dell'ordinanza mentre con riguardo alla misura che gli impone di prevenire e punire l'istigazione pubblica e diretta al genocidio abbia solo potuto dar conto delle indagini in corso dato che a oggi non risultano processi in atto o condanne già emesse.

6.1. – Se fosse questa la linea argomentativa del report e considerato che solo nel prosieguo del procedimento si accerterà, con particolare riguardo all'elemento soggettivo dell'intento specifico, l'effettiva sussistenza e non la mera plausibilità del genocidio, l'attuazione delle misure provvisorie in questa fase si valuta prevalentemente sulla base di parametri oggettivi allo scopo di accertare se, dopo l'ordinanza del 26 gennaio, i dati, le dichiarazioni e le informazioni disponibili, e quelli riferiti da Israele, dimostrino una variazione coerente, rispetto alle misure ordinate, della pianificazione politico-militare delle operazioni nella Striscia, delle condotte operative dell'IDF, del flusso degli aiuti umanitari e dei procedimenti per istigazione al genocidio: in altre parole, dimostrino una variazione idonea a gestire il rischio reale e imminente di un pregiudizio irreparabile ai diritti dei Palestinesi di non subire violazioni degli artt. II e III della Convenzione sul genocidio.

Con riguardo alla pianificazione politico-militare del conflitto e *mutatis mutandis* alle condotte dell'IDF, non risultano evidenti cambiamenti sostanziali e, laddove la frequenza e l'intensità delle operazioni diminuiscono, ciò sembra dovuto più all'avvenuto conseguimento di obiettivi militari fissati in precedenza che alla necessità di rispettare le due misure provvisorie. Anzi, la preannunciata offensiva di terra a Rafah, finalizzata a distruggere i battaglioni di Hamas ancora operativi evacuando allo stesso tempo la popolazione (*A message from the Prime Minister's Office regarding an operation in Rafah*, www.gov.il, 9 febbraio 2024), aumenterebbe inevitabilmente frequenza e intensità delle operazioni insieme al numero delle vittime civili. Dato che solo una reale diminuzione della violenza bellica nelle aree popolate da civili diminuisce la probabilità che vengano compiuti atti genocidari (ferma restando la diversa questione della sussistenza di uno specifico intento genocidario), una campagna militare a Rafah, in aggiunta a quella in atto nel resto della Striscia, sarebbe difficilmente compatibile con il generale *restraint* militare che, di fatto, la prima e la seconda misura provvisoria impongono quale preconditione necessaria per il rispetto della Convenzione sul genocidio.

Seppur per ragioni diverse, la preannunciata offensiva a Rafah preoccupa sia il Sud Africa, che la interpreta come una nuova fase del piano genocidario, che il Regno Unito, che la interpreta come un potenziale volano per ulteriori violazioni, seppur non genocidarie, del diritto internazionale umanitario. A tal riguardo, mentre il *Foreign Secretary* britannico ha ammonito «the Israelis to stop and think before going ahead with any operations» a Rafah dato che si profilerebbe una carneficina in una zona così densamente popolata e senza vie di fughe (*Israel in breach of international law if it denies Gaza food and water, says UK foreign secretary*, *The Guardian*, 13 febbraio 2024), il Sud Africa, alla luce delle «developing circumstances in Rafah», ha presentato alla Corte il 12 febbraio 2024 una richiesta urgente ex art. 75, par. 1, del suo Regolamento («The Court may at any time decide to examine *proprio motu* whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties»)

per l'adozione, discrezionale e «without any hearing or submission by parties», di nuove misure provvisorie (*Urgent Request for Additional Measures under Article 75(1) of the Rules of Court of the International Court of Justice*, 12 febbraio 2024). Ricevute il 15 febbraio le *observations* di Israele, critiche sia dal punto di vista procedurale (l'art. 75, par. 1, si riferisce a misure *proprio motu* della Corte mentre è l'art. 76, par. 1, che si applica a quelle sollecitate da una parte) che sostanziale (una parte può chiedere misure aggiuntive «if, in its opinion, some change in the situation justifies such (...) modification» ma nessun «change in the situation» si sarebbe verificato a Rafah e, in ogni caso, l'ordinanza del 26 gennaio, valendo per l'intera Striscia, già si applica a Rafah), la Corte ha poi comunicato la sua decisione il 16 febbraio notando, da un canto, che «the most recent developments in the Gaza Strip, and in Rafah in particular, 'would exponentially increase what is already a humanitarian nightmare with untold regional consequences', as stated by the United Nations Secretary-General (Remarks to the General Assembly on priorities for 2024, 7 Feb. 2024)» ma ritenendo, dall'altro, che l'immediata ed effettiva attuazione delle misure disposte dall'ordinanza del 26 gennaio è già sufficiente senza necessità di altre misure (*Decision of the Court on South Africa's request for additional provisional measures*, Press release No. 2024/16, 16 febbraio 2024, p. 1).

Con riguardo agli aiuti umanitari, i dati indicano una diminuzione dei flussi in ingresso nella Striscia di Gaza. Secondo Philippe Lazzarini, Commissioner-General di UNRWA (*UN Agency for Palestine Refugees in the Near East*), a febbraio 2024 gli aiuti umanitari sono calati del 50% rispetto al mese precedente a causa, *inter alia*, della mancanza di «political will, regular closing of the crossing points and lack of security due to military operations» (post su X, 26 febbraio 2024, 11.43). Ulteriori dati forniti da Amnesty (*Israel defying ICJ ruling to prevent genocide by failing to allow aid into Gaza*, www.amnesty.org.au, 28 febbraio 2024) confermano la diminuzione su base giornaliera dei camion che, trasportando aiuti, entrano nella Striscia. Secondo Itay Epshtain, Special Advisor del *Norwegian Refugee Council* e dell'AIDA (*Association of International Development Agencies*), a febbraio 2024 gli ingressi hanno oscillato tra 4-7 (17 e 9 febbraio) e 130-199 (14 e 16 febbraio) per una media giornaliera di 90 camion, di lunga inferiore al flusso necessario, stimato tra 500 e 600 ingressi, che veniva garantito prima del 7 ottobre (post e infografiche su X, 24 febbraio 2024, 13.11 e 20.04). A conferma della gravità della situazione, nell'ambito dell'item «Protection of civilians in armed conflict» in agenda del Consiglio di sicurezza dal 1999, il 27 febbraio 2024 si è tenuta una riunione sulla *food insecurity* che, per la prima volta, ha riguardato il conflitto a Gaza (in passato ogni proposta di utilizzare l'item per discutere specifiche situazioni di conflitto era stata respinta). Nel corso della riunione il *World Food Program* e l'Ufficio per il coordinamento degli affari umanitari dell'ONU (UNOCHA), intervenuti come *briefers*, hanno definito la situazione catastrofica evidenziando gli ostacoli a un flusso di aiuti almeno sufficiente e continuo e rimarcando il rischio concreto di una carestia nel medio periodo.

Dal canto suo, il COGAT (*Coordinator of Government Activities in the Territories*), unità del Ministero della Difesa israeliano, riferisce che «over 13,000 trucks carrying over 250,000 tons of humanitarian aid entered the Gaza Strip since the start of the war. There is no limit to the amount of humanitarian aid that can enter Gaza» (post su X, 23 febbraio 2024, 14.19), fornisce dati diversi sugli ingressi (ad es., il 25 febbraio quasi 500 camion di aiuti sono entrati nella Striscia), ribadisce che la situazione umanitaria non è così grave come viene raccontato dagli operatori umanitari e attribuisce la difficoltà nella distribuzione degli aiuti, oltre che ad Hamas, alle inadeguate e fallaci «handling capabilities of the UN and other aid agencies within the Gaza Strip» (*Israel appears to be in breach of ICJ orders on Gaza, senior UN official says*, *The Guardian*, 10 febbraio 2024).

Dato che le esigenze belliche e di sicurezza non sospendono gli obblighi di assistenza umanitaria (in altri termini, l'esigenza di eradicare militarmente Hamas

dalla Striscia non legittima le privazioni subite dalla popolazione), e sebbene la distribuzione degli aiuti non dipenda solo dalla buona o cattiva volontà di Israele, l'ordinanza del 26 gennaio obbliga comunque Israele a fare tutto ciò che è in suo potere «to address the adverse conditions of life faced by Palestinians in the Gaza Strip» e la relativa valutazione va dunque effettuata non in termini assoluti, se cioè l'emergenza umanitaria sia terminata, ma relativi, se cioè le misure israeliane l'abbiano almeno mitigata. Al di là delle divergenze tra Israele e operatori umanitari sui dati esatti, la diminuzione degli aiuti dopo il 26 gennaio è oggettivamente riscontrabile e l'attuazione dell'ordinanza sul punto è quanto meno insoddisfacente o non adeguata, indipendentemente dal fatto che tutto ciò celi anche un intento genocidario o costituisca 'solo' una violazione del diritto internazionale umanitario.

Con riguardo, infine, alla prevenzione e punizione dell'istigazione al genocidio, al netto delle indagini in corso annunciate dalle competenti autorità israeliane, non risultano ancora processi e, soprattutto, i maggiori responsabili non hanno ancora subito conseguenze. Considerato che le esigenze e gli equilibri della politica interna israeliana sono irrilevanti nel valutare l'attuazione degli obblighi internazionali fissati dall'ordinanza e dalla Convenzione, appare plausibile ritenere che anche l'attuazione di questa misura provvisoria sia inadeguata e insoddisfacente. A ciò si aggiunga che eventi come la Conferenza organizzata dal partito Otzma Yehudit del Ministro Itamar Ben-Gvir a Gerusalemme tre giorni dopo l'adozione dell'ordinanza, cui hanno partecipato undici ministri del governo Netanyahu e in cui Ben-Gvir ha ribadito che è «correct, just, moral and humane» allontanare i Palestinesi dalla Striscia per poi annetterla, non agevolano certo la difesa di Israele dinanzi alla Corte (*Israel appears to be in breach of ICJ orders on Gaza, senior UN official says*, The Guardian, 10 febbraio 2024).

7. – La scelta della Corte di non ordinare, come chiesto dal Sud Africa, la sospensione delle operazioni militari nella Striscia dimostra che le misure provvisorie disposte nell'ordinanza del 26 gennaio mirano 'solo' a rimodulare tali operazioni in modo da gestire il rischio di un irreparabile pregiudizio ai diritti dei Palestinesi protetti dalla Convenzione sul genocidio, anche garantendo loro condizioni di vita che non ne causino la distruzione fisica, totale o parziale, mediante un flusso continuo e adeguato di aiuti umanitari. A ciò si aggiunga l'obbligo di punire i tanti, troppi politici e funzionari che con i loro *inflammatory statements* alimentano, a fini più o meno esplicitamente genocidari, l'odio e la vendetta – due stati d'animo banditi dal diritto internazionale contemporaneo in tutte le loro forme, manifestazioni e conseguenze.

Pur essendo rimasto confidenziale il report israeliano del 26 febbraio, la cronaca politico-militare, i dati sugli aiuti umanitari e i perduranti *inflammatory statements* delle settimane successive all'adozione dell'ordinanza inducono ragionevolmente a ritenere che non vi siano stati sostanziali mutamenti nelle condotte politiche, militari e umanitarie di Israele e che dunque l'ordinanza non sia stata rispettata in modo adeguato.

Come già sottolineato, tutto ciò non significa anche che Israele stia attuando e perseguendo il genocidio dei Palestinesi della Striscia di Gaza. Il confine tra una condotta connotata da un intento genocidario e una condotta che, per quanto anche gravemente lesiva del diritto internazionale umanitario, non è comunque tale resta sottile e di difficile demarcazione dato che l'accertamento della prima richiede inevitabilmente una sorta di 'processo alle intenzioni' con tutte le difficoltà logico-probatorie che ne conseguono. Le condotte materiali e verbali di Israele offrono alla Corte indizi importanti ma non anche decisivi per stabilire lo specifico intento genocidario salvo che la Corte non ritenga in ultimo di desumerlo implicitamente proprio da tali condotte.

A noi sembra che, come finora articolata, la difesa israeliana dalle accuse di genocidio fondate sull'art. II, lett. *a-b*, della Convenzione (uccisione di membri del gruppo; lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo) abbia un punto di forza nelle direttive politico-militari che impongono all'IDF di eradicare la presenza militare di Hamas nella Striscia rispettando però il diritto internazionale umanitario. Riuscire a leggere tra le righe di queste direttive un implicito ordine genocidario è difficile tanto più considerando la (comunque tragica) possibilità, più probabile però in punto di diritto, che l'IDF commetta sì violazioni, anche gravi, del diritto internazionale umanitario ma non anche di natura genocidaria. Anche l'offensiva di terra a Rafah, che porterebbe altra violenza e vittime civili nella Striscia, non muterebbe la sostanza del ragionamento: forse, o quasi certamente, altre violazioni o crimini di guerra ma non anche genocidio.

Un altro punto di forza della posizione israeliana sta nella difficoltà di attribuire, in termini giuridicamente rilevanti, alla leadership politico-militare che decide obiettivi e modalità della guerra gli *inflammatory statements*, di natura più o meno implicitamente genocidaria, dei suoi ministri, funzionari e politici. Questo punto di forza è però allo stesso tempo un punto di debolezza rispetto all'obbligo, sancito dall'art. III, lett. *c*, della Convenzione, di prevenire e punire l'istigazione diretta e pubblica al genocidio. I responsabili di quegli *inflammatory statements* non hanno a oggi subito conseguenze e, sebbene Israele dica di aver avviato indagini in proposito, resta il fatto che a distanza di mesi dal 7 ottobre 2023 gli *statements* continuano senza alcuna effettiva prevenzione e punizione e i loro autori restano loquacemente al loro posto. Una censura della Corte rispetto alla violazione dell'art. III, lett. *c*, potrebbe dunque essere ragionevolmente nell'ordine delle cose.

L'ultimo punto di debolezza della posizione israeliana riguarda la possibilità che la Corte inferisca, ferme restando le anticipate complessità e incertezze, l'intento genocidario dalla diminuzione degli aiuti umanitari qualora arrivi a ritenere che la penuria di aiuti è la conseguenza di una «deliberata» volontà di sottoporre i Palestinesi «a condizioni di vita intese a provocare la distruzione fisica, totale o parziale», del gruppo e non invece di una rigida e illegittima, per il diritto internazionale umanitario, attuazione di misure di sicurezza e contrasto all'apparato militare di Hamas. Affamare una popolazione per ragioni di sicurezza, ossia per impedire che cibo, medicinali e carburante finiscano anche nella mani di Hamas, è una strategia che può anche avere, forse, una (molto discutibile) logica politica ma che resta del tutto gravemente illegittima per il diritto internazionale umanitario.

8. – La partita sul genocidio dinanzi alla Corte sarà lunga e articolata e, per le complessità esposte, non è scontato che il Sud Africa la vinca, fosse anche solo parzialmente. Se Israele fosse ritenuto solo responsabile della mancata prevenzione e punizione degli strali genocidari del Ben-Gvir di turno (l'accusa sudafricana che ha più probabilità di essere accolta dalla Corte), per il Sud Africa potrebbe essere una vittoria di Pirro nella misura in cui, dopo aver scavato la montagna ricorrendo alla Corte, ne estrarrebbe solo un topolino.

Al di là del contenzioso tra Sud Africa e Israele, un dato certamente positivo per lo sviluppo e il consolidamento del diritto internazionale attraverso la risoluzione pacifica delle controversie è l'ennesimo ricorso alla Corte. A nostro avviso, nel bene e nel male, il diritto internazionale sta attraversando una fase evolutiva molto importante considerato che estende la propria applicazione a nuovi campi (come il *cyberspace*) e fenomeni (come il *sea-level rising*), consolida e affina forme di tutela rafforzata dei valori fondamentali della Comunità internazionale (obblighi *erga omnes*, norme di *jus cogens*, integrazione sistemica, crimini internazionali) e vede evolvere concetti angolari (legittima difesa e sicurezza internazionale).

Ora più che mai vi è dunque una assoluta necessità di chiarezza interpretativa e applicativa del diritto internazionale. La Corte (e, in diversa ma parimenti

importante misura, la Commissione del diritto internazionale) devono essere e rimanere al centro di queste dinamiche e, nei limiti del possibile, orientare lo sviluppo del sistema che comunque resta, e non potrebbe essere diversamente, saldamente nelle mani degli Stati. L'attivazione più frequente della Corte, e in generale delle altre giurisdizioni internazionali, può essere, da un canto, l'antidoto alla crescente radicalizzazione della politica internazionale e al conseguente aumento della violenza bellica nelle relazioni internazionali e, dall'altro, può e deve costituire il presupposto per «a just solution in the future, in conformity with international law» in quanto il «most significant, uniquely significant role, for protagonists and for the international community as a whole», della Corte è anche, e soprattutto, questo: interpretando e applicando il diritto internazionale la Corte «can only assist in a solution based on the law, by setting out the parameters required by the law to resolve the matter» (Corte internazionale di giustizia, *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*, richiesta di parere consultivo dell'Assemblea generale, *Public sitting, Verbatim record*, intervento della Palestina, 19 febbraio 2024, p. 97, § 30).

Le udienze tenutesi dal 19 al 26 febbraio 2024 sul parere consultivo appena richiamato hanno visto sfilare dinanzi alla Corte, oltre alla Palestina, ben 49 Stati membri dell'ONU (ma non l'Italia) e tre organizzazioni internazionali (Unione europea, Unione africana e Organizzazione della cooperazione islamica) allo scopo di formulare osservazioni giuridiche. Al di là dell'importanza politica della questione, che spiega l'ampia partecipazione, il significato giuridico è altrettanto rilevante perché il punto non è quello politico di prendere le parti di Israele o della Palestina nei procedimenti che a vario titolo li coinvolgono ma quello giuridico di battersi per il rafforzamento del diritto internazionale contribuendo a ogni piè sospinto alla sua migliore e più chiara interpretazione e applicazione. Per questo è importante che numerosi Stati, quale che sia la posizione che assumeranno, intervengano nel procedimento tra Sud Africa e Israele (a oggi solo il Nicaragua ha formalmente chiesto alla Corte di poter intervenire mentre la Germania ha preannunciato l'intervento al fianco di Israele) come è accaduto in quello tra Ucraina e Russia. Per questo è importante anche il ricorso, presentato il 1° marzo 2024, del Nicaragua contro la Germania al di là della sua fondatezza o meno. Perché in ultima analisi nelle tragedie dei Palestinesi di Gaza e dei Rohingya, genocidarie o meno che siano, l'unico dato positivo resta proprio questo: l'aver affidato alla Corte internazionale di giustizia il compito di descrivere giuridicamente la tragedia politico-umanitaria. Indipendentemente dal merito finale delle vicende processuali, il diritto internazionale sarà comunque diventato migliore. Alcuni Stati, soccombenti o meno all'esito dei procedimenti, non potranno certamente dire lo stesso.

Paolo Bargiacchi

Dipartimento di Scienze Economiche e Giuridiche

Università degli Studi di Enna "Kore"

paolo.bargiacchi@unikore.it