

Quali misure cautelari della Corte internazionale di giustizia per il caso *Sud Africa c. Israele*?

Maurizio Arcari*

1. Introduzione

Considerate le delicate questioni in gioco, erano giustificate le aspettative sollevate dalla pronuncia della Corte internazionale di giustizia ('CIG' o 'la Corte') sulle misure cautelari nel procedimento intentato dal Sud Africa contro Israele. Da un lato, si presentava l'eventualità che la Corte, sia pure a uno stadio preliminare, ritenesse verosimili le accuse di violazione da parte di Israele degli obblighi derivanti dalla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (Convenzione genocidio), poste in essere nell'ambito dell'operazione armata lanciata contro il territorio di Gaza dopo gli attentati terroristici del 7 ottobre 2023¹. D'altro lato, vi era la concreta possibilità per la Corte di indicare in via cautelare la sospensione delle operazioni militari a Gaza, e con ciò mettere argine a un conflitto che, al momento del deposito del ricorso del Sud Africa (dicembre 2023), aveva già causato oltre 20.000 vittime tra i palestinesi².

L'ordinanza sulle misure cautelari, pronunciata dalla Corte il 26 gennaio 2024, ha in parte soddisfatto e in parte deluso queste aspettative³. Su un primo

* Professore ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli Studi Milano-Bicocca, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dell'Ateneo Nuovo – 20126 Milano, maurizio.arcari@unimib.it.

¹ Cfr. il testo del ricorso depositato dal Sud Africa alla cancelleria della Corte il 28 dicembre 2023, *Application instituting proceedings*, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf, in particolare pp. 71-72, par. 111, le richieste avanzate dal Sud Africa sul merito della controversia.

² V. per tale stima *ibidem*, p. 31, par. 45. Cfr. inoltre *ivi*, pp. 82-83, par. 144, le misure cautelari richieste alla Corte dal Sud Africa, in particolare i punti 1 e 2, secondo i quali «(1) The State of Israel shall immediately suspend its military operations in and against Gaza. (2) The State of Israel shall ensure that any military or irregular armed units which may be directed, supported or influenced by it, as well as any organisations and persons which may be subject to its control, direction or influence, take no steps in furtherance of the military operations referred to point (1) above».

³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, ordinanza del 26 gennaio 2024, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf (in seguito 'ordinanza *Sud Africa c. Israele* (2024)'). La decisione è stata raggiunta con una larga maggioranza: quattro punti del dispositivo sono stati adottati con 15 voti a favore e due contrari (la giudice Sebutinde e il giudice *ad hoc* Barak); due punti del dispositivo sono stati adottati con sedici voti a favore e uno contrario (la giudice Sebutinde). Per i primi commenti della dottrina, cfr. M. MILANOVIC, "ICJ Indicates Provisional Measures in South Africa v. Israel", in *EJIL: Talk!* 26 January 2024, disponibile al sito www.ejiltalk.org/icj-indicates-provisional-measures-in-south-africa-v-israel/; N. KRISCH, "Speaking the Law, Plausibility: The International Court of Justice on Gaza", in

versante, la CIG ha ritenuto sussistere le diverse condizioni che, da giurisprudenza ormai consolidata, vengono richieste per l'indicazione di misure cautelari. In successione, la Corte ha stabilito di avere una giurisdizione *prima facie* basata sull'art. IX della Convenzione genocidio nella controversia tra Sud Africa e Israele e ha riconosciuto lo *ius standi* del Sud Africa rispetto alla controversia medesima⁴; ha ritenuto che «almeno alcuni dei diritti» invocati dal Sud Africa fossero plausibili ai fini della richiesta di misure cautelari⁵; ha affermato che un legame sufficiente esistesse tra i diritti plausibili invocati dal Sud Africa e «almeno alcune delle misure cautelari richieste»⁶; infine, ha ritenuto esistente il rischio reale e imminente di irreparabile pregiudizio ai diritti invocati, nonché l'estremo dell'urgenza giustificante l'indicazione di misure cautelari⁷. L'affermazione della giurisdizione *prima facie* rispetto al caso, nonché la gestione del nodo della *plausibilità* delle violazioni della Convenzione genocidio – delicato in ragione del rilievo dell'intenzionalità dello Stato agente ai fini della commissione del crimine – hanno probabilmente rappresentato i punti di maggior impatto dell'ordinanza del 26 gennaio 2024⁸.

Tuttavia, su un secondo versante la stessa ordinanza lascia insoddisfatti. Verificata l'esistenza delle condizioni richieste per l'esercizio della giurisdizione cautelare, la Corte ha richiamato il proprio potere, basato sull'art. 75, par. 2, del Regolamento, di pronunciare misure *in tutto o in parte* diverse da quelle richieste⁹. Su tale base, la Corte ha indicato una serie di misure cautelari che – con l'eccezione dell'ingiunzione ad Israele di adottare misure per l'assistenza umanitaria a Gaza – sono in linea di massima meramente riproduttive degli obblighi primari già incombenti sugli Stati parti alla Convenzione genocidio¹⁰. L'ordinanza tace invece rispetto alla principale misura cautelare richiesta dal Sud Africa, ovvero

EJIL:Talk! 27 January 2024, disponibile al sito www.ejiltalk.org/speaking-the-law-plausibly-the-international-court-of-justice-on-gaza/; P. HILPOLD, "South Africa v Israel: A Salomonic Decision as 'Constructive Ambiguity'", in *Verfassungsblog* 31 January 2024, disponibile al sito www.verfassungsblog.de/south-africa-v-israel-a-solomonic-decision-as-constructive-ambiguity/; E. CANNIZZARO, "When the Reasons are More Telling than the Ruling: The Order of the ICJ in South Africa v. Israel", in *EJIL: Talk!* 7 February 2024, disponibile al sito www.ejiltalk.org/when-the-reasons-are-more-telling-than-the-ruling-the-order-of-the-icj-in-south-africa-v-israel/.

⁴ Ordinanza *Sud Africa c. Israele* (2024) cit., par. 31 e 34.

⁵ *Ibidem*, par. 54.

⁶ *Ibidem*, par. 59.

⁷ *Ibidem*, par. 72-74.

⁸ In questo senso, l'ordinanza ha contribuito a consolidare la giurisprudenza già tracciata con la precedente pronuncia sulle misure cautelari nel noto caso *Gambia c. Myanmar*: cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, ordinanza del 23 gennaio 2020, in *I.C.J. Reports* 2020, p. 3 (in seguito 'ordinanza *Gambia c. Myanmar* (2020)').

⁹ Ordinanza *Sud Africa c. Israele* (2024) cit., par. 75-77.

¹⁰ Anche in questo senso, l'ordinanza conferma il precedente del caso *Gambia c. Myanmar*. Cfr. Ordinanza *Sud Africa c. Israele* (2024) cit., par. 78-82 e 86, in paragone all'ordinanza *Gambia c. Myanmar* (2020) cit., par. 79-83 e 86.

l'immediata sospensione delle operazioni militari di Israele in e contro Gaza¹¹. Proprio l'assenza della misura di cessazione delle ostilità ha indotto la dottrina, nei primi commenti, a qualificare come 'vago' o 'timido' l'atteggiamento mantenuto dalla Corte¹², o a sottolineare l'"incoerenza" esistente tra il contenuto delle misure indicate e il ragionamento sviluppato per fondare l'opportunità delle stesse¹³.

Il carattere insoddisfacente della soluzione raggiunta nell'ordinanza del 26 gennaio 2024 è del resto confermato dal fatto che, per ben due volte (il 16 febbraio 2024¹⁴ e il 6 marzo 2024¹⁵), a fronte della continuazione delle operazioni militari israeliane a Gaza ed al deterioramento progressivo della situazione umanitaria sul terreno, il Sud Africa è tornato a chiedere alla Corte l'integrazione o modifica delle misure cautelari già indicate insistendo ancora (almeno nella seconda occasione¹⁶) sulla richiesta di cessazione delle operazioni militari. Al momento in cui si scrive la Corte non si è ancora pronunciata sull'ultima richiesta del Sud Africa¹⁷.

¹¹ Sul punto, il contrasto con la diversa conclusione raggiunta nell'ordinanza sulle misure cautelari del 2022 nel caso tra Ucraina e Russia concernente le *Allegazioni di genocidio*, è lampante: cfr. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, ordinanza del 16 marzo 2022, in *I.C.J. Reports 2022*, p. 211, par. 86, punto (1) (in seguito: 'ordinanza *Ucraina c. Russia* (2022)').

¹² Cfr. N. KRISCH, cit.: «In contrast, the actual provisional measures remain vague... In the end, the Court speaks truth to power, but it does so rather timidly».

¹³ Cfr. E. CANNIZZARO, cit.: «the operative part of the ruling, at first sight, seems to be incoherent with the reasons».

¹⁴ Cfr. la lettera del Sud Africa datata 12 febbraio 2024, *Urgent Request for Additional Measures under Article 75(1) of the Rules of the Court of the International Court of Justice*, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240212-wri-01-00-en.pdf, nonché la replica di Israele *Observations of the State of Israel on the Republic of South Africa's "Urgent Request for Additional Measures under Article 75(1) of the Rules of the Court" Dated 12 February 2024*, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240215-wri-01-00-en-1.pdf.

¹⁵ Cfr. la richiesta del Sud Africa datata 6 marzo 2024, *Urgent Request and Application for the Indication of Additional Measures and the Modification of the Court's Prior Provisional Measures Decisions Pursuant to Article 41 of the Statute of the International Court of Justice and Articles 75 and 76 of the Rules of the Court of the International Court of Justice*, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240306-wri-01-00-en.pdf, nonché la replica di Israele *Observations of the State of Israel on the Request filed by the Republic of South Africa on 6 March 2024 for the indication of additional provisional measures and/or the modification of measures previously indicated*, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240315-wri-01-00-en.pdf.

¹⁶ Cfr. *ibidem*, p. 4, la misura n. 4 richiesta dal Sud Africa: «The State of Israel shall take immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance to address famine and starvation and the adverse conditions of life faced by Palestinian in Gaza, by : (a) immediately suspending its military operations in Gaza; (...)».

¹⁷ La risposta della Corte alla prima richiesta sudafricana di indicazione di misure addizionali è stata negativa, ritenendo la Corte che l'aggravamento della situazione a Gaza domandasse l'immediata ed effettiva esecuzione delle misure indicate il 26 gennaio 2024, ma non l'indicazione di misure addizionali (cfr. ICJ Press Release No. 2024/16 del 16 febbraio 2024, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240216-pre-01-00-en.pdf).

Il presente commento intende soffermarsi su quest'ultimo profilo dell'azione della Corte nel caso di specie. Tale azione andrà brevemente inquadrata alla luce della più generale tendenza degli Stati, accentuatasi negli ultimi anni, a portare dinnanzi alla CIG questioni attinenti all'uso della forza armata e alla contestuale sollecitazione di un suo intervento in sede di giurisdizione cautelare (sezione 2). Ci si soffermerà poi sulla peculiare configurazione secondo cui le questioni relative all'uso della forza sono state prospettate nel caso di specie e sull'impatto che ciò può aver avuto rispetto alle scelte della Corte nel pronunciare le misure cautelari (sezione 3). Al riguardo, si cercherà di dar conto di alcune lacune rinvenibili nel procedimento logico seguito dalla Corte per la selezione delle misure cautelari idonee al caso di specie (sezione 4). A conclusione, seguiranno alcune considerazioni circa la funzione delle misure cautelari della CIG nel caso in commento (sezione 5).

2. Le misure cautelari della CIG in situazioni impicanti l'uso della forza armata

Una particolarità evidente della controversia portata dal Sud Africa di fronte alla CIG sta nel fatto di riguardare una situazione impicante l'uso della forza armata. Il deferimento alla Corte di situazioni di questa natura non è di per sé una novità. Uno studio pubblicato nei primi anni 2000 segnalava come, tra gli allora 25 casi contenziosi pendenti di fronte alla CIG, ben 16 riguardassero, direttamente o indirettamente, questioni relative all'uso della forza nei rapporti internazionali¹⁸. Il medesimo studio evidenziava come fosse altresì ricorrente, nelle controversie anzidette, la richiesta alla Corte di indicazione di misure cautelari¹⁹.

Nei casi così caratterizzati, le difficoltà che già normalmente accompagnano l'istituto delle misure cautelari risultano ancor più accentuate. Per loro natura, le controversie impicanti l'uso della forza chiamano in causa, oltre alla funzione della Corte quale principale organo giudiziario delle Nazioni Unite, anche il ruolo che essa può svolgere nell'ambito del mantenimento della pace e sicurezza internazionali. Questo ruolo risulta critico quando, a fronte di un conflitto armato in atto, l'intervento cautelare della Corte si presenti come suppletivo rispetto all'azione mancante o tardiva degli organi politici dell'Organizzazione (in particolare, il Consiglio di sicurezza)²⁰. D'altronde, proprio in tali casi, è altrettanto acuta l'esigenza, fondamentale per il corretto svolgimento della funzione giudiziaria, di evitare che il procedimento incidentale in sede cautelare, con i relativi accertamenti sommari e

¹⁸ Cfr. C. GRAY, "The Use and Abuse of the International Court of Justice: Cases concerning the Use of Force after Nicaragua", in *European Journal of International Law* 2003, p. 867.

¹⁹ C. GRAY, cit., pp. 888-889.

²⁰ Cfr. C. GRAY, *op cit.*, pp. 889-892. In generale, sui rapporti tra Corte e Consiglio di sicurezza riguardo all'indicazione di misure cautelari, v. K. OELLERS-FRAHM, A. ZIMMERMANN, "Article 41", in *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, A. Zimmermann, C. Tams, K. Oellers Frahm, C. Tomuschat (eds.), 3rd ed., Oxford, 2019, p. 1136, pp. 1192-1195. Più recentemente sul tema, S. FORLATI, *Il ruolo della funzione giuridizaria nel conflitto armato in Ucraina: l'ordinanza della Corte internazionale di giustizia sulle misure cautelari*, in *Rivista di diritto internazionale* 2022, pp. 533-537.

preliminari, sia sfruttato dagli Stati ricorrenti quale espediente per eludere il principio consensuale alla base della giurisdizione contenziosa della Corte²¹.

Queste difficoltà trovano un riscontro in diversi segnali espressi nella giurisprudenza della CIG in materia cautelare. Nei vari casi, la Corte ha mostrato una particolare sensibilità per le devastazioni e le sofferenze umane causate da un conflitto armato. È così frequente trovare, in apertura alle ordinanze pronunciate in sede cautelare, formule con le quali la Corte si dichiara «acutely aware of the extent of the human tragedy that is taking place (...) and (...) deeply concerned about the continuing loss of human life and suffering»²², e correlativamente afferma di essere consapevole «of its own responsibilities in the maintenance of peace and security under the Charter and the Statute of the Court»²³. In alcuni casi limite, la Corte sembra aver inteso privilegiare il proprio potenziale contributo al contenimento di situazioni pericolose per il mantenimento della pace, attraverso l'indicazione di misure cautelari (quali la smilitarizzazione di zone controverse da parte di tutti i contendenti) dal contenuto più ampio di quanto richiesto dalle parti²⁴. D'altronde, nelle medesime ordinanze è altresì costante l'attenzione della Corte per il rispetto delle condizioni che circondano l'esercizio della propria giurisdizione contenziosa. Così, specialmente in casi ove la giurisdizione principale è derivata da clausole compromissorie incluse in trattati aventi ad oggetto materie astrattamente lontane da questioni di legalità dell'uso della forza, è dato ritrovare formule con le quali la Corte ricorda in via generale i limiti della propria competenza materiale nel caso di specie²⁵.

²¹ Cfr. B. BONAFÉ, "ICJ Jurisdiction in Incidental Proceedings", in *Rivista di diritto internazionale* 2021, p. 67, pp. 94-95.

²² Cfr. l'ordinanza *Ucraina c. Russia* (2022) cit., par. 17; per formule analoghe cfr. ad esempio *Legality of the Use of Force (Yugoslavia v. Belgium)*, ordinanza del 2 giugno 1999, in *I.C.J. Reports* 1999, p. 124, par. 16 (in seguito 'ordinanza *Iugoslavia c. Belgio* (1999)'); *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, ordinanza del 10 luglio 2002, in *I.C.J. Reports* 2002, p. 219, par. 54 (in seguito 'ordinanza *Congo c. Ruanda* (2002)'); *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, ordinanza del 19 aprile 2017, in *I.C.J. Reports* 2017, p. 104, par. 16 (in seguito 'ordinanza *Ucraina c. Russia* (2017)').

²³ Cfr. ordinanza *Iugoslavia c. Belgio* (1999) cit., par. 18; ordinanza *Congo c. Ruanda* (2002) cit., par. 55; e, con una lieve variazione nella formula, ordinanza *Ucraina c. Russia* (2022) cit., par. 18.

²⁴ Cfr. ad esempio *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*, ordinanza del 18 luglio 2011, in *I.C.J. Reports* 2011, p. 537, par. 55 (in seguito 'ordinanza *Cambogia c. Thailandia* (2011)'). Sull'ordinanza v. il commento di P. D'ARGENT, "Juge ou policier? Les mesures conservatoires dans l'affaire du Temple Préah Vihear" in *Annuaire Français de Droit International* 2011, p. 147, spec. pp. 161-163, il quale pone il quesito della natura dell'intervento della Corte nel caso di specie. Cfr. anche *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, ordinanza dell'8 marzo 2011, in *I.C.J. Reports* 2011, p. 6, par. 86.

²⁵ Così nel caso dell'ordinanza *Ucraina c. Russia* (2022) cit., par. 19: «The ongoing conflict between the parties has been addressed in the framework of several international institutions. The General Assembly of the United Nations adopted a resolution referring to many aspects of the con-

A ulteriore riscontro delle tensioni tra le diverse esigenze presenti nell'esercizio della giurisdizione cautelare in controversie accompagnate dall'uso della forza, vi sono le divisioni che talora emergono all'interno del collegio giudicante. Accanto a giudici i quali hanno sostenuto la necessità di valutare il requisito della giurisdizione in maniera più liberale in sede di indicazione di misure cautelari²⁶, si registrano le opposte voci critiche di giudici attenti a perorare la rigorosa osservanza dei presupposti per l'esercizio della competenza della Corte anche in tale sede²⁷.

È all'interno di queste tensioni che si iscrive anche il caso tra Sud Africa e Israele, pur con le peculiarità di cui diremo tra un momento.

3. Legittima difesa, misure cautelari 'sbilanciate' e il fantasma della giurisdizione materiale della Corte

L'introduzione dell'ordinanza del 26 gennaio 2024 fa puntuale riferimento all'ampia operazione militare lanciata da Israele a Gaza e alle sue conseguenze devastanti sulla popolazione e le infrastrutture civili. A fronte di questa operazione, la Corte si dichiara «acutely aware of the extent of the human tragedy that is unfolding in the region and is deeply concerned about the continuing loss of life and human suffering»²⁸. Tuttavia, nella parte introduttiva dell'ordinanza non compare l'espressione di preoccupazione (in altre occasioni utilizzata) circa le «very serious issues of international law» sollevate dall'uso della forza²⁹, che pure sarebbe risultata appropriata nella situazione concreta.

flict (...). The present case before the Court, however, is limited in scope, as Ukraine has instituted these proceedings only under the Genocide Convention» (corsivi aggiunti). Cfr. anche, per formule simili, ordinanza *Ucraina c. Russia* (2017) cit., par. 16; *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*, ordinanza del 7 dicembre 2021, in *I.C.J. Reports* 2021, p. 361, par. 13-14 (in seguito 'ordinanza *Armenia c. Azerbaijan* (2021)'); nonché *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*, ordinanza del 7 dicembre 2021, in *I.C.J. Reports* 2021, p. 405, par. 13-14 (in seguito 'ordinanza *Azerbaijan c. Armenia* (2021)').

²⁶ Cfr. ad esempio la dichiarazione del giudice Elaraby annessa all'ordinanza *Congo c. Ruanda* (2002) cit., in *I.C.J. Reports* 2002, pp. 260-262; nonché l'opinione dissenziente del giudice Weeramatry annessa all'ordinanza *Iugoslavia c. Belgio* (1999), in *I.C.J. Reports* 1999, p. 181 s., spec. p. 194.

²⁷ Cfr. ad esempio *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ordinanza del 1 luglio 2000, in *I.C.J. Reports* 2000, p. 111, la dichiarazione del giudice Oda, pp. 131-133; *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, ordinanza del 15 ottobre 2008, in *I.C.J. Reports* 2008, p. 353, pp. 400-406 l'opinione dissenziente congiunta dei giudici Al-Khasawneh, Ranjeva, Shi, Koroma, Tomka, Bennouna e Skotnikov; nonché l'opinione dissenziente della giudice Donoghue annessa all'ordinanza *Cambogia c. Thailandia* (2011) cit., pp. 613-624.

²⁸ Ordinanza *Sud Africa c. Israele* (2024) cit., par. 13,

²⁹ Cfr. ordinanza *Ucraina c. Russia* (2002) cit., par. 18: «The Court is profoundly concerned about the use of force by the Russian Federation in Ukraine, which raises very serious issues of international law»; ordinanza *Iugoslavia c. Belgio* (1999) cit., par. 17: «Whereas the Court is profoundly concerned with the use of force in Yugoslavia; whereas under the present circumstances such use raises very serious issues of international law». Analogamente, nell'ordinanza del 24 gennaio 2024 non

Nondimeno, sia pur in misura diversa, le parti al procedimento hanno riservato un certo rilievo alle questioni di *ius ad bellum* nel corso delle udienze dedicate alle osservazioni orali sulla richiesta di misure cautelari.

Tale rilievo è risultato tutto sommato limitato nelle *plaidoiries* del Sud Africa³⁰. Secondo lo Stato ricorrente, l'operazione militare israeliana a Gaza rilevarebbe in quanto causa di violazioni della Convenzione genocidio, circostanza di per sé sufficiente a motivare la richiesta di immediata sospensione dell'operazione stessa³¹. Sul punto specifico se l'uso della forza contro Gaza possa giustificarsi a titolo di legittima difesa, il Sud Africa ritiene che l'art. 51 della Carta non trovi applicazione nel caso di specie, essendo Gaza un territorio sotto continua occupazione israeliana³²; e che, in ogni caso, anche una reazione armata assunta a titolo di legittima difesa non valga a giustificare la violazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione genocidio³³.

Ben diverso spazio è riservato alle questioni di *ius ad bellum*, ed in particolare al tema della legittima difesa, nelle *plaidoiries* israeliane. Abbandonando la posizione non univoca tenuta nelle fasi iniziali della crisi³⁴, Israele nelle udienze di fronte alla Corte ha invocato apertamente la legittima difesa contro gli attacchi subiti il 7 ottobre 2023 come giustificazione per l'operazione armata a Gaza³⁵. L'impatto di questo argomento rispetto alla principale misura cautelare chiesta dal Sud Africa si sviluppa seguendo due diversi ordini di considerazioni. In primo luogo, Israele oppone che l'indicazione a titolo cautelare della sospensione

figura il richiamo – presente in analoghe circostanze – al ruolo che la Corte è chiamata a svolgere in tema di mantenimento della pace e sicurezza in base alla Carta e al proprio Statuto.

³⁰ La questione viene affrontata nel solo intervento dell'avvocato Lowe, in I.C.J., *Public Sitings held on Friday 11 January 2024 in the case concerning Application of the Genocide on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, doc. CR 2024/1, pp. 77-81, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240111-ora-01-00-bi.pdf (in seguito 'doc. CR 2024/1').

³¹ *Ibidem*, pp. 78-79, par. 20-22.

³² *Ibidem*, p. 80, par. 28-30: l'avvocato Lowe si riferisce sul punto alla ben nota pronuncia della Corte nel caso *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo del 9 luglio 2004, in *I.C.J. Reports* 2004, p. 136, par. 139.

³³ Cfr. doc. CR 2024/1 cit., pp. 80-81, par. 31-35.

³⁴ Cfr. in particolare State of Israel, Ministry of Foreign Affairs, " Hamas-Israel Conflict: Key Legal Aspects, updated to 2 November 2023", p. 1 e Annex 2, p. 7 disponibile al sito www.gov.il/en/departments/news/hamas-israel-conflict2023-key-legal-aspects. Sul punto si rinvia a M. ARCARI, "Quale legittima difesa dopo gli attentati del 7 ottobre 2024?" in *Rivista di diritto internazionale* 2024, p. 203 ss.

³⁵ Così, in termini generali il co-agente di Israele, Becker: «it is in response to the slaughter of 7 October (...) and to the ongoing attacks against it from Gaza, that Israel has the inherent right to take all legitimate measures to defend its citizens and secure the release of the hostages» (I.C.J., *Public Sitings held on Friday 12 January 2024 in the case concerning Application of the Genocide on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, doc. CR 2024/2, p. 16, par. 24, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240112-ora-01-00-bi.pdf (in seguito 'doc. CR/2024/2'); nello stesso senso l'avvocato Shaw, *ibidem*, p. 23, par. 5.

dell'operazione militare a Gaza equivarrebbe ad una compressione del proprio diritto di legittima difesa. Di conseguenza, tale misura andrebbe a pregiudizio dei diritti di una delle parti in causa e presenterebbe un carattere sbilanciato, in contrasto con quanto disposto dall'art. 41 dello Statuto CIG – secondo cui le misure cautelari indicate dalla Corte debbono essere preordinate a «preserve *the respective rights of either party*»³⁶. In secondo luogo, Israele sostiene che la misura cautelare richiesta sarebbe comunque ultronea rispetto alla tutela dei diritti in discussione di fronte alla Corte, che riguardano il rispetto della Convenzione Genocidio e non già le questioni di legalità dell'azione armata in corso³⁷. Per quanto apparentemente contraddittori, i due profili dell'argomentazione israeliana in realtà convergono nel chiamare in causa il tema della giurisdizione materiale della Corte nel caso di specie: non a caso, gli avvocati di Israele ricordano il precedente dell'ordinanza del 1993 nella controversia tra Bosnia e Serbia, ove la Corte aveva rifiutato di indicare misure volte alla sospensione delle attività militari e paramilitari contro la Bosnia in quanto riguardanti diritti non coperti dalla Convenzione genocidio, su cui il ricorso bosniaco era basato³⁸.

L'ordinanza non si dilunga sull'impatto delle argomentazioni sopra esposte. In effetti, l'inclusione della legittima difesa tra i diritti oggetto di contestazione, come tali meritevoli di tutela in sede cautelare, potrebbe prospettare l'ampliamento dell'ambito di giurisdizione materiale della Corte, che nell'ordinanza era già stata affermata, almeno *prima facie*, rispetto alle supposte violazioni della Convenzione genocidio. Un segnale dell'intenzione della Corte di non voler procedere in tal senso – e dunque di voler considerare escluse le questioni di *ius ad bellum* dal proprio ambito di competenza materiale – sembrerebbe rivelato da un paragrafo introduttivo dell'ordinanza, ove si puntualizzava che «[t]he scope of the present case submitted to the Court (...) is limited, as South Africa has instituted these proceedings under the Genocide Convention»³⁹.

³⁶ Così il co-agente di Israele, Becker, *ibidem*, p. 16, par. 25 e p. 17, par. 27; l'avvocato Shaw, p. 37, par. 58-60 e p. 40, par. 73; l'avvocato Staker, p. 55, par. 6 e pp. 57-63, par. 15-36.

³⁷ Cfr. in particolare l'avvocato Staker, *ibidem*, pp. 56-57, par. 9-12, il quale sottolinea in particolare la differenza con il precedente caso Ucraina c. Russia riguardante le violazioni allegate della Convenzione genocidio: «In the Russia case, suspension of military operations might have been necessary to preserve a right not to be subjected to military operations. But in this case, the right in issue is South Africa's claimed right to ensure the observance of the Genocide Convention. It is absurd to suggest that the only way to ensure observance of the Genocide Convention in a military operation is to prevent the military operation from being conducted at all (...). That goes beyond preventing genocide. (...) These provisional measures are not therefore within the Court's power under Article 41 of the Statute. They go well beyond anything required to preserve the specific right in issue, namely the observance of the Convention in military operations».

³⁸ Cfr. *ibidem*, avvocato Staker, p. 57, par. 13. Il riferimento è al precedente nel caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, ordinanza dell'8 aprile 1993, in *I.C.J. Reports 1993*, p. 3, par. 34-35.

³⁹ Ordinanza *Sud Africa c. Israele* (2024) cit., par. 14.

Del resto, una volta affermata la giurisdizione *prima facie* sul caso e la plausibilità dei diritti invocati dallo Stato ricorrente, la questione dovrebbe logicamente diventare quella di stabilire se le misure richieste siano o meno collegate alla tutela dei diritti oggetto di controversia ed esposti a rischio di pregiudizio, senza che sia necessario ritornare sul tema (già acquisito) della giurisdizione materiale. Significativamente, l'unico riferimento all'argomento israeliano relativo all'impatto della principale misura richiesta dal Sud Africa (la cessazione dell'operazione militare) rispetto a un diritto non coperto dalla Convenzione genocidio (la legittima difesa di Israele) si trova proprio nella parte dell'ordinanza relativa all'accertamento del *link* tra misure cautelari richieste e i diritti oggetto di contestazione⁴⁰. Ciò parrebbe suggerire che la tesi di Israele abbia avuto una qualche influenza sull'orientamento della Corte nella scelta delle misure pertinenti al caso di specie. Come vedremo, è proprio sotto questo profilo che il ragionamento della Corte rivela le maggiori ambiguità.

4. Il legame tra le misure cautelari e la protezione dei diritti in gioco

Tra le diverse precondizioni all'indicazione di misure cautelari individuate nella giurisprudenza della Corte, risulta ai fini attuali di particolare interesse l'accertamento del cosiddetto 'legame' (*link*) tra le misure cautelari richieste dalle parti e i diritti oggetto della controversia. Secondo la formula generale individuata dalla Corte in un'ordinanza del 2009, «a link must (...) be established between the *provisional measures requested* and *the rights which are the subject of the proceedings* before the Court as to the merits of the case»⁴¹.

In dottrina è stato osservato che la condizione in parola risulterebbe ridondante ai fini dell'affermazione del potere della Corte di indicare misure cautelari. Da un lato si è opposto che verificare se le misure cautelari richieste siano correlate ai diritti rivendicati non è operazione molto diversa dallo stabilire se la Corte sia dotata di una competenza *prima facie* a conoscere il merito della controversia⁴²

⁴⁰ *Ibidem*, par. 57: secondo Israele, «the measures requested go beyond what is necessary to protect rights on an interim basis and therefore *have no link* with the rights sought to be protected. The Respondent contends, inter alia, that granting the first and second measures sought by South Africa [i.e. the immediate suspension of military operations] would reverse the Court's case law, as those measures would be 'for the protection of a right that could not form the basis of a judgement in exercise of jurisdiction under the Genocide Convention'» (i corsivi sono aggiunti).

⁴¹ Cfr. *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, ordinanza del 28 maggio 2009, in *I.C.J. Reports* 2009, p. 139, par. 56 (corsivi aggiunti). Questa formulazione del *link* risulta diversa rispetto alla precedente definizione fornita nel caso *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (*Mexico v. United States of America*), ordinanza sulle misure cautelari, 16 luglio 2008, in *I.C.J. Reports* 2008, p. 311, par. 56, ove si stabiliva che «a link must therefore be established between the *alleged rights* the protection of which is the subject of the provisional measures being sought, and the *subject of the principal request* submitted to the Court» (corsivi aggiunti).

⁴² M. LANDO, "Provisional Measures and the Link Requirement", in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 2020, p. 177, pp. 184-187.

o se i diritti invocati dalle parti siano o meno plausibili e dunque meritevoli di protezione⁴³. D'altro lato, si è anche rilevato che un sindacato circa l'opportunità delle misure cautelari richieste dalle parti risulterebbe comunque superfluo, stante il potere della Corte in virtù dell'art. 75 del Regolamento di indicare *proprio motu* le misure cautelari ritenute più idonee alle circostanze del caso o di indicare misure in tutto o in parte diverse da quelle domandate⁴⁴.

In realtà, uno sguardo alla giurisprudenza pertinente rivela la tendenza della Corte a delineare una autonoma funzione per il requisito del *link* e i relativi accertamenti. È infatti possibile rinvenire casi in cui la Corte – molto sinteticamente ma altrettanto chiaramente – esprime in sede di valutazione del *link* anche un giudizio circa l'idoneità delle misure richieste ad assicurare la tutela dei diritti reclamati. Ciò è avvenuto ad esempio nel caso relativo al *Sequestro e detenzione di certi documenti e dati*, ove la Corte ha ritenuto, con riferimento alle richieste avanzate da Timor Est volte a inibire indebite interferenze dell'Australia nella gestione di documenti e comunicazioni riguardanti una procedura contenziosa, che

these measures *by their nature* are intended to protect Timor-Leste's claimed rights to conduct, without interference by Australia, arbitral proceedings and future negotiations, and to communicate freely with its legal advisers, counsel and lawyers to that end⁴⁵.

Altre volte, il ragionamento, pur nei limiti della sintesi tipica delle ordinanze pronunciate in sede cautelare, si fa più articolato e porta a selezionare, tra le diverse misure richieste dalle parti, quelle che risultano più pertinenti alla protezione dei diritti in gioco. Ciò è avvenuto nei casi paralleli che oppongono Armenia e Azerbaijan riguardo alla *Applicazione della Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*. Qui la Corte ha individuato, tra le diverse misure richieste dall'Armenia, quelle specificamente idonee alla tutela dei diritti considerati come plausibili alla stregua della Convenzione, consistenti nelle richieste all'Azerbaijan di trattare tutti i prigionieri di guerra e i detenuti civili catturati nel conflitto del 2020 in maniera conforme agli obblighi della Convenzione, di astenersi dall'espore persone di origine armena a manifestazioni di odio razziale e di proteggere, prevenire e punire la distruzione del patrimonio culturale armeno⁴⁶; tra le richieste dall'Azerbaijan, la Corte ha ritenuto invece pertinente *una* specifica misura, consistente nell'impegno dell'Armenia ad adottare tutte le misure necessarie per prevenire l'incitamento e la promozione dell'odio razziale contro cittadini azeri da parte di organizzazioni e privati situati in territorio armeno⁴⁷. Il valore di questi passaggi logici non è sminuito dalla pras-

⁴³ *Ibidem*, pp. 187-189.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 193-195.

⁴⁵ Cfr. *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, ordinanza del 3 marzo 2014, in *I.C.J. Reports* 2014, p. 147, par. 30 (in seguito 'ordinanza *Timor Est-Australia* (2014)' – il corsivo è aggiunto).

⁴⁶ Cfr. ordinanza *Armenia c. Azerbaijan* (2021) cit., par. 67.

⁴⁷ Cfr. ordinanza *Azerbaijan c. Armenia* (2021) cit., par. 57.

si della Corte di far leva, nella parte finale delle ordinanze rilevanti, sul potere derivante dall'art. 75, par. 2, del Regolamento di indicare misure in tutto o in parte diverse da quelle richieste delle parti. Anche se ciò avviene ormai di regola, è frequente che le misure indicate in via conclusiva dalla Corte si discostino nella formulazione, ma assai raramente nella sostanza, da quelle richieste dalle parti e ritenute rilevanti dalla Corte in sede di valutazione del requisito del *link*⁴⁸.

Quanto detto dovrebbe suggerire che l'accertamento relativo alla sussistenza del *link* integra un passaggio importante del procedimento logico che conduce la Corte a selezionare le misure cautelari più appropriate a garantire, *pendente lite*, la tutela dei diritti oggetto della controversia. Se ciò è vero, occorre osservare che l'ordinanza del 26 gennaio 2024 rappresenta un passo indietro rispetto alla tendenza segnalata. In effetti, il punto dell'esistenza di un legame tra le misure cautelari domandate e i diritti plausibili di cui è chiesta la protezione viene risolto assai sbrigativamente. L'ordinanza si limita infatti a considerare che «by their very nature, at least some of the provisional measures sought by South Africa are aimed at preserving the plausible right it asserts on the basis of the Genocide Convention»⁴⁹. Ma se i diritti plausibili sono chiaramente individuati («namely the right of the Palestinians in Gaza to be protected from acts of genocide (...), and the right of South Africa to seek Israel's compliance with the latter's obligation under the Convention») nulla è invece spiegato sulle ragioni per le quali *alcune soltanto* tra le misure domandate sono pertinenti. Il ragionamento si conclude in maniera piuttosto circolare, con l'affermazione «[t]herefore, a link exists between the rights claimed by South Africa that the Court has found to be plausible, and at least some of the provisional measures requested»⁵⁰.

L'unico dato certo che si può ricavare sul punto deriva dalla lettura della parte conclusiva dell'ordinanza, ove la Corte evoca il proprio potere di indicare «measures that are, in whole or in part, other than those requested»⁵¹, e dal dispositivo della stessa, ove le misure adottate si trovano puntualmente elencate⁵². Dal fatto che in tale elenco manchi la specifica, ma principale, misura richiesta dal Sud Africa, relativa alla cessazione dell'operazione militare israeliana, si potrebbe dedurre che la stessa è stata ritenuta non sufficientemente collegata alla tutela dei diritti plausibili in causa. Ciò suona però piuttosto strano, se si pensa che un precedente passaggio dell'ordinanza (ma, in fin dei conti, la complessiva ricostruzione fattuale in essa operata depone nel medesimo senso) aveva evidenziato come proprio l'operazione militare in corso fosse causa delle conseguenze

⁴⁸ Così, ad esempio, nell'ordinanza *Timor Est-Australia* (2014) cit. le due misure cautelari indicate dalla Corte si prestano a coprire in via complessiva le cinque dettagliate misure richieste da Timor Est (cfr. par. 55 e 56); nell'ordinanza *Armenia c. Azerbaijan* (2021) cit., le prime tre misure indicate dalla Corte coprono e sintetizzano la sostanza di quanto figurava nei punti da secondo a quinto dell'elenco delle richieste dell'Armenia (cfr. par. 98 e 5).

⁴⁹ Cfr. ordinanza *Sud Africa c. Israele* (2024) cit., par. 59 (corsivo aggiunto).

⁵⁰ *Ibidem* (corsivo aggiunto).

⁵¹ *Ibidem*, par. 76.

⁵² *Ibidem*, par. 86.

(uccisioni, danneggiamenti e distruzioni di case, scuole e strutture sanitarie, dislocazioni su scala massiccia di popolazione) che contribuivano a rendere plausibili le rivendicazioni sudafricane concernenti le violazioni della Convenzione genocidio⁵³. È piuttosto evidente che proprio questi passaggi non spiegati contribuiscono a legittimare le critiche di «incoerenza» nel ragionamento della Corte di cui si è dato conto in apertura⁵⁴.

5. Conclusione

Due sono le considerazioni che in via conclusiva possono trarsi da quanto fin qui osservato. Una prima considerazione riguarda il generale impianto logico-argomentativo messo a punto dalla CIG nel corso della sua giurisprudenza in materia cautelare. Specialmente dopo la sentenza di merito del 2001 nel caso *LaGrand* che ne ha definitivamente chiarito la portata vincolante⁵⁵, la Corte ha avuto cura di individuare con precisione i requisiti indispensabili per l'indicazione di misure cautelari. È attualmente disponibile un elenco di quattro condizioni fondamentali (giurisdizione *prima facie*; plausibilità dei diritti invocati; legame tra misure richieste e diritti oggetto di controversia; rischio di pregiudizio irreparabile e urgenza) la cui sussistenza viene valutata dalla Corte in rigorosa successione in relazione a ciascun singolo caso. Se lo schema logico così consolidato ha apportato un contributo alla chiarezza espositiva delle ordinanze in materia cautelare, non altrettanto pare potersi dire per i percorsi argomentativi sviluppati dalla Corte in relazione all'apprezzamento di ciascuna condizione. L'estrema sintesi di alcuni passaggi valutativi può talora generare dubbi circa la precisa portata della condizione in discussione e confondere il confine esistente tra una e l'altra categoria. Nel caso esaminato, l'impressione che soprattutto in sede di valutazione del requisito del *link* tornino alcune delle questioni relative all'estensione della giurisdizione materiale della Corte è più che legittima. Ancora, il silenzio della Corte circa le ragioni per la scelta (o il rifiuto) di indicare alcune tra le misure cautelari richieste in luogo di altre può contribuire ad alimentare diverse e contraddittorie interpretazioni circa la complessiva portata dell'ordinanza adottata. Ne è riprova il fatto che, nel nostro caso, mentre il Sud Africa è tornato a chieder-

⁵³ *Ibidem*, par. 70: «The Court considers that the civilian population in the Gaza Strip remains extremely vulnerable. It recalls that the military operation conducted by Israel after 7 October 2023 has resulted, inter alia, in tens of thousands of deaths and injuries and the destruction of homes, schools, medical facilities and other vital infrastructure, as well as displacement on a massive scale (...). The Court notes that the operation is ongoing and that the Prime Minister of Israel announced on 18 January 2024 that the war “will take many more long months”. At present, many Palestinians in the Gaza Strip have no access to the most basic foodstuffs, potable water, electricity, essential medicines or heating».

⁵⁴ Cfr. *supra*, nota 13 e testo relativo.

⁵⁵ Cfr. *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, sentenza del 27 giugno 2001, in *I.C.J. Reports* 2001, p. 466, par. 109-110.

re la cessazione delle operazioni militari contro Gaza⁵⁶, misura su cui l'ordinanza del 24 gennaio 2024 non si era pronunciata espressamente, Israele ritiene all'opposto che la stessa ordinanza sancisca un netto rifiuto da parte della Corte di porre limiti all'azione difensiva dello Stato convenuto⁵⁷. Insomma, sul punto pare pertinente l'osservazione formulata dal giudice Gaja in margine all'ordinanza sulle misure cautelari nel caso sulle *Immunità e procedimenti penali*:

Over the years the Court has increased the transparency of its deliberations. In its judgments, the Court records in the operative part (*dispositif*) all the main decisions, whether it accepts or rejects the requests of the Parties. (...) However, when it comes to orders on provisional measures, transparency is still wanting. The Court states in the *dispositif* the decisions which grant, possibly in a modified form, the requests of one of the Parties, but, when it indicates some measures, it does not record in the operative part the rejection of other requests⁵⁸.

Una seconda considerazione, collegata alla precedente, riguarda la portata e la funzione che la giurisdizione cautelare della Corte e le relative misure sono chiamate a svolgere. Si è già rilevato in termini generali che, in controversie coinvolgenti l'uso della forza, la valutazione in sede cautelare dei presupposti di procedibilità si presenta particolarmente delicata⁵⁹. Nel caso esaminato, tali profili risultano ancor più complessi poiché, tra le questioni di *ius ad bellum* evocate, figura l'esercizio di un diritto (la legittima difesa) presentato come vitale dallo Stato convenuto. A complicar ancor più il quadro, vi è poi l'evidente asimmetria, conseguente alla natura *erga omnes* dei diritti fatti valere dal ricorrente, che esiste tra le parti coinvolte nel processo di fronte alla Corte e le parti al conflitto armato in corso a Gaza⁶⁰. Alla luce di ciò, può risultare comprensibile l'estrema circospezione della Corte nell'apprezzamento dei confini della propria competenza materiale.

D'altra parte, questi fattori non debbono oscurare il fondamento autonomo della giurisdizione incidentale in sede cautelare, che trova un riscontro nell'art. 41 dello Statuto della Corte e nel più volte evocato potere della Corte di indicare

⁵⁶ Cfr. *supra*, nota 16.

⁵⁷ Cfr. la replica di Israele alla richiesta sudafricana di indicazione di misure cautelari addizionali del 6 marzo 2024, cit. *supra*, nota 15, in particolare par. 2: «The [29 December 2023 South Africa's] Application contained a request for the Court to indicate nine provisional measures, the most extreme of which constituted a legally and morally untenable attempt to prevent Israel from exercising its inherent right to defend itself (...). On 26 January 2024 (...) the Court issued its Order on provisional measures (...) in which it declined to indicate the excessive measures that South Africa had requested (...).» La medesima conclusione è stata sostenuta dal rappresentante di Israele di fronte al Consiglio di Sicurezza: cfr. U.N. Doc. S/PV.9552 del 20 febbraio 2024, pp. 15-16: «There is a reason that the International Court of Justice unanimously and rightly rejected South Africa's attempt to undermine Israel's right to defend itself by calling for a ceasefire».

⁵⁸ Cfr. *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, ordinanza del 7 dicembre 2016, in *I.C.J. Reports* 2016, p. 1148, dichiarazione del giudice Gaja, p. 1175.

⁵⁹ Cfr. *supra*, sezione 2.

⁶⁰ Su tale asimmetria ha insistito ancora una volta Israele nella sua replica alla richiesta sudafricana di indicazione di misure cautelari addizionali del 6 marzo 2024, cit. *supra*, nota 15, par. 63-67.

misure ritenute appropriate alle circostanze o eventualmente diverse da quelle chieste dalle parti⁶¹. In ultima analisi, le misure cautelari sono chiamate a rispondere, oltre che alla protezione di interessi di natura ‘privata’ relativi alla tutela *pro tempore* dei diritti delle parti in causa, anche a interessi di natura ‘pubblica’, concernenti l’integrità della funzione giurisdizionale della Corte e l’utile esercizio della stessa⁶². Ciò dovrebbe giustificare il potere inerente della Corte di incidere, tramite l’indicazione di misure cautelari di propria scelta, su tutte le circostanze fattuali ritenute idonee a pregiudicare i diritti in causa e a compromettere la possibilità di portare a compimento il processo.

Non si può negare che nel caso di specie la Corte abbia avuto presente anche questa specifica funzione associata alle misure cautelari. Ciò è vero se si pone mente all’ingiunzione rivolta ad Israele nell’ordinanza del 24 gennaio 2024 concernente l’adozione di misure immediate ed efficaci per la fornitura di servizi di base e assistenza umanitaria ai palestinesi a Gaza⁶³; oppure al monito contenuto nel comunicato stampa del 16 febbraio 2024, ove la Corte, pur senza modificare le misure già pronunciate, richiama Israele ai propri obblighi derivanti dalla Convenzione genocidio e dalla precedente ordinanza, «including by ensuring the safety and security of the Palestinians in the Gaza Strip»⁶⁴. È facile notare come simili indicazioni riguardino l’osservanza di obblighi di diritto internazionale umanitario che, a rigore, fuoriescono dallo stretto ambito di applicazione materiale della Convenzione genocidio cui il caso è ancorato. Allo stesso tempo, le medesime indicazioni finiscono col toccare più gli effetti che non le cause delle possibili violazioni alla Convenzione genocidio portate all’attenzione della Corte.

In definitiva, è difficile evitare l’impressione che, complessivamente, un atteggiamento di estrema prudenza della Corte abbia prevalso nella definizione delle misure cautelari indicate con l’ordinanza in commento. Tale atteggiamento ha verosimilmente consentito il raggiungimento di una decisione condivisa dalla larga maggioranza del collegio giudicante⁶⁵. Tale esito, data la complessità delle questioni in gioco era lungi dall’esser scontato, ed è stato giustamente sottolineato dai commentatori⁶⁶. Ma, a fronte di un esito formale condiviso, rimane il dato oggettivo di misure cautelari dal contenuto assai generico e, correlativamente, resta alto il rischio di una loro sostanziale inefficacia.

⁶¹ Sul fondamento autonomo della giurisdizione incidentale della Corte cfr. B. BONAFÉ, cit., pp. 69-71.

⁶² Cfr. L. MAROTTI, ««Plausibilità» dei diritti e autonomia del regime di responsabilità nella recente giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia in tema di misure cautelari», in *Rivista di diritto internazionale* 2014, pp. 786.

⁶³ Cfr. ordinanza *Sud Africa-Israele* (2024) cit., par. 86, punto 4.

⁶⁴ Cfr. ICJ Press Release No. 2024/16 cit.

⁶⁵ Cfr. *supra*, nota 3.

⁶⁶ Cfr. M. MILANOVIC, cit.; N. KRISCH, cit.

6. *Post scriptum*: Le misure cautelari indicate nell'ordinanza del 28 marzo 2024.

Dopo la chiusura del commento, il 28 marzo 2024 la CIG ha pronunciato l'ordinanza (comunicata alle parti senza previa audizione orale) riguardante la richiesta di modifica di misure cautelari presentata dal Sud Africa il 6 marzo⁶⁷. La Corte ha ritenuto che il deterioramento delle condizioni umanitarie a Gaza, aggravate dall'incombente rischio di carestia per la popolazione civile palestinese, rappresenti una modifica della situazione esistente rispetto alla precedente ordinanza e sia tale da giustificare la modifica delle misure cautelari già pronunciate⁶⁸. Nella sostanza, oltre a riaffermare le misure indicate nell'ordinanza del 26 gennaio, la Corte ha indicato due misure cautelari aggiuntive, che rispettivamente giungono ad Israele: *a*) di prendere le misure per assicurare, senza ritardo e in cooperazione con le Nazioni Unite, l'arrivo di tutti gli aiuti umanitari indispensabili ai palestinesi di Gaza, in particolare attraverso l'aumento del numero e della capacità dei valichi di frontiera; *b*) di assicurare che il proprio esercito non commetta atti che costituiscano una violazione dei diritti dei palestinesi in quanto gruppo protetto dalla Convenzione genocidio, in particolare attraverso azioni che possano impedire la distribuzione della necessaria assistenza umanitaria⁶⁹.

L'ordinanza non si sofferma sul mancato riscontro alla richiesta sudafricana di cessazione delle operazioni militari israeliane a Gaza. Nonostante il dispositivo sia stato adottato con voto pressoché unanime⁷⁰, le dichiarazioni e opinioni allegare da alcuni giudici rivelano una notevole diversità di vedute proprio riguardo a questo aspetto. Così, il giudice Yusuf ha sottolineato che il solo modo per Israele di adempiere ai propri obblighi derivanti dalla Convenzione genocidio è sospendere immediatamente l'operazione militare, e precisato che «[i]t is with such an objective in mind that the Court has indicated the second measure in the present Order ...»⁷¹. I giudici Xue, Brant, Gómez Robledo e Tladi hanno espresso rincrescimento per il fatto che la seconda misura indicata nel dispositivo «does not di-

⁶⁷ Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa c. Israel). Request for the modification of the Order of 26 January 2024 indicating provisional measures*, ordinanza del 28 marzo 2024, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-00-en.pdf.

⁶⁸ Cfr. *ibidem*, par. 15-23.

⁶⁹ Cfr. *ibidem*, par. 51, il punto 1, riguardante la conferma delle misure indicate nella precedente ordinanza del 26 gennaio 2024, adottato dalla Corte con quattordici voti a favore e due contrari (la giudice Sebutinde e il giudice *ad hoc* Barak); il punto 2*a*), riguardante l'ingiunzione ad Israele di adottare misure per l'accesso agli aiuti umanitari a Gaza, adottato all'unanimità; nonché il punto 2*b*), riguardante l'ingiunzione a Israele di vegliare a che le proprie forze armate non commettano atti in violazione dei diritti dei palestinesi in quanto gruppo protetto dalla Convenzione genocidio, adottato con quindici voti a favore e uno contrario (il giudice *ad hoc* Barak). Oltre a ciò, la Corte decide che Israele presenti alla Corte, entro un mese dalla pronuncia dell'ordinanza, un rapporto riguardante le misure prese per l'esecuzione della stessa: cfr. *ibidem* il punto 3, adottato con quindici voti favorevoli e uno contrario (il giudice *ad hoc* Barak).

⁷⁰ Cfr. nota 69.

⁷¹ Cfr. dichiarazione del giudice Yusuf, par. 10, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-02-en.pdf.

rectly and explicitly order Israel to suspend its military operations for the purpose of addressing the current catastrophic humanitarian situation in Gaza»⁷². Nella stessa ottica, la giudice Charlesworth ha lamentato il carattere ‘ellittico’ della misura indicata al punto 2 *b*) del dispositivo, «[which is] drafted in such opaque terms that it fails to provide clear guidance to the Parties»⁷³.

Se questi sono gli orientamenti di alcuni dei suoi giudici, c’è da chiedersi perché la Corte non sia stata più esplicita sul punto della cessazione dell’operazione militare israeliana. Un’ipotesi di risposta si può trovare in un paragrafo dell’ordinanza del 28 marzo, ove la Corte prende nota della risoluzione 2728 (2024) adottata dal Consiglio di Sicurezza il precedente 25 marzo, «which “[d]emand[ed] an immediate ceasefire for the month of Ramadan respected by all parties leading to a lasting sustainable ceasefire”»⁷⁴. Che la Corte abbia riservato un qualche rilievo a tale recente sviluppo della crisi a Gaza si desume anche da un passo della dichiarazione del Presidente Salam, esplicito nel sottolineare come il pieno rispetto della risoluzione del 2728 (2024) del Consiglio di Sicurezza rappresenti una condizione essenziale per dare attuazione alle misure indicate dalla Corte⁷⁵.

La presa in considerazione da parte della Corte dell’iniziativa del Consiglio di Sicurezza rappresenta un tributo al principio della divisione dei ruoli tra i due organi principali delle Nazioni Unite ed alla complementarietà della loro azione in questioni attinenti al mantenimento della pace e sicurezza⁷⁶. Tuttavia, se si tiene conto dell’effetto vincolante associato alle ordinanze sulle misure cautelari, nel caso di specie un’esplicita ingiunzione della Corte circa la cessazione delle operazioni militari avrebbe contribuito a rafforzare la risoluzione del Consiglio, il cui valore obbligatorio resta invece assai incerto.

In ultima analisi, come prospettato nella dichiarazione del giudice Nolte, l’ordinanza del 28 marzo 2024 lascia l’impressione che le misure da essa disposte siano meramente ripetitive di quelle già indicate nella precedente decisione del 26 gennaio⁷⁷. Di nuovo, siamo di fronte al rischio che una formulazione prudente e un ragionamento di fondo non sempre esplicito portino come esito una sostanziale inefficacia delle misure indicate dalla Corte.

⁷² Cfr. dichiarazione congiunta dei giudici Xue, Brant, Gómez Robledo, Tladi, par. 1, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-03-en.pdf.

⁷³ Cfr. la dichiarazione della giudice Charlesworth, par. 1 e 7, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-05-en.pdf.

⁷⁴ Ordinanza del 28 marzo 2024, cit., par. 37.

⁷⁵ Cfr. la dichiarazione del Presidente Salam, p. 2, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-01-en.pdf.

⁷⁶ Cfr. sul punto, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility*, sentenza del 26 novembre 1984, in *I.C.J. Reports* 1984, p. 392, par. 95.

⁷⁷ Cfr. la dichiarazione del giudice Nolte, par. 5, disponibile al sito www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240328-ord-01-04-en.pdf.

ABSTRACT. Which Provisional Measures by the International Court of Justice in the *South Africa v. Israel* Case?

The Order on provisional measures by the International Court of Justice in the case *South Africa v. Israel*, dealing with violations of the Genocide Convention, does not rule on the key issue of the suspension of the Israeli military operation launched in Gaza after the terrorist attacks of 7 October 2023. The paper considers the impact that *ius ad bellum* issues involved in the case may have had on the selection of provisional measures actually indicated by the Court. It seeks to highlight some inconsistencies in the Court's overall reasoning in this regard, focusing in particular on the issue of the link between the provisional measures requested and the protection of the rights at stake.

Keywords: International Court of Justice; jurisdiction; provisional measures; genocide convention; use of force; self-defence.