

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA**



**L'OPINIONE CONSULTIVA DELLA CORTE
INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA
SULLE CONSEGUENZE GIURIDICHE
DELLA COSTRUZIONE DI UN MURO
NEI TERRITORI PALESTINESI OCCUPATI**

**Relatore:
Prof. Alessandro Fodella**

**Laureanda:
Giulia Giacomuzzi**

Parole chiave:
Occupazione bellica – Territori palestinesi occupati – Corte Internazionale di Giustizia –
Giurisdizione consultiva – Autodeterminazione

Anno Accademico 2004/2005

INTRODUZIONE.....	4
PARTE PRIMA.....	6
IL “MURO”	6
Capitolo Primo: La costruzione di una barriera nei Territori palestinesi occupati: i fatti rilevanti.	6
1.1. <i>Premessa terminologica.</i>	6
1.2 <i>La decisione di costruire una barriera nei Territori palestinesi occupati.</i>	7
1.3 <i>Le fasi di costruzione.</i>	9
1.4 <i>Il collocamento e le caratteristiche della barriera.</i>	11
1.5 <i>La posizione del governo israeliano.</i>	14
1.6 <i>La richiesta da parte dell’Assemblea Generale di un’opinione consultiva alla Corte Internazionale di Giustizia.</i>	16
1.7 <i>Le posizioni degli Stati intervenienti.....</i>	18
PARTE SECONDA	23
L’OPINIONE CONSULTIVA DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA.....	23
Capitolo Secondo - Le questioni attinenti all’esercizio della giurisdizione da parte della Corte Internazionale di Giustizia.	23
2.1 L’esercizio della funzione giurisdizionale	23
2.1.1 <i>La competenza dell’Assemblea Generale nel richiedere un’opinione consultiva alla Corte Internazionale di Giustizia.</i>	23
2.1.2 <i>Il riparto di competenze tra Assemblea Generale e Consiglio di Sicurezza nel rivolgersi alla Corte Internazionale di Giustizia.</i>	25
2.1.3 <i>La facoltà di richiedere un’opinione consultiva alla Corte da parte della 10° Riunione Straordinaria d’Urgenza dell’Assemblea Generale.</i>	29
2.1.4 <i>La composizione della Corte Internazionale di Giustizia.</i>	34
2.1.5 <i>L’attività consultiva della Corte Internazionale di Giustizia</i>	36
2.1.6 <i>Il potere discrezionale della Corte Internazionale di Giustizia nel rendere un parere.</i>	39
2.1.7 <i>Gli argomenti suggeriti per indurre la Corte Internazionale di Giustizia a fare uso del suo potere discrezionale nell’attività consultiva.</i>	42
Capitolo Terzo - Le questioni sostanziali: la costruzione della barriera alla luce del diritto internazionale.....	50
3.1. Premessa.....	50
3.2. Lo status dei Territori palestinesi occupati nel diritto internazionale	50
3.3 La barriera e il diritto internazionale umanitario	51
3.3.1 <i>La disciplina dell’occupazione bellica nei Territori palestinesi occupati.....</i>	51
3.3.2 <i>Il quadro normativo di riferimento.</i>	60

3.3.3. <i>Le violazioni del diritto internazionale umanitario derivanti dalla costruzione e dal collocamento della barriera.</i>	66
3.3.4 <i>La necessità militare come giustificazione per le violazioni del diritto umanitario.</i>	85
3.4 La barriera, i Patti delle Nazioni Unite per i diritti umani e la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia	97
3.4.1 <i>L'ambito di applicazione e applicabilità dei Patti per i diritti umani e della Convenzione sui diritti dell'infanzia nei Territori palestinesi occupati.</i>	97
3.4.2 <i>Le violazioni dei Patti per i diritti umani e della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia derivanti dalla costruzione e dal collocamento della barriera.</i>	113
3.5 La costruzione della barriera alla luce del diritto alla legittima difesa	136
3.5.1 <i>Il concetto di legittima difesa nel diritto internazionale: caratteristiche e presupposti.</i> 136	
3.5.2 <i>L'ammissibilità del ricorso alla legittima difesa come causa di giustificazione per l'edificazione della barriera nei Territori palestinesi occupati.</i>	148
3.5.3 <i>La costruzione della barriera alla luce della causa di giustificazione dello stato di necessità.</i>	163
3.6 La barriera e il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese	165
3.6.1 <i>L'ambito di applicazione e la portata del diritto all'autodeterminazione.</i>	165
3.6.2 <i>La compromissione del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese in forza della costruzione della barriera.</i>	174
 Capitolo Quarto - Le responsabilità dei soggetti coinvolti così come individuate dalla Corte	190
4.1 <i>I soggetti ritenuti responsabili.</i>	190
4.2 <i>Le obbligazioni erga omnes.</i>	192
4.3 <i>L'obbligo di assicurare il rispetto della Convenzione di Ginevra.</i>	207
 CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	213
 ALLEGATI	1
 BIBLIOGRAFIA	228

INTRODUZIONE

Il vortice di violenza del conflitto arabo-israeliano interessa la zona medio-orientale da più di mezzo secolo e costituisce un forte fattore destabilizzante per l'intero sistema delle relazioni internazionali. La gestione della situazione, indirizzata al superamento delle divergenze e all'ottenimento di un accordo, fu assunta dalle Nazioni Unite e dalla comunità internazionale e attraverso questi due canali furono conclusi numerosi accordi di pace. Il tavolo dei negoziati è però ancora aperto dal momento che nessuno strumento adottato fino ad ora sembra aver sortito effetti risolutivi. Spesso si è lamentata una carenza di giuridicità all'interno del quadro delle iniziative intraprese per la risoluzione della "Questione palestinese", essendo queste ultime in prevalenza costituite da trattative tra israeliani e palestinesi attuate con la mediazione di uno o più Stati terzi, ove i rapporti di forza e le dinamiche della politica prevalgono, lasciando i principi della legalità giuridica nella penombra. Indubbiamente questa mancanza era incontrovertibile, almeno fino al 9 luglio 2004, quando per la prima volta la Corte Internazionale di Giustizia si pronunciò sul tema. La pronuncia della Corte di Giustizia, nella forma di un'opinione consultiva, concerne le conseguenze giuridiche derivanti dalla costruzione di un muro da parte di Israele, nei Territori palestinesi occupati e sicuramente rappresenta un elemento che, almeno in parte, può colmare il vuoto giuridico nella conduzione dei negoziati di pace. In particolare, per gli innumerevoli e rilevanti aspetti di diritto internazionale affrontati dalla Corte nell'opinione e per l'ampio accordo manifestato dai giudici, tra cui solo uno manifestò il suo dissenso, questo parere è sicuramente destinato ad essere annoverato tra i *leading cases* della giurisprudenza internazionale. Nel seguente lavoro si esamineranno gli elementi giuridici emersi dal Parere, premettendo una breve analisi dei fatti attinenti la costruzione della barriera e la richiesta del parere effettuata dall'Assemblea Generale. Chiarite le caratteristiche fisiche della barriera ed il percorso che portò la richiesta di parere di fronte alla Corte, si passerà ad analizzare una serie di questioni procedurali concernenti il ruolo dell'Assemblea Generale e del Consiglio di Sicurezza nei loro rapporti con la Corte di Giustizia e la sussistenza o meno di ragioni che possano portare la Corte a fare uso di un potere discrezionale nel rendere il Parere richiestole. Nel fare ciò si prenderanno in esame le posizioni dei diversi Stati, presentate nei *Written Statements* sottoposti all'attenzione della Corte, e le opinioni espresse dai giudici del collegio giudicante, tra cui in particolar modo quella dissenziente del giudice Buergenthal concernente principalmente il

presunto dovere della Corte di astenersi dal rendere il Parere. Accertata la competenza della Corte e analizzati gli argomenti a sostegno di una sua pronuncia, si passerà ad esaminare le statuizioni riguardanti il merito della questione. Seguendo l'argomentare della Corte si procederà preliminarmente alla chiarificazione dello *status* dei Territori palestinesi occupati e della disciplina umanitaria ad essi applicabile, con particolare riguardo alla tematica della necessità militare invocata da Israele per giustificare alcune delle violazioni riscontrate dalla Corte. Verificata l'applicabilità del diritto internazionale umanitario di fonte pattizia e consuetudinaria, si procederà ad esaminare la materia dei diritti umani ed in particolare, l'applicabilità degli strumenti in materia (principalmente i Patti sui diritti umani del 1966 e la Convenzione sui diritti dell'infanzia) contestualmente al diritto umanitario. In secondo luogo, si analizzeranno le violazioni degli strumenti in tema di diritti umani applicabili derivanti dalla costruzione della barriera. Si procederà quindi ad esaminare se la costruzione della barriera possa essere ricondotta all'esercizio del diritto alla legittima difesa (nell'ambito dello *ius ad bellum*) ed in esso trovare giustificazione. Tale aspetto, fortemente sostenuto dal governo israeliano, verrà analizzato con particolare riguardo alle dinamiche terroristiche palestinesi e alla loro relazione, rispettivamente, con lo *status* di Territori occupati, cui risulta applicabile la disciplina dello *ius in bello*, e con le recenti evoluzioni rappresentate dalle risoluzioni adottate dal Consiglio di Sicurezza, a seguito degli avvenimenti dell'11 settembre 2001. Infine si esaminerà il rapporto tra la barriera ed uno dei diritti garantiti dai Patti sui diritti umani e dal diritto consuetudinario, il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese. Da questo punto di vista si analizzerà come la costruzione della barriera possa interferire con l'esercizio di tale diritto, ampiamente riconosciuto a livello internazionale al popolo palestinese.

Dopo aver discusso le conclusioni della Corte, in particolare sotto il profilo della responsabilità internazionale degli Stati e delle Organizzazioni internazionali, alcune considerazioni finali tratteranno una valutazione complessiva del Parere e dei suoi possibili effetti.

PARTE PRIMA

IL “MURO”

Capitolo Primo: La costruzione di una barriera nei Territori palestinesi occupati: i fatti rilevanti.

1.1. Premessa terminologica.

Un primo aspetto che pare opportuno esaminare con riferimento alle vicende che hanno portato alla costruzione di una barriera nei Territori palestinesi occupati riguarda una questione puramente terminologica che, però, risulta di notevole rilievo al fine di comprendere appieno le statuizioni della Corte.

L'Assemblea Generale nella sua richiesta di un'opinione consultiva alla Corte Internazionale di Giustizia utilizza il termine “muro”, mentre Israele fa sempre riferimento ad una “recinzione difensiva”. Il Rapporto del Segretariato Generale delle Nazioni Unite utilizza il termine “barriera”. Ci si trova quindi, di fronte all'impiego di tre differenti termini per descrivere la medesima struttura. Ciò in altri contesti, denoterebbe semplicemente un'apprezzabile varietà di linguaggio, qui invece assume una certa rilevanza in quanto riflette l'assunzione di atteggiamenti differenti associati alle tre parole utilizzate. La definizione “muro” pare la meno appropriata. Il termine è dotato di un forte potenziale simbolico, che rievoca vicende storiche talmente dolorose che il governo israeliano preferisce optare per una locuzione che sottolinei lo scopo per cui sta erigendo tale costruzione¹. Considerazioni di carattere culturale, legate a ciò che nell'immaginario collettivo viene richiamato alla mente utilizzando il termine *muro* rendono l'impiego di tale parola fuorviante rispetto a ciò in cui si concreta. Come il Segretariato Generale nota nel suo rapporto, la costruzione è un insieme di recinzioni, muri, fossati e barriere in Cisgiordania², ed è perciò una costruzione ben più complessa e che non si esaurisce unicamente in un muro. Per tale motivo e per

¹ Per articoli che documentano la costruzione della barriera vedi: <http://www.palestinereport.org/issue.php?issueid=8&no=121>, <http://unimondo.oneworld.net/article/view/117833/1> (ultima visita 22/09/05).

² RAPPORTO DEL SEGRETARIO GENERALE, UN Doc. A/ES-10/248, p. 3.

ragioni di correttezza, poiché in realtà vi sono solo alcune parti della costruzione corrispondenti ad un muro, nel corso del presente lavoro si adotterà il termine barriera.

1.2 La decisione di costruire una barriera nei Territori palestinesi occupati.³

La volontà di costruire una barriera che separi Cisgiordania e Israele, nella striscia di terra che corre lungo la *Green Line*⁴, chiamata *Seam Area*⁵ in modo da limitare il passaggio incontrollato di palestinesi, è emersa nell'ambito del governo israeliano più volte e sotto diverse forme nel corso degli ultimi anni. Già nel 1996 il governo decise di istituire dei *checkpoints* lungo la *Seam Area*, che sarebbero divenuti l'unico passaggio utilizzabile dai palestinesi per entrare in Israele dopo il blocco di tutte le vie d'accesso alternative. A seguito di tale provvedimento, il Ministro della Pubblica Sicurezza, decise di collocare alcune unità della Polizia di Frontiera lungo la *Seam Area*, col compito di impedire l'infiltrazione di palestinesi in Israele. Tali decisioni tuttavia, vennero attuate solo in maniera parziale⁶.

A seguito dello scoppio dell'*Intifada* di al Aqsa, nel settembre del 2000, il governo israeliano adottò una serie di provvedimenti che ebbero, come ultimo risultato, la costruzione della barriera che è oggetto del Parere della Corte.

Nel novembre 2000, il primo ministro israeliano Ehud Barak approvò un progetto per la costruzione di una barriera per impedire il passaggio di motoveicoli dal nord-ovest della Cisgiordania alla zona di Latrun, progetto che verrà attuato solo nel luglio 2001.

Nel giugno 2001 Ariel Sharon istituì una commissione di lavoro, col compito di proporre delle misure per impedire infiltrazioni di palestinesi dalla *Seam Area* e, nel luglio 2001, il Comitato Ministeriale per le questioni riguardanti la Sicurezza approvò le proposte della suddetta commissione. Il Comitato Ministeriale per le questioni riguardanti la sicurezza (o Gabinetto), stabilì

³ Gli elementi presenti in questa sezione sono ricavati, se non altrimenti specificato, dal rapporto dello STATE COMPTROLLER, *Report on the Seam Area* (in Ebraico), Report N. .2, Gerusalemme luglio 2002.

⁴ Il termine *Green Line* viene utilizzato riferendosi alla Linea dell'Armistizio del 1949 concluso al termine della guerra Arabo-Israeliana del 1948. La Linea dell'Armistizio separa Israele dai territori occupati durante la Guerra dei Sei Giorni nel 1967: Cisgiordania e la Striscia di Gaza.

⁵ Il termine *Seam Area* viene utilizzato per indicare il territorio compreso tra la linea dell'Armistizio e la Barriera in via di costruzione.

⁶ STATE COMPTROLLER, *op. cit.*, n. 3, pp. 10-12.

che le Forze di Difesa d'Israele si sarebbero occupate della protezione della parte orientale della *Seam Area* mentre la Polizia di Frontiera di quella occidentale. Inoltre, questa fu l'occasione per dare attuazione al progetto di costruzione di una barriera per impedire il transito di motoveicoli, come proposto dal Primo Ministro Barak nel 2000, e per dare voce ad una nuova proposta con oggetto la costruzione di un'ulteriore barriera, in zone ritenute ad alto rischio, per controllare e limitare il passaggio in terra d'Israele di pedoni palestinesi⁷. Fino ad aprile 2002 il governo tuttavia, non adottò alcuna misura d'attuazione della barriera per il traffico pedonale.

Il 14 aprile 2002 il Gabinetto si trovò nuovamente a discutere la questione e giunse alla conclusione di costruire una barriera nella *Seam Area* al fine di migliorare e rinforzare la prontezza e la capacità operativa nel fronteggiare il terrorismo⁸. Il Gabinetto decise di iniziare immediatamente la costruzione di una barriera temporanea in tre zone: ad est di Umm el Fahm, attorno a Tulkarm e a Gerusalemme⁹ e, per permettere l'attuazione di tale decisione, venne istituita l'Amministrazione della *Seam Area*, presieduta dal direttore generale del Ministero della Sicurezza Pubblica. Poco dopo, le Forze di Difesa d'Israele presero il controllo di alcuni terreni posseduti da palestinesi, nel nord-ovest della Cisgiordania, allo scopo di cominciare la costruzione della barriera temporanea. Dopo aver cominciato a sradicare alberi e a livellare il terreno, l'attività di costruzione fu bloccata¹⁰ e la costruzione della barriera temporanea venne abbandonata. Nel frattempo, agli inizi di giugno 2002, l'Amministrazione della *Seam Area* concluse il suo progetto per la costruzione della prima sezione di una barriera, ispirata ai principi di opposizione al terrorismo, affermati dal Gabinetto nell'aprile 2002. Venne poi aggiunta in tale progetto la costruzione di un'ulteriore sezione della barriera nella zona di Gerusalemme, a nord e a sud della città. Il 23 giugno 2002 il governo approvò il progetto dell'Amministrazione della *Seam Area*, nella sua formulazione di principio¹¹. La definizione precisa e finale del percorso della barriera venne lasciata al Ministro della Sicurezza Pubblica e al Primo Ministro. In caso di controversia in merito all'itinerario della

⁷ *Ibid.*, pp. 13-18.

⁸ "improve e reinforce the readiness e operational capability in coping with terrorism". Citazione da MCGREAL CHRIS, *Caged*, Special Report Israel e Middle East, 3 Settembre 2003, The Guardian, disponibile su <http://www.guardian.co.uk/israel/Story/0,2763,1034483,00.html> (ultima visita 19/09/2005).

⁹ Decisione 64/B, sezione E.

¹⁰ I residenti dei villaggi che furono danneggiati dalla costruzione della barriera temporanea a sud di Tulkarm si rivolsero all'Alta Corte di Giustizia. La Corte rigettò il ricorso. Vedi *Kafr a-Ras et al. v. Commeer of IDF Forces in Judea e Samaria et al.*, HCJ 3771/02.

¹¹ BARZILAI AMNON e ZVI ZARHIYA, *Work on Erecting Fence on the Seam Line Begins*, in *Ha'aretz*, 11 giugno 2002.

barriera, il governo affermò che il Gabinetto si sarebbe dovuto occupare di risolvere la questione.¹² Infatti, a seguito di forti contestazioni da parte di alcuni Ministri¹³ riguardo al percorso della barriera, previsto nel progetto dell'Amministrazione della *Seam Area* e approvato dal Primo Ministro e dal Ministro della Sicurezza Pubblica¹⁴, il Gabinetto si riunì il 14 agosto 2002, al fine di discutere tali obiezioni. Al termine dell'incontro venne approvato il percorso definitivo della prima fase di costruzione della barriera.

*1.3 Le fasi di costruzione.*¹⁵

Il Comitato approvò la costruzione della barriera in 4 fasi. La prima fase, fase A, dichiarata dal governo israeliano come fase dedicata a considerazioni di carattere operativo¹⁶, fu approvata con la decisione del 14 agosto 2002 e fu dichiarata completata nel luglio 2003. Questa sezione della barriera, si snoda per 150 km dal *checkpoint* di Salem, a nord di Jenin, fino alla colonia di Elkana, nella zona centrale della Cisgiordania, includendo la doppia barriera che circonda l'*enclave* di Baqa Sharqiya. Funzionari delle Nazioni Unite hanno calcolato che questa prima fase della barriera costringe 56.000 palestinesi a vivere in *enclaves*, aree circondate dalla barriera che si aprono unicamente sulla Cisgiordania. Di questi 56.000 palestinesi, circa 5300 vivono in *closed areas* tra la linea dell'Armistizio e la barriera dove il governo israeliano richiede loro permessi o carte di identificazione per potervi risiedere, mentre altri 8200 si trovano in zone assoggettate all'ordinanza militare che *sostitu*isce le *closed areas*, ma dove però il sistema dei permessi non è ancora stato attuato¹⁷. La seconda fase (fase B), invece, parte 40 km ad est del *checkpoint* di Salem, e corre lungo la parte nord della Linea dell'Armistizio, fino a giungere alla valle del Giordano. Questa fase è suddivisa in tre diverse sezioni. La prima segue la Linea dell'Armistizio e attraverso le montagne Gilboa giunge sino al villaggio al-Mutilla, sotto la valle del Giordano. Un'altra sezione corre lungo

¹² Decisione Governativa 2077.

¹³ BAHOR DIANA, *Separation Fence: All the Objections* in Ynet, 4 Luglio 2002.

¹⁴ BENN ALUF, *Sharon Approved: Separation Security Fence will be Erected along the Green Line*, in Ha'aretz, 45 giugno 2002.

¹⁵ Ove non altrimenti specificato, le informazioni di questa sezione sono ricavate dal Written Statement presentato alla Corte internazionale di Giustizia dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 23/02/06).

¹⁶ Written Statement della Palestina, p. 112.

¹⁷ Per la spiegazione del regime delle *closed area*, vedi *oltre* pag. 12 e seguenti.

la parte est del confine Giordano, mentre l'ultima piegherà verso sud per poi allontanarsi dalla Linea dell'Armistizio. Lungo questa parte della barriera si trova il *checkpoint* di Jalameh, a nord di Jenin, che è previsto come il principale punto d'entrata da Israele al nord della Cisgiordania. Questa fase fu approvata dal Gabinetto nel dicembre 2002 e venne dichiarata completata nel 2004. La costruzione della terza fase, fase C, approvata nell'agosto 2003, cominciò nel dicembre 2003 dall'estremità finale costruita nella prima fase, vicino alla colonia israeliana di Elkana, nella parte centrale della Cisgiordania, fino al villaggio di Nu'man, a sud-est di Gerusalemme. In questa fase la barriera si estende in tre differenti zone della Cisgiordania. Una sezione della barriera si snoda nella parte centrale della Cisgiordania, creando un'asse che, da nord a sud, unisce i villaggi di Rantis e Budrus. Questa parte misura 40 km, di cui solo 4 seguono la Linea dell'Armistizio, mentre i rimanenti 36 se ne allontanano, inoltrandosi per 7 km in Cisgiordania. La seconda sezione della fase C di costruzione, viene definita "Ariel-Salient" ed è previsto che si spinga per più di 22 km in Cisgiordania e incorpori 52.000 coloni israeliani. La terza sezione invece, si colloca nella parte centro-meridionale della Cisgiordania ed è costituita da due barriere di profondità¹⁸, che entrano per oltre 9 km nella Cisgiordania; una si snoda da nord a sud, parallelamente alla parte di barriera prevista nella seconda sezione di questa fase tra i villaggi Rantis e Budrus, mentre l'altra corre da est a ovest, lungo uno spartiacque che verrà incluso nel percorso dell'autostrada 45, attualmente in costruzione. Un'ulteriore sezione iniziò ad essere costruita nel novembre 2003, lungo la parte sud-orientale dell'autoproclamato confine della municipalità di Gerusalemme, e si allontana di oltre 9 km dalla linea dell'Armistizio, partendo dai sobborghi di El-Ezariya fino a raggiungere la colonia di Har-Homa. In tale sezione la barriera è costituita da un muro alto 9 metri, che attraversa aree popolate come El-Ezariya, che viene così diviso da Gerusalemme, o come Abu-Dis, che risulta divisa in due. Almeno 35.000 persone si troveranno a vivere nella parte orientale della barriera, che, in questa sezione, non è dotata di alcun passaggio. I palestinesi con la carta di identità di Gerusalemme o con i permessi di residenza a Gerusalemme dovranno entrare nella città attraverso il *checkpoint* posizionato al di sotto del versante orientale del Monte degli Olivi. Un altro muro è previsto sulla sommità di una collina a sud di Abu-Dis, dove verrà posizionata una base di polizia. A nord di Gerusalemme la barriera seguirà il tragitto delle principali vie di comunicazione,

¹⁸ "depth barriers".

separando il sobborgo di Al-Ram da Gerusalemme e ricollegandosi al percorso dell'autostrada 45. L'ultima fase della costruzione (fase D) è stata approvata dal governo israeliano nell'ottobre 2003 e si concentra nella parte sud-occidentale della Cisgiordania, più precisamente da Elkana a Caramel Um Daraj. La più recente evoluzione della costruzione della barriera risale al febbraio 2005, quando il governo ha approvato un nuovo percorso della barriera, attuando le statuizioni dell'Alta Corte di Giustizia che nel giugno 2004, pur affermando che la costruzione della barriera avveniva per ragioni di sicurezza nazionale, richiese una rivalutazione del collocamento di alcune parti, in ragione di una migliore proporzionalità tra considerazioni di carattere umanitario e di carattere operativo.

1.4 Il collocamento e le caratteristiche della barriera.

Secondo il rapporto del Segretario delle Nazioni Unite circa 975 kmq di territorio (il 16,6% della Cisgiordania) si troveranno tra la Linea dell'Armistizio e la barriera.¹⁹

Per quanto riguarda la lunghezza totale della barriera, le fonti sono abbastanza discordanti. Il Segretario Generale nel suo rapporto afferma che la barriera formerà una linea continua che si estende per 720 km lungo la Cisgiordania²⁰. La Palestina invece nel suo *Written Statement* presentato alla Corte Internazionale di Giustizia, sostiene che la lunghezza totale della barriera, basandosi su informazioni ottenute all'inizio del 2004, sarà 788 km²¹. Ammonta invece a 687 km la lunghezza dichiarata dal Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla situazione dei diritti umani nei Territori palestinesi occupati²². C'è invece più accordo in merito a come si sviluppa la barriera e a quali sono gli elementi principali che la costituiscono²³. Innanzitutto il primo elemento è una recinzione elettronica che permette alle forze di polizia di essere avvisate di qualsiasi tentativo di attraversamento della stessa. Lungo la parte est è prevista una "strada di servizio", affiancata da una recinzione di filo spinato; più ad est ancora vi è una trincea o qualsiasi altro mezzo in grado di

¹⁹ RAPPORTO DEL SEGRETARIO GENERALE, *op. cit.*, n. 2, p. 3, par. 8.

²⁰ *Ibid.*, p. 3, par. 12-14.

²¹ Written statement della Palestina, p. 106, par. 238.

²² UN Doc. E/CN.4/2004/6/Add.1, 27 febbraio 2004, p. 7.

²³ Vedi allegati, figura 3, p. 224.

impedire ai motoveicoli di entrare e attraversare la recinzione²⁴ La parte ad ovest della recinzione invece prevede tre tipologie di percorsi: una strada che permetta di rinvenire le impronte di chiunque abbia attraversato la recinzione, una strada per il pattugliamento ed infine una strada per i mezzi blindati. Un'ulteriore recinzione di filo spinato segue la parte più esterna di tale lato della barriera. L'estensione media della barriera è di 60 metri, ma in ragione di esigenze topografiche l'estensione può ridursi o anche aumentare fino ad arrivare a 100 metri. In alcune aree lungo la linea dell'Armistizio è prevista un'ulteriore barriera sul lato orientale, chiamata "barriera di profondità" descritta dal rappresentante dello Stato dinnanzi all'Alta Corte di Giustizia, come una barriera senza recinzione, mirante ad indirizzare gli spostamenti in queste aree verso una serie di punti di controllo della sicurezza. Il componente principale delle "barriere di profondità" è una trincea delimitata da una recinzione di filo spinato. Un muro, nel vero senso della parola, è previsto lungo l'autostrada, nella zona vicino a Qalqiliya e vicino a Tulkarm. Nell'area di Gerusalemme, inoltre, sono previsti 3 muri, uno lungo la strada 45, vicino a Beit Hanina e-Balad e Bir Cabala, un altro vicino a Abu Dis, nella parte orientale del confine di Gerusalemme e l'ultimo vicino alla tomba di Rachele, nella parte meridionale di Gerusalemme. In data 2 e 7 ottobre 2003²⁵, il governo israeliano ha emanato due ordinanze militari che definiscono l'intera area dei territori occupati, tra la barriera e la Linea dell'Armistizio, come "zona chiusa"²⁶. A tale "zona chiusa" viene applicato un regime di permessi per consentire ai residenti di continuare ad abitarvi ed ai lavoratori di accedervi. Le ordinanze prevedono che i residenti debbano ottenere il permesso per poter rimanere nelle proprie case e coltivare la propria terra. L'ottenimento del permesso inoltre, non costituisce una prova della proprietà della terra. Palestinesi che non risiedono nelle "zone chiuse" ma che però possiedono la terra o che devono recarvisi per motivi di lavoro o d'affari, devono ottenere comunque il permesso. I criteri in base ai quali un permesso viene concesso o negato non sono specificati nella procedura di richiesta e l'onere della prova ricade sui soggetti richiedenti. Le ordinanze militari assegnano al capo del distretto locale delle Forze di Difesa d'Israele l'autorità di stabilire il diritto

²⁴ Le informazioni riguardanti i componenti della barriera sono ricavati, se non specificato altrimenti, dalle notizie fornite dallo Stato nella controversia *Sa'al 'Awani 'Abd al Hadi et al. v. Commander of IDF Forces in the West Bank*, sez.23, HCJ 7784/03

²⁵ Israel Defense Forces Order Concerning Security Directives (Judea e Samaria)(number 378), 1970 Declaration Concerning the Closure of Area Number s/2/03 (Seam Area), Section 3a.

²⁶ Closed zone.

dei residenti a rimanere nelle loro case o a coltivare i loro terreni, e per quale periodo di tempo²⁷. I permessi sono concessi per periodi di uno, tre o sei mesi al termine dei quali devono essere rinnovati, alcuni sono validi solo per giorni specifici o solo ad ore stabilite. Molti palestinesi residenti in villaggi all'interno delle "zone chiuse" non hanno ottenuto il permesso e neppure a palestinesi la cui attività principale è la coltivazione di terre all'interno di "zone chiuse" il permesso è stato concesso. Si vengono dunque a creare situazioni in cui, all'interno di una famiglia, solo ad alcuni membri è permesso risiedere o coltivare la terra all'interno delle "zone chiuse". Fino al novembre 2003 circa il 75% dei palestinesi residenti nei villaggi compresi nelle "zone chiuse" non ha ottenuto il permesso d'accesso.²⁸ Inoltre, lungo la barriera sono previsti dei punti di passaggio e delle "porte per l'agricoltura" ma gli orari d'apertura sono variabili.²⁹ I passaggi dovrebbero essere aperti dalla mattina fino alla tarda serata, ed essere chiusi solo la notte, ma spesso aprono tardi o chiudono presto.³⁰ Non è infrequente, poi, che vi siano delle chiusure per l'intera giornata o anche per diversi giorni, senza alcun preavviso e spesso giustificate con la generica formula "per ragioni di sicurezza", senza altro specificare³¹. Un ulteriore elemento proprio della costruzione della barriera, è la creazione di *enclaves*, ossia zone completamente isolate dal resto della Cisgiordania. Si creeranno almeno 5 *enclaves* ad est della barriera, che andranno ad interessare 13 comunità e 11.700 palestinesi, ed altrettante ad ovest, che riguarderanno 19 comunità e 128.500 palestinesi residenti³². Si può prendere come esempio di tali *enclaves* e del loro regime la città di Qalqilya, che conta più di 40.000 palestinesi residenti e che è stata completamente circondata dalla barriera, con un unico *checkpoint* che consente l'entrata e l'uscita dalla città.³³ Merita un'ultima considerazione

²⁷ Written statement della Palestina, pp. 112-114, par. 250-255.

²⁸ BARRAT CLAUDE, *The advisory opinion of the international court of justice on the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*, in *The Palestinian independent commission for citizens' rights*, Legal report series (37), ottobre 2004, p. 44, disponibile su: <http://www.piccr.org/publications/reports/wall.pdf> (ultima visita 21/09/05).

²⁹ Written statement della Palestina, pp. 108-110, par. 245-247.

³⁰ AMNESY INTERNATIONAL, *Israel e the Occupied Territories: The place of the fence/wall in international law*, febbraio 2004, p. 10, disponibile su: [http://web.amnesty.org/library/pdf/MDE150162004ENGLISH/\\$File/MDE1501604.pdf](http://web.amnesty.org/library/pdf/MDE150162004ENGLISH/$File/MDE1501604.pdf) (ultima visita 21/09/05).

³¹ *Ibid*, p.10

³² B'TSELEM, *Behind the barrier: Human rights violations as a result of Israel's separation barrier*, Position paper, aprile 2003, p. 9, disponibile su: http://www.btselem.org/Download/200304_Behind_The_Barrier_Eng.rtf (ultima visita 21/09/05).

³³ Quando i delegati di Amnesty International visitarono la città, i militari assicurarono che il checkpoint avrebbe chiuso attorno alle 19-19.30, ma invece in quello specifico giorno chiuse alle 17.30, con tutti i conseguenti disagi per chi doveva far ritorno o uscire dalla città. AMNESY INTERNATIONAL, *Surviving under siege: The impact of the*

la relazione che sussiste tra il percorso seguito dalla barriera e, rispettivamente, le colonie israeliane e le risorse idriche. Per quanto riguarda il primo dei due elementi, la barriera incorporerà 54 colonie israeliane in Cisgiordania e 12 a Gerusalemme Est. In totale, più di 320.000 coloni, cifra che corrisponde circa all'80% dei coloni che vivono nei Territori occupati³⁴, si ritroverà a vivere dalla parte occidentale della barriera³⁵. Mentre deve esser sottolineato, per quanto riguarda il secondo elemento, che lungo il confine settentrionale e occidentale della Cisgiordania, dove si sta costruendo la barriera, vi sono alcune delle zone meglio irrigate e perciò più fertili dell'intera Cisgiordania. L'accesso alle risorse d'acqua in queste zone risulta più facile ed economico che altrove, e tali territori ora sono compresi tra la barriera e la Linea dell'Armistizio³⁶.

1.5 La posizione del governo israeliano.

Israele sostiene che l'unico motivo che ha spinto il governo alla costruzione della barriera è la necessità di fornire sicurezza ai propri cittadini, a seguito della spaventosa ondata di terrorismo proveniente dalla Cisgiordania³⁷. Non essendoci un confine naturale tra Cisgiordania e Israele che ostacoli l'infiltrarsi di criminali miranti al compimento di atti terroristici e al contrabbando di armi, si sarebbe resa necessaria la costruzione della barriera. Le minacce che il governo israeliano sostiene di dover fronteggiare sono essenzialmente tre: attacchi terroristici continui e di diverso genere, contrabbando di armi ed esplosivi, nascita di attività terroristiche entro le comunità arabe locali. La risposta a tali minacce si sviluppa su diversi livelli e comprende le attività di prevenzione di attacchi terroristici dalle zone di Giudea e Samaria contro Israele, la riduzione al minimo dei trasferimenti di macchine, mezzi e armi tra Israele e zone controllate dall'Autorità palestinese, in entrambe le direzioni, ed infine la prevenzione di attacchi che colpiscono direttamente la popolazione e le infrastrutture locali. Il percorso della barriera però non è stato determinato unicamente da esigenze di sicurezza, ma anche da altri fattori di carattere operativo. Tra tali fattori,

movement restrictions on the right to work, settembre 2003, p. 29, disponibile su: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE150012003?open&of=ENG-ISR> (ultima visita 21/09/05).

³⁴ Più di 140.000 coloni israeliani vivono in 54 colonie nella Cisgiordania, e circa altri 180.000 vivono in 12 colonie di Gerusalemme Est.

³⁵ AMNESTY INTERNATIONAL, *op. cit.*, n. 30, p. 4.

³⁶ BARRAT CLAUDE, *op. cit.*, n. 28, p. 41.

³⁷ Vedi sito <http://www.seamzone.mod.gov.il/Pages/ENG/purpose.htm> (ultima visita 23/09/05).

sono stati presi in considerazione elementi di continuità nell'edificazione della barriera, in modo tale da creare una struttura d'ostacolo che si estenda senza interruzioni da nord a sud, e valutazioni della capacità di sorveglianza e controllo lungo la barriera. Altri elementi che hanno avuto il loro peso nella pianificazione della barriera, sono state considerazioni di carattere ambientale, di salvaguardia del paesaggio e della natura e di preservazione delle zone archeologiche. La barriera non è assolutamente considerata come l'instaurazione di un confine tra Palestina e Israele, e perciò il governo israeliano sottolinea come si sia prestata particolare attenzione a non incorporare villaggi palestinesi e a non sconvolgere la quotidianità o modificare lo *status* dei residenti nelle zone interessate dalla costruzione. Alla domanda del perché la costruzione della barriera non avviene lungo la Linea dell'Armistizio, il governo israeliano risponde affermando che la cosiddetta "Green Line" non costituisce un confine tra Israele e Palestina, e per tale ragione non deve condizionare il percorso della barriera. La barriera è prima di tutto uno strumento per la sicurezza nazionale e come tale, deve snodarsi in maniera da permettere la miglior difesa contro attacchi criminali e terroristici, lasciando la definizione di confini ai negoziati tra le parti coinvolte.³⁸ Un ultimo aspetto che è stato considerato è la cosiddetta semplicità di mantenimento³⁹ in termini di accessibilità, di tempo e soprattutto di costi. Il costo totale stimato per la costruzione della prima fase della barriera, ammontava a 942 milioni di NIS⁴⁰, pari a più di 8 milioni di NIS per chilometro⁴¹. Anche il profilo umanitario ha influito sulla determinazione del percorso della barriera e ha portato a bilanciare esigenze di sicurezza con esigenze umane e umanitarie delle popolazioni palestinesi residenti. Proprio per tali motivi, il governo israeliano afferma di aver cercato di utilizzare per costruire la barriera, ove possibile, terreno di proprietà dello Stato anziché dei privati. Dove ciò non è stato possibile, i terreni sono stati sequestrati temporaneamente per esigenze militari, senza alterare i titoli di proprietà. Qualora, invece, si renda necessario sradicare i frutteti e gli oliveti, le piante verranno riposizionate in altre zone o verrà offerta una compensazione ai proprietari. Per garantire il transito di persone, merci e mezzi da una parte all'altra della barriera, sono previsti passaggi e "porte per l'agricoltura" che permettano ai contadini di raggiungere le loro terre.

³⁸ Vedi sito <http://www.seamzone.mod.gov.il/Pages/ENG/questions.htm>. (ultima visita 23/09/05).

³⁹ Vedi sito <http://www.seamzone.mod.gov.il/Pages/ENG/route.htm> (ultima visita 23/09/05).

⁴⁰ Al cambio del 22/09/05 1NIS=0.17901Euro.

⁴¹ STATE COMPTROLLER, *op. cit.*, n. 3, p. 30.

1.6 La richiesta da parte dell'Assemblea Generale di un'opinione consultiva alla Corte Internazionale di Giustizia.

La Repubblica Araba di Siria, in rappresentanza della Lega degli Stati Arabi, il 9 ottobre 2003 richiese una seduta immediata del Consiglio di Sicurezza per discutere delle gravi e continue violazioni del diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario, compiute da Israele, e per prendere delle misure a tale riguardo⁴². Tale richiesta fu accompagnata da una proposta di risoluzione che condannava la costruzione della barriera nei Territori occupati. Durante l'incontro del 14 ottobre 2003, il Consiglio di Sicurezza, convenuto per discutere *"The situation in the Middle East, including the Palestine question"*⁴³, analizzò la proposta di risoluzione contenente una condanna alle attività di costruzione della barriera, una richiesta di blocco dell'edificazione e l'affidamento al Segretario delle Nazioni Unite dell'incarico di redigere un rapporto sulla materia. La proposta di risoluzione venne sottoposta a votazione, ma l'esercizio del diritto di veto di uno dei membri permanenti ne impedì l'adozione⁴⁴. Il 15 ottobre 2003 il presidente del Gruppo degli Stati Arabi, supportato dal Movimento dei Non-Allineati e dall'Organizzazione della Conferenza Islamica, chiese la riapertura dei lavori della Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza dell'Assemblea Generale sul tema *"Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory"*, a seguito della mancata adozione della risoluzione da parte del Consiglio di Sicurezza. L'Assemblea Generale si riunì il 20 ottobre 2003 e il 27 ottobre 2003, adottò la risoluzione ES-10/13⁴⁵, nella quale fu ribadita l'opposizione alle attività di insediamento nei Territori occupati e si richiese al governo israeliano di bloccare l'attività di costruzione della barriera nei Territori palestinesi occupati, compresa la zona attorno e in Gerusalemme Est.

⁴² Letter of 9 October 2003 from the Permanent Representative of the Syrian Arab Republic to the United Nations to the President of the Security Council S/2003/973, disponibile su: <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/0/a00182746ac6e3e885256dbb00544860?OpenDocument> (ultima visita 17/10/05).

⁴³ Verbale dell'incontro disponibile su: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/PRO/N03/557/63/PDF/N0355763.pdf?OpenElement> (ultima visita 26/11/05).

⁴⁴ I risultati della votazione furono: 10 a favore, 1 contrario e 4 astensioni.

⁴⁵ La risoluzione ES-10/13 fu adottata con 144 voti a favore, 4 contrari e 12 astensioni, disponibile su: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/579/17/PDF/N0357917.pdf?OpenElement> (ultima visita 05/10/05).

L'Assemblea Generale affidò inoltre l'incarico al Segretario delle Nazioni Unite di redigere un rapporto, da consegnarsi entro un mese, nel quale doveva essere illustrato l'adeguamento o meno, da parte del governo israeliano a tali richieste. L'Assemblea Generale affermò che, qualora nel rapporto fosse emersa la mancata soddisfazione da parte di Israele delle richieste formulate nella risoluzione ES-10/13, avrebbe provveduto con gli strumenti previsti dal sistema delle Nazioni Unite. La Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza dell'Assemblea Generale fu temporaneamente aggiornata ed, in data 24 novembre, venne consegnato il rapporto del Segretario Generale. Nel frattempo, il 19 novembre 2003 il Consiglio di Sicurezza con la risoluzione 1515⁴⁶ avallò la *Roadmap* per la soluzione del Conflitto israelo-palestinese proposta dal Quartetto di negoziatori⁴⁷. L'adozione della risoluzione ES-10/14, che richiedeva alla Corte Internazionale di Giustizia di rendere urgentemente un'opinione consultiva, fu adottata a seguito del deposito del Rapporto del Segretario Generale che documentava il mancato adeguamento alla richiesta dell'Assemblea Generale di abbandonare la costruzione della barriera.⁴⁸ In data 8 dicembre 2003 furono quindi riaperti i lavori della Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza dell'Assemblea Generale ed, in quella sede, si votò la richiesta di un'opinione consultiva alla Corte di Giustizia sulla legalità della costruzione di un muro⁴⁹ da parte di Israele nei Territori palestinesi occupati. La risoluzione contenente la richiesta ottenne il voto favorevole di 90 Stati e quello negativo di 8: Australia, USA, Israele, Etiopia e gli Stati del Pacifico quali Nauru, le isole Marshall, gli Stati Federati di Micronesia e Palau. Significative furono anche, l'astensione di 74 Stati, tra cui i membri dell'Unione Europea e il numero di Stati membri non votanti, pari a 19⁵⁰. La richiesta di parere fu trasmessa alla Corte di Giustizia dal Segretario Generale delle Nazioni Unite in una lettera datata 8

⁴⁶ Disponibile su: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/621/85/PDF/N0362185.pdf?OpenElement> (ultima visita 05/10/05).

⁴⁷ Il Quartetto, composto di rappresentanti degli Stati Uniti d'America, dell'Unione Europea, della Federazione Russa e delle Nazioni Unite, è l'autore del piano di pace elaborato nel 2002, chiamato *Roadmap*, e mirante alla soluzione permanente del Conflitto israelo-palestinese.

⁴⁸ Rapporto del Segretario Generale preparato in seguito alla risoluzione dell'Assemblea Generale ES-10/13, A/ES-10/248 (24 novembre 2003), par. 28, annesso alla comunicazione della richiesta di un'opinione consultiva da parte del Segretario Generale alla Corte, datata 8 dicembre 2003, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 5/10/05).

⁴⁹ L'Assemblea Generale utilizza il termine "muro"/"wall" a differenza del Segretario Generale che adotta il termine "barriera"/"barrier"; sul punto vedi *supra* Premessa Terminologica, p. 6.

⁵⁰ Per la distribuzione dei voti vedi: <http://unbisnet.un.org:8080/ipac20/ipac.jsp?session=108V0691N26Y9.82&menu=search&aspect=power&npp=50&ipp=20&profile=voting&ri=&index=.VM&term=ARESES1014#focus> (ultima visita 28/11/05).

dicembre 2003. Un'ordinanza della Corte del 19 dicembre stabilì che le Nazioni Unite e i suoi Stati membri avrebbero potuto fornire informazioni riguardanti la questione sottoposta all'attenzione della Corte, e fissò il 30 gennaio 2004 come data limite per la presentazione di *Written Statements*. In tale ordinanza la Corte ammise alla presentazione di *Written Statements* anche la Palestina.⁵¹ Fu poi stabilito che il 23 febbraio 2004 si sarebbero aperte le udienze orali. Le Nazioni Unite, 44 Stati Membri, la Palestina, la Lega degli Stati Arabi e l'Organizzazione della Conferenza Islamica, presentarono i loro *Written Statements* entro il 30 gennaio 2004.

Nonostante le innumerevoli e decise prese di posizione a sfavore della richiesta del parere alla Corte⁵², la risoluzione, sponsorizzata da 27 Stati membri delle Nazioni Unite, perlopiù Paesi Arabi, fu adottata e la questione venne così formulata:

*“What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?”*⁵³

1.7 Le posizioni degli Stati intervenienti.

⁵¹ Ordinanza della Corte del 19 dicembre 2003, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 05/10/05), e specificante che la Corte “Decides further that, in light of General Assembly resolution A/RES/ES-10/14 e the report of the Secretary-General transmitted to the Court with the request, e taking into account the fact that the General Assembly has granted Palestine a special status of observer e that the latter is co-sponsor of the draft resolution requesting the advisory opinion, Palestine may also submit to the Court a written statement on the question within the above time-limit.” Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la possibilità di partecipare ai procedimenti fu riconosciuta unicamente a organizzazioni internazionali o a Stati. Nei due casi concernenti le armi nucleari non prese parte ai procedimenti alcuna organizzazione internazionale, non rientrando all'interno delle Nazioni Unite. (Vedi COOK JOHN R., *The 2004 judicial activity of the international court of justice*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 2, p.451, e KACZOROWSKA, ALINA, *Public International Law*, Londra, 2002, p. 378 e ss. e BROWNIE IAN, *Principles of international law*, New York, 1998, pp. 725-727.) Per la prima volta, nel caso riguardante la costruzione di un muro nei Territori occupati, viene concesso ad un'entità che non è né uno Stato né un'organizzazione internazionale di partecipare al procedimento davanti alla Corte.

⁵² Vedi *oltre*, par. 1.7 .

⁵³ Risoluzione ES-10/14 disponibile su: <http://domino.un.org/unispal.nsf/0/f953b744269b9b7485256e1500776dca?OpenDocument> (ultima visita 05/10/05).

L'adozione della risoluzione ES-10/14 rappresenta un'evoluzione di rilievo nel quadro della situazione medio-orientale, in quanto tra i molteplici interventi da parte dell'Assemblea Generale in materia, questo per la prima volta coinvolge anche la Corte di Giustizia⁵⁴.

La Corte di Giustizia venne creata anche con l'intento di aiutare, al pari degli altri organi delle Nazioni Unite a conseguire con mezzi pacifici la composizione delle controversie o delle situazioni internazionali che potrebbero portare ad una violazione della pace.⁵⁵ L'attività consultiva della Corte è facoltativa e non vincolante, in quanto non sussiste l'obbligo, per gli organi autorizzati, di richiedere pareri consultivi alla Corte, né l'obbligo, una volta resi, di conformarvisi. Pur non essendo dotati di effetti vincolanti, tali pareri però possono contribuire a formare o a confermare norme consuetudinarie di diritto internazionale. I pareri della Corte Internazionale di Giustizia sono dotati inoltre di una forza che deriva dal prestigio dell'organo che li ha resi e rappresentano certamente un'autorevole interpretazione del diritto internazionale⁵⁶. Come Hugh Thirwell ha affermato, l'essenza di un'opinione consultiva sta nel fatto che è consultiva, appunto, e non determinativa: esprime la visione della Corte in merito a rilevanti principi e regole giuridiche internazionali, ma non obbliga alcuno Stato, e nemmeno l'organo che ha richiesto il parere, a compiere o astenersi dal compiere alcuna azione. La distinzione, chiara in teoria, lo è un po' meno nella pratica: se la Corte afferma, per esempio, che un certo obbligo sussiste, lo Stato gravato da tale obbligo non è formalmente obbligato ad accettare la decisione della Corte, ma si troverebbe in una posizione alquanto debole se cercasse di dimostrare che l'opinione resa non rappresenta una corretta

⁵⁴ La Corte è stata precedentemente coinvolta in questioni attinenti il conflitto in Medio-Oriente: nel caso *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Advisory Opinion*, 11 aprile 1949, ICJ Reports 1949, riguardante le conseguenze dell'assassinio del conte Folke Bernadotte, nel caso *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter) Advisory Opinion*, 20 luglio 1962, ICJ Rep. 1962, a seguito dello schieramento di peace-keepers durante la crisi di Suez; e nel caso *Applicability of the Obligation to Arbitrate Under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947 Advisory Opinion*, 26 aprile 1988, ICJ Reports 1988, riguardante una controversia circa lo status degli Stati Uniti nella delegazione della PLO alle Nazioni Unite. Nessuna di queste opinioni consultive comunque, affrontò direttamente la materia del conflitto israelo-palestinese.

⁵⁵ Carta delle Nazioni Unite, capitolo 1 art.1: "The Purposes of the United Nations are to maintain international peace e security, e to that end: to take effective collective measures for the prevention e removal of threats to the peace, e for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, e to bring about by peaceful means, e in conformity with the principles of justice e international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace."

⁵⁶ CONFORTI BENEDETTO, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2005, pp. 282-283.

interpretazione del diritto.⁵⁷ Forse, nel caso in oggetto, proprio la consapevolezza del valore riconosciuto alle pronunce in sede consultiva della Corte, mise in allarme un gran numero di Stati e determinò una forte opposizione, espressa con il voto negativo o con lo strumento più tenue dell'astensione.

Mentre durante il dibattito in Assemblea Generale, si manifestò un sostanziale accordo in merito al fatto che la costruzione della barriera non agevolasse la risoluzione della “Questione palestinese”, gli Stati si divisero sui mezzi necessari per fronteggiare tale situazione. E' interessante notare che gli Stati che si opponevano alla richiesta di opinione consultiva⁵⁸ sostenevano che un parere avrebbe costituito un impedimento per il processo di pace in atto e che la barriera stessa fosse da considerarsi come un ostacolo alla pace nei Territori occupati, materia che doveva essere affrontata con gli strumenti della negoziazione. L'argomento principale, dunque, di opposizione al parere era rappresentato dai potenziali effetti negativi che questo poteva avere sulle trattative di pace. D'altra parte vi era poi chi, soprattutto dal fronte arabo⁵⁹, sosteneva la tesi secondo cui la costruzione del muro rappresentava una grave violazione del diritto umanitario internazionale e come tale doveva essere trattata, secondo quanto previsto nelle Convenzioni di Ginevra. Tale ultima posizione venne sostenuta anche dal giudice Elaraby, il quale successivamente nella sua *separate opinion* espresse il proprio rammarico per la mancata classificazione, da parte della Corte, della costruzione della barriera come grave violazione del diritto umanitario⁶⁰.

Il preambolo della risoluzione ES-10/14 si concludeva affermando che Israele continuava a non conformarsi al diritto internazionale proseguendo la costruzione della barriera nei Territori palestinesi occupati ed enumerava poi una serie di principi di diritto internazionale che si ritenevano violati. Proprio tale prematuro giudizio di legalità fu alla base dell'astensione di alcuni Paesi, tra cui Singapore, il quale affermò che, poiché l'Assemblea Generale in ottobre aveva già affermato che la barriera viola la linea dell'Armistizio, richiedere il parere avrebbe significato che l'Assemblea non

⁵⁷ THIRWELL HUGH, *The International Court of Justice*, in EVANS MALCOM (ED), *International law*, Oxford, 2003, pp. 559-587.

⁵⁸ Vedi a titolo d'esempio, Written Statement degli Stati Uniti d'America, p. 5, par. 1.4.

⁵⁹ Vedi a titolo d'esempio, Written Statement del Regno dell'Arabia Saudita, p. 3, par. 4.

⁶⁰ Vedi *separate opinion* del giudice Elaraby, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 28/11/2005).

era del tutto certa delle sue precedenti affermazioni.⁶¹ Il Regno Unito invece, pur rammaricandosi della mancata adesione da parte di Israele alle richieste dell'Assemblea di fermare la costruzione della barriera, ritenne che l'Assemblea non necessitava del parere legale della Corte per espletare il suo compito e che era improbabile che l'opinione consultiva fosse in grado di modificare la situazione. Inoltre, il Regno Unito proseguì affermando che si era astenuto dal voto di richiesta di un parere alla Corte perché riteneva inappropriato intraprendere tale attività senza il consenso di entrambe le parti coinvolte. Altre posizioni di contestazione dell'adeguatezza della richiesta di parere consultivo alla Corte sostennero che il mezzo di cui far uso in tale situazione non era lo strumento giuridico, ma il compromesso politico e il dialogo. Per tale motivo, l'Uganda affermò che rivolgersi alla Corte avrebbe significato politicizzare tale organo e si astenne dalla votazione. Analogamente la Svizzera considerò inappropriato portare davanti ad un organo giurisdizionale una questione con così forti implicazioni politiche. Gli Stati Uniti d'America, nel motivare il proprio voto negativo, sostennero che consultare la Corte di Giustizia avrebbe comportato il rischio di politicizzarla e non avrebbe avvantaggiato gli sforzi per l'ottenimento della pace. Non stupisce che Israele si sia opposto alla risoluzione dichiarando che la richiesta di un'opinione consultiva costituiva un'azione dannosa, illegale e distruttiva.

Scendendo più nello specifico, le argomentazioni proposte a sfavore dell'adozione dell'opinione consultiva possono essere raggruppate in argomenti riguardanti la competenza dell'Assemblea Generale a richiedere il parere e argomenti attinenti la competenza della Corte di Giustizia a ricevere e a rendere il parere. Per quanto concerne il primo gruppo, le contestazioni riguardavano principalmente la conformità alle norme rilevanti in materia, e dunque l'articolo 96 della Carta delle Nazioni Unite, per ciò che attiene al rispetto della sfera di competenza dell'Assemblea, l'articolo 12 della Carta delle Nazioni Unite riguardante il riparto di competenze tra Assemblea e Consiglio e l'articolo 9(b) delle norme di procedura dell'Assemblea Generale, inerente al rispetto delle condizioni previste per l'operare della Riunione Straordinaria d'Emergenza in base alla risoluzione 377A. Il secondo gruppo di argomenti, invece, si concentrava principalmente sulle norme riguardanti l'attività della Corte. Innanzitutto, furono sollevati dei dubbi

⁶¹ Per una raccolta delle dichiarazioni fatte a riguardo della risoluzione ES.10/14 visitare: <http://www.un.org/News/Press/docs/2003/ga10216.doc.htm> (ultima visita 28/11/05).

in merito alla corretta composizione della Corte ed, in secondo luogo, si contestò la giuridicità della questione in quanto si ritennero predominanti gli elementi politici su quelli prettamente giuridici. Nelle contestazioni riguardanti la competenza della Corte a conoscere della questione si inserirono anche argomenti che, a differenza di quelli esposti fino ad ora e riguardanti la sussistenza della giurisdizione, coinvolgevano valutazioni in merito al potere discrezionale della Corte di declinare la richiesta di parere e, più in generale, alla dottrina della “*propriety*”. Sotto quest’ultimo profilo, furono proposte diverse motivazioni che avrebbero dovuto convincere la Corte dell’esistenza di *compelling reasons*, tali da portarla al rifiuto della concessione del parere. Venne evidenziato il mancato consenso delle parti coinvolte al trattamento della questione da parte della Corte e la sussistenza di effetti negativi, che sarebbero potuti derivare dall’opinione consultiva, sui già precari equilibri sussistenti tra Israele e Palestina. Si mise in luce poi, la presenza nelle mani della Corte di elementi probatori insufficienti per un’analisi complessiva della situazione e infine, fu invocato il principio delle *clean hands* e della buona fede per criticare il comportamento della Palestina.

PARTE SECONDA

L'OPINIONE CONSULTIVA DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

Capitolo Secondo - Le questioni attinenti all'esercizio della giurisdizione da parte della Corte Internazionale di Giustizia.

2.1 L'esercizio della funzione giurisdizionale

2.1.1 La competenza dell'Assemblea Generale nel richiedere un'opinione consultiva alla Corte Internazionale di Giustizia.

Ricevuta la richiesta dell'Assemblea Generale, la Corte di Giustizia affrontò preliminarmente la questione della sussistenza della sua giurisdizione, per poi procedere, una volta verificata la presenza, con l'analisi delle eventuali circostanze che avrebbero potuto portare a declinarne l'esercizio.⁶²

Un prerequisito necessario affinché la Corte potesse dirsi competente a ricevere la richiesta era la provenienza di quest'ultima da un organo dotato del potere di rivolgersi alla Corte. L'articolo 65 dello Statuto, infatti, afferma che la Corte può rendere un'opinione consultiva su qualsiasi questione giuridica richiesta da un qualsiasi organo a ciò autorizzato dalla Carta delle Nazioni Unite⁶³. Nel presente caso la richiesta proveniva dall'Assemblea Generale, la cui competenza a richiedere il parere è sancita dall'articolo 96 della Carta delle Nazioni Unite⁶⁴. Il primo paragrafo dell'articolo 96 attribuisce all'Assemblea Generale il potere di richiedere un parere alla Corte, senza alcuna limitazione, purché si tratti di una questione giuridica. La Corte stessa era conscia dell'ampiezza di poteri concessi all'Assemblea, infatti, nell'opinione consultiva sul Sahara Occidentale aveva affermato che non v'era nulla nella Carta delle Nazioni Unite o nello Statuto

⁶² Vedi *oltre*, par. 2.1.5 e 2.1.6.

⁶³ Articolo 65 dello Statuto della Corte: "The Court may give an advisory opinion on any legal question at the request of whatever body may be authorized by or in accordance with the Charter of the United Nations to make such a request".

⁶⁴ Articolo 96 Carta delle Nazioni Unite "The General Assembly or the Security Council may request the International Court of Justice to give an advisory opinion on any legal question. Other organs of the United Nations e specialized agencies, which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities."

della Corte che limitasse la competenza dell'Assemblea Generale di richiedere un'opinione consultiva, o quella della Corte di renderla, unicamente su questioni giuridiche riguardanti diritti o obblighi esistenti. Ci furono richieste d'opinioni consultive che non riguardavano né diritti esistenti né controversie pendenti.⁶⁵ La diffusa competenza dell'Assemblea Generale espressa nel primo paragrafo si differenzia da quella settoriale e specifica degli altri organi e degli istituti specializzati menzionata nel secondo. Tali organi e istituti specializzati possono richiedere un parere unicamente con riguardo a questioni che, come la Corte stessa affermò, rientrano entro gli scopi delle loro attività⁶⁶. Accertata la competenza dell'Assemblea Generale nel richiedere un parere consultivo su questioni giuridiche, la Corte sottolineò poi come l'articolo 10 della Carta delle Nazioni Unite definisca in maniera molto ampia lo spettro di attività dell'Assemblea, in particolare esso afferma che "*The General Assembly may discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter or relating to the powers and functions of any organs provided for in the present Charter*". Quindi, risultò perlomeno difficile negare che una questione concernente la costruzione di una barriera nei Territori palestinesi occupati rientrasse nelle competenze dell'Assemblea Generale, anche se spettò comunque alla Corte verificare che tale competenza nel caso di specie fosse stata esercitata in maniera corretta⁶⁷. La Corte nella sua giurisprudenza ebbe occasione di sottolineare, inoltre, come il riferimento alla pratica di un organo fosse un canone interpretativo che può contribuire a definire la competenza di tale organo.⁶⁸ Anche da questo punto di vista peraltro, non fu possibile negare il coinvolgimento dell'Assemblea Generale, quantomeno prendendo in considerazione il suo ruolo nella definizione della tempistica per il termine del mandato britannico nella risoluzione 181(II) del 29 novembre 1947, dove venne prevista la soluzione di due Stati separati e il regime internazionale per Gerusalemme.

⁶⁵ "There is nothing in the Charter or the Statute to limit either the competence of the General Assembly to request an Advisory Opinion, or the competence of the Court to give one, to legal questions relating to existing rights or obligations. There have been instances of Advisory Opinions which did not concern existing rights nor an actually pending dispute" *Western Sahara Advisory Opinion*, 16 ottobre 1975, ICJ Reports, 1975, 19 par.18.

⁶⁶ "Within the scope of their activities" *Difference relating to immunity from legal process of a special rapporteur of the Commission on Human Rights advisory opinion*, 29 aprile 1999, ICJ Reports 1999, par. 27.

⁶⁷ Vedi oltre, paragrafi 2.1.2 e 2.1.3.

⁶⁸ *Legality of the use of a State of nuclear weapons in armed conflict advisory opinion*, 8 luglio 1996, ICJ Reports 1996, par. 19. Per approfondimenti sul tema dei poteri degli organi e della dottrina degli atti ultra vires nel diritto internazionale vedi CHITTHARANJAN FELIX AMERASINGHE, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge 2005, pp. 193-208 e SCHERMERS HENRY G, *International institutional law: unity within diversity*, The Hague, 2001, pp. 139-152.

La richiesta di parere alla Corte fu adottata nell'ambito della Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza dell'Assemblea Generale e dunque si inserì all'interno dell'attività dell'Assemblea per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale di fronte ad una minaccia alla pace internazionale stessa, così come espressamente affermato nella risoluzione ES-10/2 del 25 aprile 1997⁶⁹. Appare dunque pertinente richiamare l'attenzione, al fine di sostenere il coinvolgimento dell'Assemblea Generale nella questione concernente la costruzione della barriera nei Territori Occupati, quanto affermato da Mr. Fleischhauer, in rappresentanza delle Nazioni Unite:

*“In light of the general encouragement in the Charter for the peaceful settlement of disputes, and in particular for the judicial settlement of international disputes, ambiguities in texts relating to the peaceful settlement of disputes should not be interpreted in a manner that would unnecessarily diminish or constrain provisions that would provide for such means of settlement”*⁷⁰

2.1.2 *Il riparto di competenze tra Assemblea Generale e Consiglio di Sicurezza nel rivolgersi alla Corte Internazionale di Giustizia.*

Diversi Stati contestarono la richiesta di parere alla Corte da parte dell'Assemblea Generale, sostenendo che la materia oggetto della richiesta rientrava già nell'attività del Consiglio di Sicurezza, e ciò rappresentava un limite all'azione dell'Assemblea. In particolare, Israele, affermò che l'Assemblea con la risoluzione ES-10/14 aveva agito *ultra vires* rispetto alla competenza che le è propria entro l'ambito del mantenimento della pace internazionale. Secondo Israele, la competenza primaria per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, affidata al Consiglio di Sicurezza dall'articolo 24, primo paragrafo della Carta delle Nazioni Unite⁷¹, sarebbe stata in grado di limitare la capacità d'intervento nella stessa materia dell'Assemblea Generale,

⁶⁹ Adottata nel corso del primo incontro della Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza. Vedi *oltre*, p. 30.

⁷⁰ Dichiarazione orale di Mr Fleischhauer in rappresentanza delle Nazioni Unite, 4 ottobre 1989, *Applicability of Article VI, section 22, of the Convention on the privileges e immunities of the United Nations (Mazilu) advisory opinion*, 15 dicembre 1989, ICJ Reports 1989, Pleadings 238, par. 21.

⁷¹ Articolo 24 Carta delle Nazioni Unite “In order to ensure prompt e effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace e security.”

riconosciuta dalla Carta⁷², ma ritenuta sussidiaria rispetto all'azione del Consiglio. Pure le Isole Marshall, le Repubbliche Federate di Micronesia e la Repubblica di Palau, sottolinearono, la responsabilità principale del Consiglio nell'occuparsi di questioni riguardanti il mantenimento della pace ed il fatto che lo stesso consiglio era già intervenuto nella materia, ottenendone così la competenza. Il Cameroun aggiunse che la richiesta dell'Assemblea Generale non teneva conto della risoluzione 1515, nella quale il Consiglio di Sicurezza affermò di rimanere investito della questione⁷³. La Palestina, per contro, ritenne la risoluzione dell'Assemblea Generale validamente adottata in base al principio di presunzione di legittimità degli atti, ribadito più volte dalla stessa Corte di Giustizia⁷⁴, ed in base al rispetto delle maggioranze previste. La Malaysia sottolineò come l'Assemblea Generale abbia rivestito e rivesta tutt'ora un ruolo centrale nella "Questione palestinese"⁷⁵. Per la Malaysia, le competenze dell'Assemblea Generale e del Consiglio di Sicurezza in materia di mantenimento della pace, non erano per nulla incompatibili, in quanto la preferenza accordata dall'articolo 24 della Carta delle Nazioni Unite al Consiglio non richiedeva un'attribuzione esclusiva e perciò la competenza in materia era da ritenersi ripartita tra Consiglio e Assemblea. La Lega degli Stati Arabi, invece, assunse una posizione più radicale, affermando che l'articolo 96 della Carta delle Nazioni Unite prevedeva una quasi completa libertà per l'Assemblea, nel richiedere un parere alla Corte⁷⁶. La Corte affrontò la questione e respinse le contestazioni riguardo alla riserva di competenza a favore del Consiglio, in seguito all'adozione della risoluzione 1515 del 19 novembre 2003 che avallava la *Roadmap* per una soluzione permanente della "Questione palestinese". La Corte affermò che né la *Roadmap* né la risoluzione 1515 contenevano alcuna previsione specifica riguardante della barriera⁷⁷. L'articolo 12 della Carta delle Nazioni Unite, che rappresenta l'unico limite procedurale alla funzione conciliativa dell'Assemblea, recita infatti:

⁷² Vedi artt. 10, 11, 14 della Carta delle Nazioni Unite.

⁷³ "Decides to remain seized of the matter", Risoluzione 1515, adottata il 19 novembre 2003, disponibile su: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/621/85/PDF/N0362185.pdf?OpenElement> (ultima visita 28/11/05).

⁷⁴ Vedi *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 advisory opinion*, 21 giugno 1971, ICJ Reports 1971, p. 16, par. 20, e *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts advisory opinion*, 8 luglio 1996, ICJ Reports 1996, p. 66, par. 29.

⁷⁵ Vedi la sua specifica responsabilità come supervisore dell'Amministrazione della Palestina, quando esisteva la Società delle Nazioni ed era sottoposta al regime del mandato.

⁷⁶ Written Statement della Lega degli Stati Arabi, par. 3.2.

⁷⁷ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*](#), 9 luglio 2004, par. 22.

“While the Security Council is exercising in respect of any dispute or situation the functions assigned to it in the present Charter, the General Assembly shall not make any recommendation with regard to that dispute or situation unless the Security Council so requests.”

La Corte sottolineò come la richiesta di un’opinione consultiva non potesse essere considerata una raccomandazione ai sensi dell’articolo 12⁷⁸ e proseguì affermando che la competenza principale in materia di mantenimento della pace, assegnata al Consiglio, non era necessariamente una competenza esclusiva.⁷⁹ La Corte prese inoltre atto dell’evoluzione dei rapporti tra Consiglio e Assemblea, nel quadro del mantenimento della pace e della rispettiva ripartizione di competenze in materia. Inizialmente entrambi gli organi propendevano per un’interpretazione formalistica dell’articolo 12, e quindi per la necessità che una questione non fosse inserita nel ruolo del Consiglio di Sicurezza affinché l’Assemblea potesse farne oggetto di raccomandazione. L’Assemblea, durante la sua quarta sessione nel 1949, si rifiutò ad esempio di raccomandare delle misure attinenti la questione dell’Indonesia, basandosi sul fatto, *inter alia*, che la medesima materia era sottoposta all’attenzione del Consiglio⁸⁰. D’altro canto, pure il Consiglio si conformò a tale linea interpretativa e in diversi casi cancellò alcune questioni dal ruolo per permettere all’Assemblea di intervenire con le sue raccomandazioni.⁸¹ Questa prassi si modificò nel tempo in favore di un’interpretazione più restrittiva dell’articolo 12, orientata ad intendere la frase “durante l’esercizio da parte del Consiglio di Sicurezza” come “durante il contemporaneo esercizio da parte del Consiglio di Sicurezza”⁸². Tale evoluzione interpretativa, che già aveva condotto l’Assemblea ad esercitare la propria attività su questioni che coinvolgevano pure il Consiglio, come

⁷⁸ *Ibid.*, par. 25.

⁷⁹ *Ibid.*, par. 26.

⁸⁰ Testo della risoluzione disponibile su: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/051/20/IMG/NR005120.pdf?OpenElement> (ultima visita 28/11/05).

⁸¹ Per esempio nel caso della questione spagnola (*Official Records of the Security Council, First Year: Second Series, No. 21*, 79° incontro, 4 novembre 1946, p. 498), in relazione agli incidenti sul confine Greco (*Official Records of the Security Council, Second Year, No. 89*, 202° incontro, 15 settembre 1947, pp. 2404-2405) e riguardo all’Isola di Taiwan (Formosa) (*Official Records of the Security Council, Fifth Year, No. 48*, 506° incontro, 29 settembre 1950, p. 5). Nel caso della Repubblica di Corea, il Consiglio decise il 31 gennaio 1951 di togliere la questione dalla lista delle materie di cui avrebbe dovuto occuparsi, per permettere all’Assemblea di deliberare sulla materia (*Official Records of the Security Council, Sixth Year, S/PV.531*, 531° incontro, 31 gennaio 1951, pp. 11-12, par. 57).

⁸² Vedi CONFORTI BENEDETTO, *op. cit.*, n. 56, p. 226.

nel caso del Congo o delle colonie Portoghesi⁸³, fu considerata dalla Corte, conforme all'articolo 12.

La contestazione sul punto, *in primis* da parte di Israele, non era dunque molto solida, in quanto si riferiva ad una pratica interpretativa dell'articolo 12 fatta propria da Assemblea e Consiglio già dai primi anni Sessanta. La Corte di Giustizia, del resto ha sempre dato molto valore alla pratica consolidata degli organi delle Nazioni Unite nell'interpretazione e applicazione dei poteri loro riconosciuti dalla Carta⁸⁴, e ha confermato questo suo atteggiamento anche nel Parere in esame. Quindi, mentre il Consiglio si sta occupando di una determinata questione sotto certi profili, l'Assemblea può contemporaneamente farla oggetto delle proprie raccomandazioni rivolte ad aspetti differenti. Per esempio, procedendo in parallelo, il Consiglio può occuparsi delle problematiche attinenti il mantenimento della pace e della sicurezza, laddove l'Assemblea si concentri su aspetti di carattere umanitario, economico e sociale della medesima questione.⁸⁵

Tale evoluzione interpretativa dell'articolo 12 è da ricollegare virtualmente, alla prassi inaugurata con l'adozione della risoluzione 377A⁸⁶, in un'ottica di maggior considerazione

⁸³ Per il Congo vedi Risoluzione dell'Assemblea Generale, 1599, UN GAOR, 15 Sessione, 985° incontro plenario, 1961; Risoluzione dell'Assemblea Generale, 1600, UN GAOR, 15 Sessione, 985° incontro plenario, 1961. Per le colonie Portoghesi vedi Risoluzione dell'Assemblea Generale 1913, UN GAOR, 18° Sessione, 1270° incontro plenario, UN Doc.A/1913 (1963).

⁸⁴ Vedi *Competence of the General Assembly for the admission of a State to the United Nations advisory opinion*, 3 marzo 1950, ICJ Reports 1950, p. 9, *Certain Expenses of the United Nation (Article 17, paragraph 2, of the Charter) advisory opinion*, 20 luglio 1962, ICJ Reports, pp.159-161, 165,170-179 e *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 advisory opinion*, 21 giugno 1971, ICJ Report 1971, p.22. Vedi inoltre l'articolo 31(3)(b) della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, il quale afferma che nell'interpretare un trattato "There shall be taken into account, together with the context [...]any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation". La Corte ha riconosciuto il valore consuetudinario delle norme per l'interpretazione dei trattati contenute nell'articolo 31 della Convenzione di Vienna: vedi *Territorial Dispute (Libia/Chad)*, 13 febbraio 1994, ICJ Report 1994, pp. 21-22, par. 41 e *Kasikili/Sedudu Isle (Botswana/Namibia)*, 13 dicembre 1999, ICJ Report 1999(II), p.1059, par.18. L'articolo 5 della Convenzione di Vienna afferma inoltre che: "The present Convention applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization...." e ciò appare conforme a quanto espresso dalla Corte in merito all'interpretazione della Carta delle Nazioni Unite. Come ha affermato nell'opinione *Certain Expenses of the United Nation*, p. 157, "on the previous occasions when the Court has had to interpret the Charter of the United Nations, it has followed the principles e rules applicable in general in the interpretation of treaties, since it has recognized that the Charter is a multilateral treaty, albeit a treaty having a certain special characteristics".

⁸⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 27-28.

⁸⁶ La risoluzione 377A, *Uniting for Peace*, diede avvio alla possibilità per l'Assemblea di agire per il mantenimento della pace, qualora il Consiglio, sulla medesima questione, non sia stato in grado di agire causa il veto di uno dei membri permanenti. Vedi *oltre* par. 2.1.3.

dell'apporto fornito dall'Assemblea all'attività delle Nazioni Unite, soprattutto in relazione al Consiglio di Sicurezza. Entrambi gli organi svolgono ruoli di rilievo, spesso strettamente correlati, nel quadro internazionale, ma rimangono entità distinte, animate da finalità parzialmente differenti. Sono da considerarsi positive, quindi, le interpretazioni, come quella dell'articolo 12 fatta propria dalla Corte di Giustizia, che danno voce alla complessità presente nella Carta delle Nazioni Unite riconoscendo a ciascun organo il proprio spazio d'azione.⁸⁷

2.1.3 La facoltà di richiedere un'opinione consultiva alla Corte da parte della 10° Riunione Straordinaria d'Urgenza dell'Assemblea Generale.

Israele, dopo aver affermato l'incompetenza ad agire dell'Assemblea Generale in materia di mantenimento della pace⁸⁸, contestò la legittimità della risoluzione ES-10/14, in quanto non conforme ai criteri previsti dalla risoluzione 377A(V).

La risoluzione 377A cosiddetta *Uniting for peace resolution*, venne adottata dall'Assemblea Generale il 3 novembre 1950, nel pieno della crisi Coreana e della guerra fredda. Essa stabilì che se il Consiglio di Sicurezza a causa della mancanza di unanimità dei suoi membri permanenti, non fosse in grado di esercitare la sua competenza primaria in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, ogni qualvolta appaia esserci una minaccia alla pace, una rottura della pace, o un atto di aggressione, l'Assemblea Generale avrebbe dovuto considerare immediatamente la questione e decretare le appropriate raccomandazioni per l'adozione di misure collettive, ivi compresa, nel caso di una rottura della pace o di un atto di aggressione, la costituzione di forze armate delle Nazioni Unite. Tale risoluzione stabilì inoltre che, se non in seduta, l'Assemblea Generale avrebbe potuto riunirsi in una sessione straordinaria d'emergenza. Quest'ultima avrebbe potuto essere richiesta dal voto di almeno sette membri del Consiglio di

⁸⁷ Sull'esistenza del principio di "institutional balance" all'interno dell'organizzazione delle Nazioni Unite vedi SCHERMERS HENRY G, *op. cit.*, n. 68, pp. 150-151, par. 222. In particolare l'opinione del giudice Lachs nel *Lockerbie (Provisional Measures) Case (Libya v United Kingdom, United States)*, 3 marzo 1992, ICJ Reports 1992, par.138-139.

⁸⁸ Vedi *supra*, par. 2.1.2.

Sicurezza, oppure dalla maggioranza dei Membri delle Nazioni Unite.⁸⁹ Con tale risoluzione si prevede la possibilità per l'Assemblea di riunirsi, oltre che in sessioni speciali su richiesta del Consiglio o della maggioranza dei Membri delle Nazioni Unite "ove le circostanze lo richiedano", così come previsto dall'articolo 20 della Carta, anche in sessioni straordinarie d'urgenza. Fino ad ora, l'Assemblea è stata convocata 27 volte in sessione speciale e 10 in sessione straordinaria d'urgenza. Delle sessioni straordinarie d'urgenza, sei furono convocate per affrontare problematiche riguardanti il Medio-Oriente⁹⁰. La decima sessione straordinaria d'urgenza fu convocata per la prima volta nel 1997, a seguito del voto negativo di un membro permanente del Consiglio di Sicurezza su due proposte di risoluzioni riguardanti alcuni insediamenti israeliani nei Territori occupati. Su richiesta della maggioranza dei Membri delle Nazioni Unite, la decima sessione straordinaria si riunì il 24 aprile 1997 ed, il giorno seguente, fu adottata la risoluzione ES-10/2 nella quale si affermò che le ripetute violazioni da parte di Israele, la potenza occupante, del diritto internazionale e il mancato adeguamento alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza rilevanti in materia ed agli accordi raggiunti tra le parti, minavano il processo di pace in Medio-Oriente e costituivano una minaccia alla pace internazionale ed alla sicurezza. Contemporaneamente si condannavano le attività di colonizzazione di Gerusalemme Est e del resto dei Territori occupati⁹¹. A seguito dell'adozione della risoluzione ES-10/2, la decima sessione straordinaria venne temporaneamente aggiornata e da allora fu riconvocata 11 volte, l'ultima delle quali l'8 dicembre 2003.

Le contestazioni⁹² riguardo alla legittimità della richiesta da parte della decima sessione straordinaria d'urgenza di un'opinione consultiva, si fondarono, innanzi tutto, sul fatto che non era possibile lamentare un'inerzia da parte del Consiglio di Sicurezza così come prevista dalla risoluzione 377A, in quanto non era stata presentata alla sua attenzione alcuna proposta di risoluzione riguardante una richiesta d'opinione consultiva alla Corte. In secondo luogo, Israele pose l'accento sul fatto che, non più tardi di 19 giorni prima della risoluzione ES-10/14

⁸⁹ Vedi risoluzione 377 (V), parte A, disponibile su: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/059/75/IMG/NR005975.pdf?OpenElement> (ultima visita 28/11/05).

⁹⁰ Vedi Written Statement della Malaysia, pagg. 11-12, par. 31.

⁹¹ Vedi risoluzione *Illegal Israeli actions in occupied East Jerusalem e the rest of Occupied Palestinian Territory*, ES-10/2, 25 aprile 1997, disponibile su: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/772/51/PDF/N9777251.pdf?OpenElement> (ultima visita 28/11/05).

⁹² Soprattutto da parte di Israele, vedi Written Statement di Israele, pp. 57 e ss.

dell'Assemblea Generale, il Consiglio di Sicurezza aveva adottato la risoluzione 1515 che avallava la *Roadmap*, dimostrando così il suo persistente coinvolgimento nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionali e privando quindi l'Assemblea della competenza ad intervenire in materia. Attorno a questi due principali argomenti vennero poi sollevate delle questioni in merito alla prassi di funzionamento discontinua della decima sessione straordinaria d'emergenza ed alla contemporanea seduta dell'Assemblea Generale, in sessione ordinaria e straordinaria.

La Corte analizzò le contestazioni ed assunse una posizione decisa circa la questione della competenza della Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza dell'Assemblea Generale. Innanzi tutto, essa evidenziò quali erano le condizioni che dovevano essere soddisfatte affinché l'intervento dell'Assemblea dell'8 dicembre 2003 potesse dirsi legittimo. Per prima cosa doveva sussistere una situazione di minaccia alla pace, rottura della pace o un atto d'aggressione e in secondo luogo, il Consiglio doveva essersi trovato nell'impossibilità di assolvere il proprio compito di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. La Corte, ripercorrendo brevemente l'*iter* che portò all'adozione della risoluzione ES-10/14 e facendo un parallelismo con la ragione scatenante la prima riunione della Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza dell'Assemblea Generale nel 1997, rilevò come alla base di entrambe vi fu l'esercizio del diritto di veto da parte di un membro permanente del Consiglio di Sicurezza che impedì, in ambedue le situazioni, di agire per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. La Corte ritenne perciò verificato il secondo dei due pre-requisiti che fondavano l'attività della Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza dell'Assemblea, in quanto sostenne che non vi furono cambiamenti di rilievo tra il 14 ottobre 2003, data della votazione in Consiglio di Sicurezza della proposta di risoluzione riguardante la barriera nei Territori Occupati, e il 20 ottobre 2003, data in cui vennero riaperti i lavori della Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza dell'Assemblea, cambiamenti che avrebbero potuto portare il Consiglio a riconsiderare il proprio voto negativo alla proposta di risoluzione sulla barriera prima dell'8 dicembre 2003⁹³. A nulla valse affermare che in Consiglio non fu manifestata la volontà di richiedere un'opinione alla Corte, in quanto si sostenne che l'Assemblea è libera di adottare qualsiasi risoluzione che rientri entro le proprie materie di competenza o all'interno dei

⁹³ Data di adozione da parte dell'Assemblea Generale della risoluzione ES-10/14.

propri poteri⁹⁴. Parimenti irrilevante, ai fini della determinazione dell'inerzia del Consiglio, fu l'adozione della risoluzione 1515, nella quale non furono inserite disposizioni in merito alla costruzione della barriera. Per quanto riguardava la situazione di minaccia alla pace, rottura della pace o atto d'aggressione, la Corte non ebbe dubbi nell'affermare che anche tale condizione era stata pienamente verificata⁹⁵.

Passando ad analizzare le presunte irregolarità procedurali, quali la riconvocazione per undici volte della Decima sessione straordinaria d'urgenza e la contemporanea seduta dell'Assemblea in sessione ordinaria, la Corte offrì un'interpretazione semplice e coincisa della disciplina rilevante. Con riguardo alla prima questione, la Corte sottolineò l'esistenza di precedenti plurime riconvocazioni della sessione Straordinaria d'urgenza⁹⁶ (anche se, a differenza della Decima Sessione Straordinaria d'Urgenza, avvennero tutte entro lo stesso anno e a distanza ravvicinata), ed il fatto che la validità delle risoluzioni adottate durante tali sessioni non venne mai messa in discussione. In merito invece alla contemporaneità di sessione ordinaria e straordinaria, la Corte evidenziò che, pur non essendo esplicitamente prevista tale necessità dalla Carta delle Nazioni Unite, non era neppure esplicitamente vietata e dunque non risultava violata alcuna norma organizzativa che potesse inficiare la validità della risoluzione che richiedeva l'opinione consultiva⁹⁷. Per concludere, la Decima sessione straordinaria d'Urgenza dell'Assemblea Generale fu convocata in data 8 dicembre 2003, nel pieno rispetto dell'articolo 9(b)⁹⁸ delle norme di procedura dell'Assemblea Generale. In base al principio di presunzione di validità degli atti adottati entro un organo regolarmente costituito e nel rispetto delle norme di procedura proprie di tale

⁹⁴ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 32.

⁹⁵ *Ibid.*, par. 31.

⁹⁶ La settima sessione straordinaria d'urgenza è stata convocata la prima volta il 22 luglio 1980, e poi successivamente riconvocata quattro volte (20 aprile 1982, 25 giugno 1982, 16 agosto 1982 e 24 settembre 1982).

⁹⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 33-35.

⁹⁸ Articolo 9 delle norme di procedura dell'Assemblea Generale "a) Any Member of the United Nations may request the Secretary-General to convene a special session of the General Assembly. The Secretary-General shall immediately inform the other Members of the request and inquire whether they concur in it. If within thirty days of the communication of the Secretary-General a majority of the Members concur in the request, a special session of the General Assembly shall be convened in accordance with rule 8. b) This rule shall apply also to request of any Members of the United Nations for an emergency special session pursuant to resolution 377 A (V). In such a case the Secretary General shall communicate with the other Members by the most expeditious means of communication available."

organo⁹⁹, non furono riscontrate ragioni in base alle quali la Corte potesse ritenere la risoluzione ES-10/14 invalida.

Si sarebbe potuto invece obiettare che l'eventuale invalidità della Decima Riunione Straordinaria di Emergenza non influiva in alcun modo sulla sussistenza della giurisdizione della Corte¹⁰⁰. Ancorché la Decima Riunione Straordinaria d'Emergenza avesse agito *ultra vires*, ciò poteva essere considerato come una semplice irregolarità procedurale che non inficiava l'ampia competenza riconosciuta all'Assemblea Generale, ex articolo 96, di richiedere un parere alla Corte su qualsiasi questione giuridica¹⁰¹. Secondo questa interpretazione, l'analisi della Corte sulla legittima convocazione della Decima Riunione Straordinaria d'Emergenza potrebbe essere letta come un semplice monito inviato all'Assemblea ed agli altri organi delle Nazioni Unite, al rispetto delle proprie competenze e norme procedurali. Carente di un formale potere di *judicial review* degli atti degli organi delle Nazioni Unite, la Corte potrebbe aver utilizzato la verifica della propria giurisdizione come sede per valutare la correttezza dell'operato dell'Assemblea Generale¹⁰².

La Corte oppose alle contestazioni d'Israele in merito alla competenza della Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza nel richiedere il parere un'applicazione formalistica della disciplina, verificando semplicemente che le regole di procedura rilevanti in materia fossero rispettate. Una volta appurata la validità della risoluzione ES-10/14, la Corte non entrò nel merito della legittimità della prassi introdotta dalla risoluzione *Uniting for Peace*, probabilmente perché ciò sarebbe stato estraneo all'accertamento della propria giurisdizione. Come affermato in precedenza¹⁰³, le opinioni consultive della Corte di Giustizia contribuiscono a formare od a confermare il diritto consuetudinario e, nella fattispecie in esame, il parere attraverso la mancata contestazione dell'attività dell'Assemblea in base alla risoluzione 377A, potrebbe aver contribuito ad avvalorare la tesi di chi sostiene la formazione di norme consuetudinarie in merito. Lo

⁹⁹ Vedi *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 advisory opinion*, 21 giugno 1971, ICJ Report 1971, p. 22, par.20.

¹⁰⁰ Vedi O'KEEFE ROGER, *Legal Consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory: a commentary*, in *Revue Belge de droit international*, vol 37, n. 1, 2004, pp. 130.

¹⁰¹ Sul significato della dottrina degli atti "ultra vires" e sulla rilevanza di irregolarità procedurali nell'invalidazione di un atto di organi internazionali vedi AMERASINGHE CHITTHARANJAN FELIX, *op. cit.*, n. 68, p. 210 e ss.

¹⁰² O'KEEFE ROGER, *op. cit.*, n. 100, pp. 130.

¹⁰³ Vedi *supra*, par. 1.7 .

scetticismo manifestato da alcuni autori¹⁰⁴ riguardo alla formazione di una norma consuetudinaria che permette all'Assemblea di agire per il mantenimento della pace qualora il Consiglio di Sicurezza ne sia incapace, sembra non trovare il sostegno della Corte, la quale, pur non entrando nel merito della questione, asseconda senza troppa difficoltà tale procedura.

2.1.4 La composizione della Corte Internazionale di Giustizia.

Appurata la competenza dell'Assemblea Generale a richiedere il parere, l'attenzione della Corte si indirizzò a verificare la propria giurisdizione sulla materia. Un primo elemento di discussione fu rappresentato dalla composizione del collegio, ed in particolare venne contestata la presenza di un giudice nello specifico.

Israele indirizzò alla Corte una lettera in cui fece osservare che “*a Member of the Court (il giudice Elaraby) who has played a leading role in recent years in the very Emergency Special Session from which the advisory opinion request has now emerged*”¹⁰⁵ stava partecipando al procedimento. Inoltre, in tale lettera si sottolineava che il giudice Elaraby aveva rilasciato un'intervista ad un quotidiano egiziano nel 2001 in cui esprimeva la propria posizione circa la questione medio-orientale. Per tali motivi Israele ne chiese la riconsiderazione in applicazione dell'articolo 17(2) dello Statuto. L'articolo 17(2) dello Statuto della Corte prevede che: “*No member may participate in the decision of any case in which he has previously taken part as agent, counsel, or advocate for one of the parties, or as a member of a national or international court, or of a commission of enquiry, or in any other capacity*”. La Corte in un'ordinanza del 30 gennaio 2004¹⁰⁶ richiamò l'analoga questione che era stata sollevata nel caso della Namibia¹⁰⁷ e sottolineò che le attività che il giudice Elaraby svolse in qualità di rappresentante diplomatico del suo Paese¹⁰⁸, contestate perché attinenti alla materia sottoposta al giudizio della Corte, e la sua partecipazione alla

¹⁰⁴ Vedi CONFORTI BENEDETTO, *op. cit.*, n. 56, p. 231-232.

¹⁰⁵ Written statement di Israele, p. 26, par. 2.17.

¹⁰⁶ *Composition of the Court Order*, 30 gennaio 2004, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 30/11/05).

¹⁰⁷ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, 21 giugno 1971, I.C.J. Reports 1971.

¹⁰⁸ Egitto.

Decima Riunione Straordinaria d'Urgenza risalivano ad un periodo antecedente la costruzione della barriera. Inoltre la contestata intervista rilasciata dal giudice nell'agosto 2001 non conteneva alcun riferimento al caso in esame. Per tali motivi la Corte non ritenne integrate le condizioni dell'articolo 17(2) dello Statuto. Tale ordinanza fu adottata con il solo voto negativo del giudice Buerenthal, il quale peraltro si dichiarò in accordo con la posizione espressa dalla Corte. Egli sostenne che le condizioni dell'articolo 17(2) non erano effettivamente soddisfatte dalla fattispecie specifica, ma sottolineò invece come questa fosse un'interpretazione formalistica e rigida della disciplina. A suo avviso l'etica giuridica ed i concetti di giustizia ed imparzialità sono questione di sensibilità alle apparenze. Proprio un'apparenza di pregiudizio nell'intervista rilasciata fondò la sua convinzione che, applicando l'articolo 17(2) in maniera più flessibile, al giudice Elaraby si sarebbe dovuta precludere la partecipazione al procedimento¹⁰⁹.

Le obiezioni sollevate in merito alla partecipazione del giudice Elaraby non erano altro che l'espressione del delicato clima politico entro cui si rendeva il parere. Così come il giudice Elaraby, altri giudici della Corte si trovavano in situazioni sensibili agli interessi dell'una o dell'altra "parte". I giudici americano e inglese erano entrambi ebrei e consapevoli della loro posizione sensibile nei confronti degli atteggiamenti antisemiti. I giudici Koroma, Elaraby e Al-Khasaswneh invece erano musulmani e due di loro provenienti da Paesi, rispettivamente Egitto e Giordania, che combatterono contro Israele tra il 1948 e il 1973. La posizione del giudice Simma, tedesco, era anch'essa sensibile alla questione trattata in ragione dell'Olocausto, di cui il giudice Buerenthal era un sopravvissuto. Il giudice francese, Guillaume, per finire, era conscio degli episodi di antisemitismo manifestatisi in Francia e del peggioramento delle relazioni tra Francia e Israele¹¹⁰. Sembra palese, dunque, che la questione della barriera poteva creare delle complicazioni in ragione della confessione o della nazionalità alla generalità dei membri della Corte, nessuna delle quali però di rilevanza tale da impedire ad uno dei giudici, il giudice Elaraby, di partecipare al procedimento ed esercitare la propria funzione con imparzialità e obiettività.

¹⁰⁹ Vedi *Dissenting Opinion of Judge Buerenthal* sull'ordinanza *Composition of the Court*, 30 gennaio 2004, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 28/11/05).

¹¹⁰ O'KEEFE ROGER, *op. cit.*, n. 100, p. 99.

2.1.5 L'attività consultiva della Corte Internazionale di Giustizia

Un ulteriore argomento che la Corte affrontò ai fini della verifica della propria giurisdizione fu la connotazione di giuridicità della questione sottoposta al suo esame, secondo quanto espressamente richiesto dagli articoli 96 della Carta e 65 dello Statuto della Corte.

Come già evidenziato¹¹¹, l'articolo 96 della Carta delle Nazioni Unite si occupa dei soggetti che possono sollecitare l'attività consultiva della Corte e circoscrive tale potere, per quanto riguarda gli istituti specializzati e gli organi delle Nazioni Unite diversi da Consiglio e Assemblea, unicamente alle materie rientranti all'interno degli scopi della loro attività. Nel caso riguardante la legalità dell'utilizzo di armi nucleari da parte di uno Stato¹¹², la Corte rigettò la richiesta formulata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità in quanto ritenne che, sebbene le materie riguardanti gli effetti dell'utilizzo delle armi nucleari e la questione delle misure preventive da adottare nel caso in cui tali armi fossero adoperate, sarebbero rientrate negli scopi dell'attività dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, la richiesta di parere consultivo non aveva ad oggetto tali materie ma bensì la legalità dell'utilizzo delle armi nucleari nel contesto degli effetti ambientali e sanitari connessi. L'Assemblea Generale ed il Consiglio di Sicurezza possono invece richiedere un parere su qualsiasi questione, purché questa sia classificabile come giuridica, ed è compito della Corte che riceve la richiesta verificare che tale criterio sia integrato. Il nodo centrale delle contestazioni sollevate da Israele in merito, riguardava la mancanza di giuridicità della questione a scapito di una forte connotazione politica. Questa obiezione, sulla natura politica della materia oggetto della richiesta di parere, assieme a numerose altre, fu esaminata dalla Corte ai fini di accertare la propria giurisdizione.

Innanzitutto, la Corte si occupò della contestazione riguardante la mancanza di chiarezza e di precisione nella formulazione della questione sottoposta al suo esame. Venne affermato che ipotizzare "conseguenze giuridiche" della costruzione del muro implicava due possibili interpretazioni che conducevano entrambe a negare la giurisdizione della Corte¹¹³. La richiesta

¹¹¹ Vedi *supra*, par.2.1.1.

¹¹² *Legality of the Use by A State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 8 luglio 1996, ICJ Reports 1996.

¹¹³ Vedi, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 36.

poteva essere interpretata come istanza che chiedeva il riconoscimento dell'illegalità della costruzione del muro e la pronuncia di un parere sulle conseguenze di tale illegalità, oppure come istanza di fronte alla quale la Corte era richiesta presumere l'illegalità del muro e fornire un parere su tale presunta illegalità. Proprio a causa di tale duplicità di interpretazioni, la richiesta venne contestata in quanto imprecisa e di natura astratta. Essa avrebbe difettato per tali motivi del carattere della giuridicità.

La Corte sottolineò, invece, come la richiesta fosse stata formulata in termini giuridici e riguardasse questioni di diritto internazionale e perciò, richiamando quanto espresso nel parere sul Sahara Occidentale¹¹⁴, ritenne che integrasse appieno la definizione di "questione giuridica". La Corte proseguì poi nell'evidenziare che un'eventuale mancanza di chiarezza non avrebbe comportato il venir meno della propria giurisdizione. Vi furono numerosi casi in cui la richiesta o non era formulata accuratamente¹¹⁵ o non corrispondeva alla reale questione giuridica da considerare¹¹⁶ o, ancora, la richiesta era espressa in modo infelice e vago.¹¹⁷ In tali circostanze, si rese dunque necessario interpretare o perfino riformulare la richiesta¹¹⁸. Nel caso in esame, invece, alla Corte non fu richiesto altro se non identificare i principi e le norme applicabili, interpretarli ed applicarli¹¹⁹, il che significava determinare se la costruzione del muro fosse conforme o meno all'esistente disciplina internazionale.

¹¹⁴ A question has "been framed in terms of law e raise(s) problems of international law, it is by its very nature susceptible of a reply based on law; indeed it is scarcely susceptible of a reply otherwise than on the basis of law. In the view of the Court, it is indeed a question of a legal character", *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975, p. 18, par. 15.

¹¹⁵ "Did not accurately state the question on which the Court's opinion was being sought", *Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV)*, Advisory Opinion, 28 agosto 1928, P.C.I.J., Series B, No.16(I), pp.14-16.

¹¹⁶ "not correspond to the true legal question under consideration", *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO e Egypt, Advisory Opinion*, 20 dicembre 1980, I.C.J. Reports 1980, pp. 87-89, par. 34-36.

¹¹⁷ "the question put to the Court is, on the face of it, at once infelicitously expressed e vague", *Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion*, 20 luglio 1982, I.C.J. Reports 1982, p. 348, par. 46.

¹¹⁸ Vedi *Jaworzina, Advisory Opinion*, 6 dicembre 1923, P.C.I.J., Series B, No.8, *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, Advisory Opinion*, 1 giugno 1956, I.C.J. Reports 1956, p. 25; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion*, 20 luglio 1962, I.C.J. Reports 1962, pp. 157-162.

¹¹⁹ "Identify the existing principles e rules, interpret them e apply them, thus offering a reply to the question posed based on law", *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 luglio 1996, I.C.J. Reports 1996(I), p. 234, par. 13.

Per quanto riguardava invece l'osservazione in merito all'astrattezza della richiesta, la Corte affermò che la formulazione della questione, astratta o meno, non faceva sorgere problemi di giurisdizione¹²⁰. Sembra dunque possibile chiedere alla Corte di pronunciarsi, fondandosi su elementi giuridici, in merito ad una qualsiasi questione astratta riguardante il diritto¹²¹. Bisogna puntualizzare però, che “questioni di natura giuridica” non equivale a “questioni puramente giuridiche” e, dunque, non è escluso che possano essere rilevanti anche elementi di fatto, come la Corte affermò nel parere sulla Namibia¹²² e sul Sahara Occidentale¹²³.

L'ultima obiezione considerata riguarda la connotazione politica della questione. La Corte, dopo aver richiamato con decisione la propria giurisprudenza in merito¹²⁴, ribadì che non v'erano ragioni per concludere che la presenza di elementi politici potesse portare a escludere la propria giurisdizione. In diverse occasioni la Corte aveva affermato che inevitabilmente diritto internazionale e politica internazionale s'intersecano e che, immancabilmente, le questioni sottoposte alla sua attenzione avevano valore e ricadute politiche, provenendo da entità politiche composte di Stati. Nell'opinione sulle condizioni d'ammissione di uno Stato alle Nazioni Unite, ad esempio, essa affermò di esaminare la materia solo in “termini astratti” senza considerare i motivi politici che sarebbero potuti essere alla base della richiesta o la distribuzione dei voti nell'adozione della risoluzione¹²⁵. Nell'opinione sull'utilizzo di armi nucleari¹²⁶, la Corte sottolineò che la natura politica di una questione non poteva impedire l'emissione del parere e che non poteva rifiutarsi di ammettere il carattere giuridico di una questione che la invitava ad eseguire un compito

¹²⁰ Vedi *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 40.

¹²¹ Vedi *Conditions of Admissions of a State to Membership in the United Nations*, 28 maggio 1948, ICJ Reports 1948, p. 61.

¹²² “The contingency that there may be factual issues underlying the question posed does not alter its character as a legal question as envisaged in article 96 of the charter. The reference in this provision to legal questions cannot be interpreted as opposing legal to factual issues. Normally, to enable a Court to pronounce on legal questions, it must also be acquainted with, take into account e, if necessary, make findings as to the relevant factual issues”, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, 21 giugno 1971, ICJ Reports 1971, p. 27, par. 40.

¹²³ “A mixed question of law e facts is none the less a legal question”, *Western Sahara Advisory Opinion*, ICJ Reports 1975, p. 19, par. 17.

¹²⁴ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par.41.

¹²⁵ *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of Charter) Advisory Opinion*, 28 maggio 1948, ICJ Reports 1948.

¹²⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion*, 8 luglio 1996, ICJ Reports 1996.

essenzialmente giuridico, in particolare, una chiarificazione sulla legalità del comportamento degli Stati rispetto agli obblighi posti a loro carico dal diritto internazionale.¹²⁷ La Corte, inoltre, ebbe occasione di evidenziare che proprio in situazioni dove le considerazioni politiche sono preminenti, il parere consultivo risultava particolarmente necessario per offrire agli organismi competenti gli strumenti giuridici idonei ad affrontare la materia oggetto del dibattito.¹²⁸ La giurisprudenza della Corte di Giustizia riuscì a definire in maniera alquanto precisa in che modo poteva concretizzarsi una questione giuridica e, sulla base dei propri precedenti, la Corte non negò che potessero essere coinvolti elementi politici nella questione riguardante la costruzione di un muro, ma affermò che tali elementi non erano sufficienti per negare la propria giurisdizione.

Verificata dunque la piena competenza della Corte ad accogliere la richiesta di parere consultivo, restava da esaminare se vi fossero ragioni per cui fosse opportuno non rendere il parere.

2.1.6 Il potere discrezionale della Corte Internazionale di Giustizia nel rendere un parere.

Accertata la propria giurisdizione, la Corte di Giustizia passò ad esaminare se vi erano “*compelling reasons*” che la potessero portare ad astenersi per ragioni di “*propriety*”, dal rendere il parere.

La dottrina della “*propriety*” viene fatta risalire all’atteggiamento tenuto dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso dello Statuto della Carelia orientale¹²⁹. In quel frangente, la Finlandia, membro della Società delle Nazioni, portò davanti al Consiglio della Società una disputa con la Russia, la quale non era membro della Società delle Nazioni e aveva espresso la propria opposizione al coinvolgimento del Consiglio della Società. Il Consiglio, investito della questione, si rivolse alla Corte Permanente affinché quest’ultima decidesse la controversia. Questo fu il primo caso in cui la Corte si rifiutò di rendere un parere, e la motivazione offerta in quella

¹²⁷ “Whatever its political aspects, the Court cannot refuse to admit the legal character of a question which invites it to discharge an essentially judicial task, namely, an assessment of the legality of the possible conduct of States with regard to the obligations imposed upon them by international law”, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, pp. 11-12, par. 16.

¹²⁸ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt case*, 20 dicembre 1980, ICJ Report 1980.

¹²⁹ *Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion*, 23 luglio 1923, P.C.I.J., Series B, No.5.

circostanza fu la mancanza di consenso della Russia alla sua giurisdizione. Non venne fatto uso di alcun potere discrezionale, unicamente la Corte non si ritenne competente a conoscere della controversia dato che la Russia non aveva aderito alla Società della Nazioni, né aveva espresso il proprio consenso alla giurisdizione della Corte Permanente. In conformità a quanto statuito in questo precedente, ed in particolare che la Corte, in quanto organo giudiziario, non può nel rendere un parere consultivo, allontanarsi dalle norme essenziali che guidano la sua attività,¹³⁰ si è sviluppata la dottrina della “*propriety*”. Tale dottrina prende le mosse dal tono permissivo del dettato dell’articolo 65 dello Statuto della Corte, secondo cui “*The Court may (peut) give an advisory opinion on any legal question*”, e fu più volte riaffermata dalla stessa Corte Internazionale di Giustizia. Nell’opinione riguardante l’utilizzo di armi nucleari¹³¹ venne riconosciuta la possibilità di non rendere un parere anche se le condizioni per la sussistenza della giurisdizione della Corte erano soddisfatte. Lo stesso principio fu ribadito nell’opinione sull’interpretazione dei Trattati di Pace¹³² dove la Corte affermò che l’articolo 65 le conferiva il potere di esaminare se le circostanze di una questione erano tali da condurla a declinare l’opinione consultiva. E’ interessante, però, notare come in quest’ultimo parere la Corte affermò anche che il rendere un’opinione consultiva, in quanto organo delle Nazioni Unite, rappresentava la sua partecipazione alle attività dell’organizzazione ed in principio tale attività non dovrebbe essere rifiutata¹³³. Unicamente “*compelling reasons*” avrebbero potuto portare la Corte a negare un parere,¹³⁴ cosa che sarebbe risultata altrimenti incompatibile con l’esercizio della funzione giudiziaria, come affermato nel caso dello Statuto della Carelia orientale¹³⁵. Appare altrettanto rilevante che la Corte nel corso della sua attività non abbia mai riscontrato l’esistenza di “*compelling reasons*” in grado di convincerla a rifiutarsi di rendere un parere. L’unica circostanza, dopo il caso dello Statuto della Carelia orientale,

¹³⁰ “The Court, being a Court of Justice, cannot, even in giving advisory opinions, depart from the essential rules guiding their activity as a Court”, *Ibid*, p. 29.

¹³¹ *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 8 luglio 1996, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 234, par. 14.

¹³² *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania of 30 March 1950*, 30 marzo 1950, ICJ Reports, 1950, pp. 65-72.

¹³³ *Ibid*, p. 71, e vedi inoltre *Reservation to the Convention on the Prevention e Punishment of the Crime of Genocide*, 28 maggio 1951, ICJ Reports 1951, pp. 15-19.

¹³⁴ *Certain Expenses of the United Nations*, 20 luglio 1962, I.C.J. Reports 1962, p. 155 ; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights*, 29 aprile 1999, I.C.J. Reports 1999 (I), pp. 78-79, par. 29.

¹³⁵ Vedi *supra*, nota 130.

in cui la Corte non rese un parere a lei richiesto risale alla questione inerente all'uso di armi nucleari da parte di uno Stato¹³⁶, ove però la ragione fondante il rifiuto era riconducibile alla mancanza di giurisdizione della Corte, e non alla valutazione di "*propriety*" dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Si può affermare, dunque, che la Corte ha adottato in linea di principio la tesi della "*propriety*", ma ha poi evitato di farne applicazione. Su tale osservazione, unita alla considerazione che l'argomento dell'interpretazione letterale dell'articolo 65 dello Statuto risulta assai labile, si fonda la perplessità di chi, come Conforti, sostiene che la dottrina della "*propriety*" dovrebbe essere abbandonata per abbracciare l'orientamento teso a non limitare in alcun modo la competenza a dare pareri¹³⁷. Vi sono poi opinioni favorevoli alla dottrina della "*propriety*", purché interpretata in modo "corretto"¹³⁸. In particolare, chi sostiene la dottrina della "*propriety*" afferma che le condizioni per l'esercizio della funzione giurisdizionale, in sede contenziosa così come in sede consultiva, coinvolgono non solo questioni riguardanti la giurisdizione, quali, in sede consultiva, l'accertamento della giuridicità della questione e della competenza dell'organo richiedente un'opinione, ma anche elementi di ammissibilità della questione. Mentre per la verifica dell'ammissibilità di una questione in sede contenziosa, i parametri da accertare sono chiari e specifici, nel compiere la stessa operazione in sede consultiva s'incontrano delle difficoltà derivanti dal fatto che le condizioni di ammissibilità sono alquanto generali. Nonostante la generalità dei parametri d'ammissibilità, però, la discrezionalità in sede consultiva non deve essere motivata da ragioni d'opportunità e convenienza, ma bensì da "*compelling reasons*" che impediscono un corretto esercizio della funzione giurisdizionale¹³⁹. Attraverso questa lettura della facoltà di non rendere un'opinione consultiva, la "*propriety*" assume il valore di una limitazione inerente alla funzione giurisdizionale e non coinvolge valutazioni di merito riguardanti la collaborazione della Corte di Giustizia con gli altri organi delle Nazioni Unite. In tal modo si riesce a ricondurre l'elemento della discrezionalità all'interno dell'esercizio della funzione giurisdizionale da parte della Corte. Tale funzione è soggetta a delle inerenti limitazioni, che non risultano meno imperative

¹³⁶ *Legality of the Use by A State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, 8 luglio 1996, ICJ Reports 1996.

¹³⁷ Vedi CONFORTI BENEDETO, *op. cit.*, n. 56, p. 287-288.

¹³⁸ Vedi Written Statement della Lega degli Stati Arabi, p. 12 e ss.

¹³⁹ Vedi Written Statement della Lega degli Stati Arabi, p. 18.

per il solo fatto che sono difficili da catalogare¹⁴⁰. La discrezionalità riconosciuta diventa così uno speciale dovere di vigilanza che la Corte deve esercitare per verificare l'ammissibilità della richiesta.

La posizione favorevole alla "*propriety*" sembra ampiamente condivisibile. La "*propriety*", però, come dottrina discendente dal caso della Carelia orientale, manca di una concreta base giuridica su cui poggiarsi, in quanto il precedente della Carelia orientale, ancorché meritevole di nota per ciò che attiene il rilievo dato alle norme di condotta proprie di una Corte di Giustizia, non è realmente pertinente e spesso abusato. La "*propriety*" come dottrina, invece, discendente dal dettato dell'articolo 65 dello Statuto della Corte appare logicamente corretta. Infatti è opportuno notare l'impiego dei verbi *may/peut* nell'articolo 65 e ricercare un motivo che giustifichi il loro utilizzo nell'articolo. Proprio in quanto l'appiglio offerto dall'articolo 65 non risulta essere molto solido, sembra ragionevole la tesi di chi considera la "*propriety*" e le "*compelling reasons*" ad essa connesse, alla stregua di condizioni di ammissibilità e quindi come elementi inerenti all'esercizio della funzione giurisdizionale, senza esaminare il merito dei delicati equilibri che regolano i rapporti di collaborazione tra organi delle Nazioni Unite. Il principio di partecipazione all'attività dell'Organizzazione, affermato dalla Corte nel caso sull'interpretazione dei Trattati di Pace, rimane comunque fondante l'intera materia della funzione consultiva e proprio grazie al suo notevole valore l'attività della Corte è declinabile unicamente, quando vi siano "*compelling reasons*" che fungono da garanzia del principio di partecipazione all'Organizzazione, ma che permettono pure, in quanto non precisamente definite, di dare spazio all'attuazione della discrezionalità espressa dai verbi *may/peut* presenti nell'articolo 65.

2.1.7 Gli argomenti suggeriti per indurre la Corte Internazionale di Giustizia a fare uso del suo potere discrezionale nell'attività consultiva.

Nel Parere in oggetto, la Corte aderì alla dottrina dell'esercizio discrezionale della propria funzione consultiva e richiamò quanto affermato nei numerosi precedenti. In particolare, essa fece

¹⁴⁰ *Northern Cameroon Case (Cameroon v. United Kingdom)* 2 dicembre 1963, ICJ Reports 15, 1963, p. 30.

espreso riferimento al principio in base al quale, secondo il dettato dell'articolo 65 dello Statuto, ancorché tutti gli elementi necessari per la corretta instaurazione della propria giurisdizione siano soddisfatti, la Corte potrebbe declinare la richiesta di parere, ma unicamente ove sussistano “*compelling reasons*” che impediscano il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale e la partecipazione della Corte, come organo delle Nazioni Unite, all'attività dell'Organizzazione cui appartiene¹⁴¹. Evidenziata la facoltà di non rendere il parere, la Corte sottolineò poi che tale possibilità, frutto dell'esercizio del proprio potere discrezionale, non si era concretizzata in alcuna circostanza.

La Corte passò quindi ad analizzare le singole obiezioni che le erano state mosse, affinché, per ragioni di “*propriety*” non rendesse il parere. Gli Stati Uniti¹⁴², la Germania, l'Australia¹⁴³, le Isole Marshall, la Repubblica di Micronesia e la Repubblica di Palau obiettarono che la funzione consultiva della Corte non dovrebbe essere usata per aggirare il principio secondo cui l'appianamento di una controversia richiede il consenso di entrambe le parti coinvolte. La Francia aggiunse poi che tale richiesta di parere avrebbe potuto diventare un precedente pericoloso, invitando le parti a votare una risoluzione in Assemblea per portare davanti alla Corte questioni sulle quali non sarebbe competente in sede contenziosa¹⁴⁴. Israele dichiarò che la questione sottoposta all'attenzione della Corte era parte integrante di una controversia di maggiori dimensioni tra Israele e Palestina, e per la quale Israele non aveva mai manifestato il consenso affinché fosse risolta attraverso i mezzi giudiziari. Israele, in merito, richiamò il precedente dello Statuto della Carelia orientale ed il principio del necessario consenso di entrambe le parti coinvolte qualora la questione riguardi una controversia tra Stati¹⁴⁵.

La Corte, mettendo in luce come fosse necessario distinguere il piano della giurisdizione contenziosa, ove il consenso degli Stati era necessario, da quello della giurisdizione consultiva, ove non lo era, affermò che il rifiuto nel caso della Carelia orientale fu dettato da ragioni di

¹⁴¹ Vedi *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 43-45.

¹⁴² Written statement degli Stati Uniti d'America, pp. 1-31, par. 1.1-5.2.

¹⁴³ Written statement dell'Australia, pp. 5-13, par. 8-28.

¹⁴⁴ Written Statement della Francia, p. 5, par. 6.

¹⁴⁵ Written Statement di Israele, p. 99, par. 7.1 e ss.

giurisdizione e non di “*propriety*”. Proseguì poi citando il caso del Sahara occidentale¹⁴⁶, dove ribadendo il principio enunciato nel parere sulla Carelia orientale, aveva affermato che la mancanza del consenso di uno Stato poteva rendere incompatibile con la natura giurisdizionale della Corte l’emanazione di un parere. Ciò si potrebbe verificare qualora la risposta alla richiesta avesse come effetto l’aggirare il principio consensualistico della giurisdizione contenziosa. Nonostante ciò, così come nel parere sul Sahara occidentale, anche in quello sulla costruzione di un muro nei Territori palestinesi occupati, la Corte non si rifiutò di rendere l’opinione¹⁴⁷. La Corte riconobbe che Israele e l’Autorità nazionale palestinese presentavano opinioni radicalmente diverse sulla costruzione del muro, ma sottolineò che visioni divergenti di una medesima questione si erano manifestate in ogni procedimento consultivo¹⁴⁸. La Corte utilizzò poi lo stesso ragionamento che l’aveva portata a non declinare il parere nel caso del Sahara occidentale e quindi affermò che la richiesta di opinione non era limitata ad una controversia tra Stati, ma bensì interessava una questione di ben più ampio respiro. La costruzione di una barriera nei Territori palestinesi occupati era oggetto dell’interesse delle Nazioni Unite e dei suoi organi che, fin dall’epoca del Mandato Britannico e della Risoluzione sulla partizione della Palestina, furono coinvolti nella “Questione palestinese”. Ciò era evidente se si considerava l’elevato numero di risoluzioni adottate dalle Nazioni Unite in materia, non ultima la risoluzione dell’Assemblea Generale del 3 dicembre 2002 in cui si ribadì espressamente che sussisteva una responsabilità permanente della stessa Assemblea per una risoluzione internazionalmente legittima della “Questione palestinese”¹⁴⁹. La Corte, dunque, non ritenne applicabile il principio affermato nel caso del Sahara occidentale e considerò la richiesta di parere uno strumento che assisteva l’Assemblea nello svolgimento delle proprie funzioni. Non era evidente quindi l’esistenza di “*compelling reasons*” che la inducessero a non pronunciarsi.

¹⁴⁶ *Western Sahara Advisory Opinion*, 16 ottobre 1965, I.C.J. Reports 1975, p. 25, par. 32-33.

¹⁴⁷ Nel caso del Sahara occidentale la Corte rese il parere affermando di non trovarsi di fronte ad una controversia nata nel quadro di relazioni bilaterali, ma bensì di fronte ad una controversia nata in seno ai dibattiti dell’Assemblea, entro le problematiche da essa trattate.

¹⁴⁸ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 46 e seguenti.

¹⁴⁹ “A permanent responsibility towards the question of Palestine until the question is resolved in all its aspects in a satisfactory manner in accordance with international legitimacy”, Risoluzione dell’Assemblea Generale 57/107, 3 dicembre 2002, disponibile su: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/544/92/PDF/N0254492.pdf?OpenElement> (ultima visita 28/11/05).

La Corte proseguì poi con l'analisi di un'altra obiezione, circa l'effetto negativo che il parere avrebbe avuto sul processo di pace in atto e avvallato dal Consiglio di Sicurezza.¹⁵⁰ Israele citò i tentativi di soluzione del conflitto israelo-palestinese e fece notare come tutti fossero stati attuati con lo strumento della negoziazione. Per tale ragione, un'opinione della Corte avrebbe avuto solo l'effetto di mettere a repentaglio gli sforzi compiuti per giungere alla *Roadmap*¹⁵¹. Pure gli Stati Uniti, le Isole Marshall, la Repubblica di Micronesia, l'Australia¹⁵², il Canada, la Repubblica di Palau e il Cameroun¹⁵³ sostennero che la questione sottoposta alla Corte riguardava materie che erano in fase di negoziazione e che, un eventuale parere avrebbe avuto l'unico effetto di compromettere il processo di pace¹⁵⁴. L'Unione Europea affermò che l'opinione non aiutava il dialogo politico e sarebbe stata alquanto inappropriata¹⁵⁵. Il Giappone dichiarò che unicamente l'implementazione della *Roadmap* poteva condurre ad una soluzione pacifica del conflitto. La Federazione Russa affermò che la pronuncia della Corte avrebbe rappresentato solo un ulteriore ostacolo al processo di pace.¹⁵⁶ Questa specifica contestazione fu avanzata, come si può notare, da un elevato numero di Paesi, ma la Corte, pur conscia che la *Roadmap* era l'ambito entro il quale si stavano svolgendo i negoziati per il raggiungimento di una soluzione pacifica alla controversia, affermò di non riuscire a comprendere in che modo la sua opinione avrebbe potuto influenzare negativamente tali negoziati¹⁵⁷. Per tale motivo non ritenne sussistente, da questo punto di vista, alcuna ragione che la poteva portare a declinare la propria giurisdizione. Appare inoltre, degna di nota la considerazione espressa dal giudice Al-Khasawneh nella sua *separate opinion*. Egli sottolineò il fatto che i negoziati sono dei mezzi per il raggiungimento di fini, e non dei fini in se stessi¹⁵⁸. In questo senso, i negoziati di pace, in quanto strumenti per il raggiungimento di una finalità avvallata e sostenuta dalle Nazioni Unite, non si potevano sottrarre al rispetto e

¹⁵⁰ Written Statement di Israele, pp. 91-98, par. 6.1-6.16.

¹⁵¹ *Ibid*, pp. 112-117, par. 9.1-9.15.

¹⁵² Written Statement dell' Australia, pp. 3-4, par. 2-3.

¹⁵³ Written Statement della Repubblica del Cameroun, p. 1.

¹⁵⁴ Written Statement degli Stati Uniti d'America, pp. 1-31, par. 1.1-5.2.

¹⁵⁵ Vedi Written Statement dell'Irlanda in rappresentanza dell'Unione Europea, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 28/11/05).

¹⁵⁶ Written Statement della Federazione Russa p. 5.

¹⁵⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par.53.

¹⁵⁸ *Separate Opinion* disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 28/11/05).

all'applicazione delle regole giuridiche che disciplinano la vita della comunità internazionale. Se si lasciassero i diversi attori internazionali liberi d'agire e di perseguire i propri obiettivi, al di fuori di una cornice normativa composta anche da organi giudiziari, tra i cui compiti vi è pure quello di fornire pareri giuridici, il sistema stesso delle Nazioni Unite vacillerebbe. In particolare, in un contesto come quello arabo-israeliano, gli strumenti giuridici del diritto internazionale risultano di notevole importanza per assistere le procedure di negoziazione ed offrire un apporto *super partes*¹⁵⁹.

Israele affermò inoltre che la Corte non aveva a sua disposizione sufficienti elementi che le permettessero di valutare correttamente i fatti in questione. Nel *Written Statement* presentato furono illustrati unicamente dati riguardanti questioni procedurali e di giurisdizione, mentre elementi di merito, che avrebbero potuto fornire alla Corte maggiori informazioni riguardo alla barriera non vennero offerti nemmeno durante le udienze alle quali Israele non partecipò. Israele riteneva dunque che la Corte si dovesse astenere dal rendere il parere perché, se così non avesse fatto, sarebbe stata costretta a speculare sulle esigue informazioni in suo possesso e ad operare delle induzioni per poter ottenere un quadro generale, ma in ogni modo distorto, della situazione. Tale attività esulava dal corretto esercizio della funzione giudiziaria.

La Corte però ritenne di avere una quantità di informazioni, prodotte *in primis* dal Segretario Generale ma pure da altri organi delle Nazioni Unite e dagli stessi Stati con i loro *Written Statements*, tali da permetterle di rendere l'opinione in condizioni di completa informazione. Non vi erano ragioni per cui la Corte avrebbe dovuto astenersi dal rendere il parere semplicemente perché i fatti avrebbero potuto essere interpretati da alcune parti, in maniera parziale o politica¹⁶⁰. In merito, è interessante notare il monito espresso dal giudice Burgenthal nella sua *separate opinion*, ove dichiarò che la Corte avrebbe dovuto astenersi dal rendere il parere in mancanza d'informazioni sufficienti ed adeguate riguardo al diritto alla legittima difesa, alla necessità militare ed alle esigenze di sicurezza d'Israele. In particolare, il giudice sottolineò che sarebbe stato corretto per la

¹⁵⁹ "The impartial e nearly unanimous interpretation of the relevant international legal instruments by the International Court of Justice (ICJ) in its advisory opinion on the legal consequences of the construction of a wall in the Occupied Palestinian Territory (OPT) of 9 July 2004 put the role of politics e diplomacy in the settlement of the conflict in its proper place, i.e. within the context of the rule of law.", vedi DE WAART PAUL J. I. M., *International Court of Justice Firmly Walled in the Law of Power in the Israeli-Palestinian Peace Process* in [Leiden Journal of International Law](#), ottobre 2005, [vol. 18, issue 3](#), pp 467-487

¹⁶⁰ Vedi *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 58.

Corte attenersi unicamente alle informazioni fornite dal Segretario Generale in mancanza di elementi forniti da Israele, qualora la Corte avesse dovuto esercitare la propria giurisdizione in sede contenziosa. In sede consultiva non vi è alcun obbligo giuridico di partecipare al procedimento o di fornire informazioni rilevanti; di conseguenza la Corte non poteva dedurre alcuna conclusione negativa dalla mancata esibizione di informazioni da parte di Israele¹⁶¹.

E' bene ricordare che rientra nei poteri della Corte, però, la possibilità di eseguire un'inchiesta o una perizia in qualsiasi momento del procedimento¹⁶² e, dunque, anche in sede contenziosa, la Corte non sarebbe stata obbligata ad attenersi unicamente al rapporto del Segretario Generale, qualora lo avesse ritenuto carente. In sede consultiva, poi, non sussiste alcun obbligo di partecipazione delle parti interessate, per cui appare perfettamente condivisibile e privo di valutazioni negative riguardo al comportamento d'Israele quanto affermato dalla Corte in merito alle informazioni di cui disponeva. Proprio perché la partecipazione dei soggetti interessati nei procedimenti consultivi non è obbligatoria, la Corte non poteva essere vincolata nel rendere il parere dalla volontaria mancata presentazione di informazioni ritenute rilevanti, qualora queste ultime non fossero state essenziali per il corretto svolgimento della propria funzione giudiziaria¹⁶³.

Belgio, Italia e Germania contestarono inoltre la necessità di rendere l'opinione, in quanto affermarono che non sarebbe stata d'aiuto all'Assemblea, dato che quest'ultima aveva già affermato l'illegalità del muro e richiesto ad Israele di interromperne la costruzione. Il governo australiano aggiunse che l'opinione sarebbe stata priva di oggetto o di scopo, in particolare alla luce delle risoluzioni dell'Assemblea e del Consiglio¹⁶⁴. Anche le Isole Marshall, la Micronesia e la Repubblica di Palau sostennero la tesi della mancanza di una reale necessità di assistenza giuridica, sottesa alla richiesta di parere. Al riguardo, la Corte affermò che un'opinione consultiva mira a fornire gli elementi giuridici necessari all'espletamento delle funzioni proprie degli organi

¹⁶¹ Separate opinion del giudice Burgenthal disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 28/11/05).

¹⁶² Articolo 50 dello Statuto della Corte "The Court may, at any time, entrust any individual, body, bureau, commission, or other organization that it may select, with the task of carrying out an enquiry or giving an expert opinion."

¹⁶³ Vedi *Western Sahara case* dove la Corte ha affermato che è necessario stabilire "whether the Court has before it sufficient information and evidence to enable it to arrive at a judicial conclusion upon any disputed questions of fact the determination of which is necessary for it to give an opinion in conditions compatible with its judicial character", *Western Sahara Advisory Opinion*, 16 ottobre 1965, I.C.J. Reports 1975, pp. 28-29, par. 46.

¹⁶⁴ Written statement dell'Australia, pp. 5-13, par. 8-28.

richiedenti¹⁶⁵, e che l'Organo richiesto del parere non poteva sostituirsi al giudizio di utilità operato, in questo caso, dall'Assemblea. Di conseguenza la Corte ritenne che fosse suo compito rendere il parere sulle conseguenze giuridiche della costruzione del muro, senza valutare se ed in che misura questo potesse essere necessario all'attività dell'Assemblea. Sarebbe stato poi compito dell'Assemblea stessa, trarre le proprie conclusioni dalle statuizioni espresse dalla Corte.

Infine Israele affermò che l'Autorità nazionale palestinese, data la propria responsabilità per gli atti di violenza contro la popolazione israeliana non potesse, attraverso il parere della Corte, cercare di porre rimedio ad una situazione risultante dalla propria condotta illecita che la barriera stessa mirava a limitare. Da questo punto di vista, Israele invocò il principio delle “*clean hands*” e il principio di buona fede, al fine di convincere la Corte ad astenersi dal rendere l'opinione¹⁶⁶. Ma la Corte non ritenne la contestazione pertinente e ribadì che l'Assemblea Generale, e non l'Autorità nazionale palestinese, aveva richiesto il parere ed era destinataria dell'opinione.

La Corte rigettò dunque tutte le obiezioni sollevate per indurla a non rendere l'opinione e pur ribadendo la sua adesione alla dottrina della “*propriety*”, non modificò il suo atteggiamento estremamente cauto nel far uso della discrezionalità riconosciuta.

La materia della “*propriety*” fu oggetto delle *separate opinions* di sette giudici e dell'unica *dissenting opinion* rese a seguito della pronuncia del parere. Ancorché sette membri della Corte avessero manifestato un parziale disaccordo sulla pronuncia in merito alla questione della “*propriety*”, nessuno di loro giunse a dissentire e ad esprimere il proprio voto negativo alle relative statuizioni dell'opinione. Inoltre, la ragione che portò l'unico giudice a dissentire riguardava la mancanza elementi di fatto sufficienti all'espressione di un giudizio, in merito soprattutto alle motivazioni riguardanti la sicurezza, espresse da Israele. L'opportunità del Parere, dunque, è supportata da un ampio accordo tra i giudici, anche se proprio sul tema della “*propriety*” si manifestarono leggere divergenze. Ciò, però, non deve far dubitare della solidità delle affermazioni della Corte, la quale, in merito all'esercizio della propria discrezionalità nel rendere il parere, si

¹⁶⁵ Vedi *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 28 maggio 1951, I.C.J. Reports 1951, p. 19; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, 21 giugno 1971, I.C.J. Reports 1971, p. 24, par. 32; *Western Sahara Advisory Opinion*, 16 ottobre 1975, I.C.J. Reports 1975, p. 37, par. 72; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 luglio 1996, I.C.J. Reports 1996 (I), p. 237, par. 16.

¹⁶⁶ Vedi Written Statement di Israele, p. 113, par. 9.3 e ss.

fonda su di una giurisprudenza convincente e di rilievo. Un giudizio concernente la presenza di elementi di prova sufficienti è oggetto di una valutazione soggettiva e, dunque, per ciò stesso, difficilmente criticabile. L'accordo sul punto di quattordici giudici su quindici appare rilevante unitamente al fatto che è, in ogni caso, difficile ipotizzare che il copioso *Report* del Segretario Generale, oltre alla numerosissima documentazione di pubblico dominio, non possano aver chiarito adeguatamente la situazione creatasi nei Territori occupati a seguito della costruzione della barriera.

L'altro elemento che è opportuno sottolineare riguarda la contestazione attinente alla mancanza di consenso da parte degli Stati coinvolti. A tale proposito, si deve tenere a mente il fatto che Israele ha aderito alle Nazioni Unite e con ciò ha manifestato il proprio consenso circa l'esercizio da parte della Corte delle funzioni riconosciute dalla Carta delle Nazioni Unite. In tal senso, Israele dovrebbe, in quanto membro delle Nazioni Unite, collaborare all'esercizio delle funzioni giurisdizionali della Corte e, nel caso in esame, ciò avrebbe potuto concretizzarsi nel fornire maggiori informazioni in merito all'attività di costruzione della barriera. In un'ottica di sviluppo delle relazioni globali, il timoroso rispetto delle sovranità nazionali manifestatosi nel caso della Carelia orientale, dovrebbe essere scalfito anche attraverso una lettura meno restrittiva della funzione consultiva¹⁶⁷. Paradossalmente, quanto maggiore è la necessità di disciplina normativa, poiché maggiore è la complessità della realtà attuale, tanto minore è la disponibilità degli Stati ad accettare ingerenze esterne. Interventi come quelli sulla questione della costruzione di una barriera nei Territori occupati, rappresentano un'evoluzione, in positivo, del ruolo della giurisprudenza consultiva della Corte nelle vicende internazionali e nell'affermazione dei principi giuridici cui tali vicende devono ispirarsi¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Sulle recenti evoluzioni della funzione giurisdizionale della Corte di Giustizia vedi CROOK JHON R., *The 2004 judicial activity of the International Court of Justice*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 2, pp. 450-459.

¹⁶⁸ Per una visione opposta, e dunque negativa, del ruolo della Corte vedi POMERANCE MICHLA, *The ICJ 's Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political e the Judicial*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, n. 1.

Capitolo Terzo - Le questioni sostanziali: la costruzione della barriera alla luce del diritto internazionale.

3.1. Premessa

La Corte di Giustizia, nel procedere all'esame delle questioni di carattere sostanziale concernenti la barriera, partì dall'analisi della disciplina del diritto umanitario rilevante nel caso di specie. *In primis*, furono messi in luce gli strumenti normativi applicabili al contesto dei Territori palestinesi occupati, ovvero il Regolamento annesso alla Quarta Convenzione dell'Aja del 1907 e la Quarta Convenzione di Ginevra. In merito a tali strumenti furono poi definiti i limiti di applicazione, derivanti principalmente dalla conclusione delle operazioni militari che portarono all'occupazione e dalla sussistenza o meno di un conflitto armato. In secondo luogo, la Corte prese in considerazione, entro i confini del quadro normativo tracciato, le norme che riteneva violate dalla costruzione della barriera. Data la presenza in alcune disposizioni rilevanti di clausole giustificative concernenti la necessità militare, la Corte ne valutò la sussistenza dei requisiti. Il punto di partenza dell'analisi della Corte fu la definizione giuridica della situazione di Cisgiordania e Gaza, ed in tal senso è preliminarmente necessario chiarire lo status dei Territori palestinesi occupati.

3.2. Lo status dei Territori palestinesi occupati nel diritto internazionale

L'Organizzazione delle Nazioni Unite, riferendosi alla Cisgiordania, alla striscia di Gaza e a Gerusalemme Est, utilizza la definizione, largamente condivisa pure dalla comunità internazionale¹⁶⁹, di "territori occupati"¹⁷⁰.

La presenza israeliana in tali territori risale al termine della Guerra dei sei giorni del 1967, quando Israele, oltrepassando la *Green Line*¹⁷¹ creata con l'armistizio del 1949, sconfisse gli eserciti di Giordania e Siria e occupò il territorio che costituiva la Palestina sotto il mandato britannico.

¹⁶⁹ Vedi la Dichiarazione resa alla Conferenza delle Alte Parti Contraenti della Convenzione di Ginevra del 5 dicembre 2001, disponibile su: <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/0/8fc4f064b9be5bad85256c1400722951?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06).

¹⁷⁰ Vedi a titolo d'esempio: Risoluzione Assemblea Generale. ES-10/6, U.N. GAOR, 54th Sess., Supp. No. 49, U.N. Doc. A/ES-10/6 (1999).

Ai sensi dell'articolo 42 del Regolamento annesso alla Quarta Convenzione dell'Aja del 1907,¹⁷² un territorio è considerato occupato, quando è di fatto posto sotto l'autorità dell'esercito nemico¹⁷³. L'occupazione di un territorio, come si evince dall'insieme delle norme di diritto internazionale rilevanti in materia¹⁷⁴, è da considerarsi una situazione transitoria, nell'ambito della quale la Potenza occupante è investita del ruolo di autorità amministrativa e del compito di mantenere la situazione esistente anteriormente all'occupazione. In tal senso non sorgono, dal punto di vista giuridico, legittime pretese di sovranità sul territorio occupato a favore dell'occupante¹⁷⁵. Ancorché il Consiglio di Sicurezza e l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e la Comunità internazionale nel suo complesso ritengano che la situazione creatasi a seguito della guerra del 1967 rientri nella classificazione di territorio occupato prevista dal Regolamento annesso alla Quarta Convenzione dell'Aja del 1907, Israele afferma che è più opportuno utilizzare la locuzione "*disputed territories*".¹⁷⁶ A questi ultimi non sarebbe, dunque, applicabile il diritto internazionale in materia di occupazione, in particolare la Quarta Convenzione di Ginevra riguardante la Protezione della Popolazione Civile in tempo di Guerra¹⁷⁷.

3.3 La barriera e il diritto internazionale umanitario

3.3.1 La disciplina dell'occupazione bellica nei Territori palestinesi occupati.

¹⁷¹ Vedi *supra*, nota 4.

¹⁷² Israele non ha firmato né ratificato tale Convenzione, a cui il Regolamento è annesso.

¹⁷³ Art. 42 Quarta Convenzione dell'Aja: "Territory is considered occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army."

The occupation extends only to the territory where such authority has been established e can be exercised."

¹⁷⁴ Vedi articoli 42-57 della Quarta Convenzione dell'Aja 1907, articoli 27-34 e 47-135 della Quarta Convenzione di Ginevra 1949, oltre alla disciplina specifica contenuta nel Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione di Ginevra 1077 e nello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale.

¹⁷⁵ Vedi BENVENISTI EYAL, *The international law of occupation*, Princeton, 1993, p. 6.

¹⁷⁶ Vedi le dichiarazioni del rappresentante di Israele espresse davanti al Consiglio di Sicurezza e all'Assemblea Generale, rispettivamente il 14 ottobre 2003 (S/PV.4841, p. 11) e l'8 dicembre 2003 (A/ES-10/PV.23, p. 6) Vedi inoltre "Israel's Security Fence", Ministro della Difesa, disponibile su: <http://www.seamzone.mod.gov.il/Pages/ENG/questions.htm> (ultima visita 02/01/06). Vedi inoltre il punto 5 dell'Allegato 1 del Report preparato dal Segretario Generale secondo quanto previsto dalla Risoluzione della Assemblea Generale ES-10/13(A/ES-10/248, p. 8).

¹⁷⁷ Firmata da Israele l'8 dicembre 1949 e ratificata il 6 luglio 1951.

In materia di diritto internazionale disciplinante la condizione di occupazione, vengono in rilievo diversi quadri normativi di riferimento. Primi fra tutti risultano sicuramente il Regolamento annesso alla Quarta Convenzione dell'Aja del 1907¹⁷⁸ e la Quarta Convenzione di Ginevra del 1949 riguardante la Protezione della Popolazione Civile in Tempo di Guerra¹⁷⁹. Questi due strumenti normativi, oltre che sul piano del loro valore consuetudinario anziché convenzionale¹⁸⁰, si differenziano per il fine cui tendono. Infatti, mentre il Regolamento dell'Aja ha ad oggetto principalmente la conduzione delle ostilità, la Convenzione di Ginevra mira all'obiettivo più prettamente umanitario, di tutelare la popolazione civile soggetta all'autorità dell'esercito nemico. Nonostante queste diversità, i due trattati però sono strettamente correlati, come emerge dall'articolo 154 della Convenzione di Ginevra¹⁸¹. In materia di occupazione bellica, rilevano poi delle norme specifiche contenute nel Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione di Ginevra 1977¹⁸² e nello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale¹⁸³.

Non tutti gli strumenti normativi concernenti l'occupazione risultano tuttavia applicabili ai Territori palestinesi occupati. Più precisamente, il Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione di Ginevra 1977 e lo Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, in quanto non ratificati da Israele, sono formalmente inapplicabili al caso in oggetto con l'eccezione di eventuali norme in essi contenute che abbiano assunto valore consuetudinario¹⁸⁴. Il Regolamento dell'Aja annesso alla

¹⁷⁸ D'ora in poi Regolamento dell'Aja.

¹⁷⁹ D'ora in poi Convenzione di Ginevra.

¹⁸⁰ Vedi *oltre* in questo paragrafo.

¹⁸¹ Art.154 della Convenzione di Ginevra "In the relations between the Powers who are bound by the Hague Conventions respecting the Laws and Customs of War on Land, whether that of 29 July 1899, or that of 18 October 1907, and who are parties to the present Convention, this last Convention shall be supplementary to Sections II and III of the Regulations annexed to the above-mentioned Conventions of The Hague."

¹⁸² Aperto alla firma nel 1977, attualmente ratificato da 159 Stati, tra cui non figura Israele.

¹⁸³ Aperto alla firma nel 1998 e attualmente ratificato da 100 Stati. Israele lo firmò il 31 dicembre 2000, ma fino ad ora non l'ha ratificato.

¹⁸⁴ Sulla natura consuetudinaria delle norme contenute nel Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione di Ginevra, vedi l'articolo di commento allo studio compiuto dall'ICRC, HENCKAERTS JEAN-MARIE, *Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict*, in *International review of the Red Cross*, marzo 2005, vol. 87, n. 857, dove si afferma che "Additional Protocol I codified pre-existing rules of customary international law" e che "the basic principles of Additional Protocol I have been very widely accepted, more widely than the ratification record of Additional Protocol I would suggest", disponibile su: [http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-857-p175/\\$File/irrc_857_Henckaerts.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/review-857-p175/$File/irrc_857_Henckaerts.pdf) (ultima visita 02/01/06) e in generale, GREENWOOD CHRISTOPHER, *Customary Law Status of the Additional Protocols*, in ASTRID J.M. DELISSEN E GERARD J.TANJA (ED.), *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead*, Dordrecht, 1991, p. 93 e ss.

Quarta Convenzione dell'Aja, pur non essendo stato né firmato, né ratificato da Israele, risulta comunque applicabile ai Territori palestinesi occupati in quanto il suo valore consuetudinario¹⁸⁵ è stato riconosciuto sia dal Tribunale Militare di Norimberga¹⁸⁶ sia dalla Corte Internazionale di Giustizia¹⁸⁷, e tale posizione è ampiamente condivisa dalla comunità internazionale e dalla stessa Alta Corte di Israele¹⁸⁸. Attorno alla Convenzione di Ginevra¹⁸⁹ invece, è tuttora in atto un aspro dibattito tra Israele, che sin dall'inizio dell'occupazione ne contesta l'applicabilità *de iure*, e la quasi totalità della comunità internazionale, nonché l'ONU e il Comitato Internazionale della Croce Rossa, che invece ne sostengono la piena applicabilità ai Territori palestinesi occupati. Un cambiamento di prospettiva invece, si è manifestato nella giurisprudenza dell'Alta Corte di Israele, la quale pur avendo precedentemente riconosciuto l'applicabilità di alcune norme della Convenzione di Ginevra in quanto dotate di rilevanza consuetudinaria, in due recenti sentenze riguardanti la costruzione della barriera¹⁹⁰, sembra orientarsi verso l'applicabilità *de iure* della Convenzione¹⁹¹.

Israele basa la propria posizione contraria all'applicazione della Convenzione di Ginevra, su di una particolare lettura dell'articolo 2 comune a tutte quattro le Convenzioni di Ginevra¹⁹².

¹⁸⁵ Vedi MERON THEODOR, *Humanitarian Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, p. 226, dove si afferma che: "the customary law status of the Regulations annexed to the Convention is universally recognized."

¹⁸⁶ "Rules laid down in the Convention were recognised by all civilised nations, e were regarded as being declaratory of the laws e customs of war", Decisione del Tribunale Militar edi Norimberga, 30 settembre e 1° ottobre 1946, p. 65, vedi *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 89.

¹⁸⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 8 luglio 1996, I.C.J. Reports 1996 (I), p.256, par. 75.

¹⁸⁸ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, 30 giugno 2004, par. 23 e *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, 15 settembre 2005, par. 14, entrambe disponibili su: <http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/framesetSrch.html> (ultima visita 02/01/06).

¹⁸⁹ Per un'analisi della eventuale natura consuetudinaria della Convenzione di Ginevra, vedi MERON THEODOR, *op. cit.*, n. 185, pp. 41-62.

¹⁹⁰ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, 30 giugno 2004 e *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, 15 settembre 2005.

¹⁹¹ Vedi *oltre*, in questo paragrafo, p. 55 e ss.

¹⁹² Articolo 2 della Convenzione di Ginevra "In addition to the provisions which shall be implemented in peace time, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance."

Secondo tale interpretazione i due commi dell'art. 2 dovrebbero essere letti separatamente, senza alcuna correlazione tra l'uno e l'altro. In particolare, laddove il primo comma afferma l'applicabilità della Convenzione a tutti i conflitti armati in generale, il secondo comma verrebbe in rilievo solo qualora si presenti una situazione di occupazione di un territorio posseduto con valido titolo da una delle Alte Parti Contraenti¹⁹³. Si sostiene al riguardo che su Cisgiordania e Gaza, al tempo dell'occupazione israeliana, non venisse esercitata alcuna sovranità da parte di Giordania e Egitto, che nel 1948 avevano semplicemente occupato i territori che furono soggetti a mandato britannico¹⁹⁴. Secondo l'interpretazione di Israele, quindi, i Territori occupati non potrebbero essere considerati territori di una delle Alte Parti Contraenti ai sensi del secondo comma dell'articolo 2, in quanto su di essi non veniva validamente esercitato alcun titolo di appartenenza. Risulterebbe quindi inapplicabile la disciplina prevista dalla Convenzione di Ginevra in materia di occupazione¹⁹⁵.

Un ulteriore argomento messo in luce da Israele a favore della propria posizione riguarda il fatto che la condizione di occupazione si crea qualora la Potenza occupante sostituisca l'autorità che esercita la sovranità su di un territorio¹⁹⁶, e proprio in tali circostanze viene in rilievo il ruolo della Convenzione di Ginevra, ossia quello di fornire tutela alla popolazione civile durante tale periodo di occupazione, che è per sua natura temporaneo e che si conclude con il ritorno del territorio all'ente

Although one of the Powers in conflict may not be a party to the present Convention, the Powers who are parties thereto shall remain bound by it in their mutual relations. They shall furthermore be bound by the Convention in relation to the said Power, if the latter accepts e applies the provisions thereof."

¹⁹³ Vedi ROBERTS ADAM, *Prolonged Military Occupation: the Israeli-Occupied territories since 1967*, in *AJIL*, 1990, vol. 84, issue 1, pp. 64-65, HARVARD PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RESEARCH INITIATIVE, *Review of the applicability of the Hmanitarian International law to the occupied Palestinian territory Policy brief*, gennaio 2004, pp. 3-4, disponibile su: <http://www.hpcr.org/publications/briefs.php> (ultima visita 4/12/05), SCOBIE IAN, *The Wall and the Hmanitarian Law*, pp. 3-7, disponibile su: <http://www.soas.ac.uk/lawpeacemideast/papers/UNpaper.pdf> (ultima visita 4/12/05), (Questo paper fu inizialmente presentato al United Nations International Meeting on the Impact of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory, tenutosi a Ginevra il 15-16 Aprile 2004) e STONE JULIUS, *Israel e Palestine: Assault on the Law of Nations*, Baltimore, 1981, pp. 177-178.

¹⁹⁴ La Striscia di Gaza fu sottoposta all'amministrazione militare egiziana dal 1948 al 1967, ma l'Egitto non rivendicò mai alcun titolo sull'area, né tentò mai di annetterla. La Giordania dichiarò di aver annesso la Cisgiordania nel 1950, ma tale presunta annessione fu "widely regarded as illegal and void, by the Arab League and others, and was recognized only by Britain, Iraq and Pakistan." BENVENISTI EYAL, *op. cit.*, n. 175, p. 108.

¹⁹⁵ ROBERTS ADAM, *op.cit.*, n. 193, pp. 62-68.

¹⁹⁶ Vedi SOBBIE IAN, *op. cit.*, n. 193, p.4 e HARVARD PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RESEARCH INITIATIVE, *op. cit.*, n. 193, p. 4.

sovrano. L'intera disciplina dell'occupazione mira, dunque, al ripristino dello *status quo ante*¹⁹⁷. Nel caso dei Territori palestinesi occupati però non sarebbe individuabile un ente che abbia legittimamente esercitato la sovranità e a cui debba ritornare il territorio; dunque la situazione in Cisgiordania e Gaza sarebbe, secondo Israele, una situazione *sui generis* a cui non è applicabile la disciplina dell'occupazione¹⁹⁸. La negazione dell'applicazione *de iure* della Convenzione di Ginevra, non preclude ad Israele l'applicazione *de facto* della medesima, ed in particolare nei suoi "aspetti umanitari"¹⁹⁹. Non è mai stato fornito un elenco degli "aspetti umanitari" applicabili, ma in materia riveste un ruolo significativo la giurisprudenza dell'Alta Corte, la quale ha provveduto ad applicare alcune norme contenute nella Convenzione.

L'Alta Corte²⁰⁰ è intervenuta "coraggiosamente" nelle controversie riguardanti i Territori occupati, apportando un notevole contributo a garanzia delle tutele previste dalla Convenzione e aggirando in parte l'inapplicabilità *de iure* degli strumenti convenzionali, affermata dal governo israeliano. In una serie di casi, infatti, l'Alta Corte affermò che a prescindere dall'esercizio di un potere sovrano sui Territori occupati antecedentemente all'occupazione israeliana, Israele era vincolato al rispetto del diritto consuetudinario di guerra in quanto esercitava un effettivo controllo sui territori in questione²⁰¹. L'Alta Corte riconobbe quindi la piena applicabilità in quanto diritto internazionale consuetudinario, non solo dell'intero Regolamento dell'Aja²⁰², ma anche di alcune

¹⁹⁷ HARVARD PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RESEARCH INITIATIVE, *op. cit.*, n. 193, p. 4.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ L'applicazione *de facto* della Convenzione di Ginevra nei suoi aspetti umanitari, venne affermata per la prima volta da Meir Shamgar, poi divenuto procuratore generale, nel 1971. Cfr. SHAMGAR MEIR, *The observance of international law in the administered territories*, in *Israel Yearbook of Human Rights*, 1971, vol. 1, pp. 262-277.

²⁰⁰ La Corte Suprema di Israele, che nei Territori occupati svolge la funzione di Alta Corte di giustizia, è competente a giudicare i ricorsi dei cittadini palestinesi contro la pubblica amministrazione israeliana, nonché la legittimità delle misure adottate dall'amministrazione militare nei Territori occupati. Vedi BENVENISTI EYAL, *op. cit.*, n. 175, p. 118.

²⁰¹ Vedi in generale, *Abd al Nasser al Aziz v. Commander of IDF Forces*, H.C.J. 785/87, 10 aprile 1987 disponibile su: <http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/framesetSrch.html> (ultima visita 02/01/06). Vedi in particolare *Leah Tsemel, Attorney, et al. vs. the Minister of Defence e others*, H.C.J. 593/82, 13 luglio 1983, pubblicato in *Palestine Yearbook of International Law*, 1984, Vol. I, pp. 164-174, precisamente. p. 168. Vedi inoltre *Bassil Abu Aita v. The Regional Commander of Judea e Samaria*, H.C. J. 69/81, 4 aprile 1983, par. 10 disponibile su: <http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/framesetSrch.html> (ultima visita 02/01/06). Vedi inoltre BENVENISTI EYAL, *op. cit.*, n. 175, p. 111.

²⁰² L'Alta Corte adottò la posizione secondo cui le autorità militari in "Giudea e Samaria" erano vincolate al rispetto del Regolamento dell'Aja nel 1972. Vedi, QUPTY MAZEN, *The Application of International Law in the Occupied Territories as Reflected in the Judgments of the High Court of Justice in Israel* in EMMA PLAYFAIR (ED.), *International Law e the Administration of Occupied Territories: Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank e the Gaza Strip*, Oxford, 1992, p. 88.

norme contenute nella Convenzione di Ginevra²⁰³. Nella sua giurisprudenza, la Corte applicò alle controversie riguardanti i Territori occupati, la disciplina avente valore consuetudinario contenuta nella Convenzione di Ginevra e, ad esempio, ritenne pienamente applicabile l'articolo 23 sul passaggio di materiale umanitario, l'articolo 64 sulla legislazione penale e l'articolo 78 relativo alle misure di sicurezza e all'internamento così come l'intera disciplina riguardante la detenzione²⁰⁴. Sono rilevanti inoltre, le evoluzioni più recenti della giurisprudenza dell'Alta Corte la quale affermò l'applicabilità della Convenzione di Ginevra all'attività delle Forze di Difesa d'Israele nei Territori occupati, pur non facendo riferimento al valore consuetudinario della Convenzione. L'Alta Corte, nel caso Beit Sourik Village Council²⁰⁵, affermando che la questione dell'applicabilità della Convenzione non era oggetto di discussione nel procedimento per l'accordo delle parti sull'applicazione degli elementi umanitari della stessa,²⁰⁶ sottolineò che il potere delle autorità militari nei Territori occupati era ancorato alla Convenzione di Ginevra e applicò poi la Convenzione stessa al caso di specie²⁰⁷. Sorge legittimo l'interrogativo se una Corte possa attenersi all'accordo delle parti, non solo in merito ai fatti rilevanti, ma pure riguardo alla disciplina applicabile, o non sia piuttosto suo compito fare chiarezza e affermare quale sia la normativa alla quale le parti debbano conformarsi²⁰⁸. Considerando però la particolarità della circostanza e il delicato equilibrio tra potere esecutivo e giudiziario, sembra comunque opportuno ritenere tale

²⁰³ Vedi *Suleyman Tawfiq Oyyeb e others v. The Minister of Defence e others*, H.C.J. 606, 610/78, 15 marzo 1979, pubblicato in *Palestine Yearbook of International Law*, 1985, Vol. II, pp. 134-150, precisamente pp. 141-142, e *Bassil Abu Aita v. The Regional Commander of Judea e Samaria*, H.C. J. 69/81, 4 aprile 1983, par. 10-11.

²⁰⁴ Vedi a titolo d'esempio, *Almei v. Minister of Defence*, H.C.J. 3451/02, 2 maggio 2002; *Ajuri v. IDF Commander in West Bank*, H.C.J. 7015/02, 3 settembre 2002, disponibile su: <http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/framesetSrch.html> (ultima visita 02/01/06), *The Association for Civil Rights in Israel v. The Central District Commeeer*, H.C.J. 358/88, 30 luglio 1989, disponibile su: <http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/framesetSrch.html> (ultima visita 02/01/06). Vedi in generale *Center for the Defence of the Individual v. IDF Commeeer*, H.C.J. 3278/02, 18 dicembre 2002, e inoltre *Yassin v. Commander of Kziot Military Camp*, H.C.J. 5591/02, 18 dicembre 2002, dove la Corte interpretò l'articolo 85 della Convenzione, in contrasto con quanto affermato dal Commentario Pictet alla Convenzione.

²⁰⁵ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, 30 giugno 2004.

²⁰⁶ Il governo israeliano distingue tra applicabilità *de iure* e osservanza *de facto* delle disposizioni della Quarta Convenzione di Ginevra. In base a tale distinzione, la Convenzione può essere applicata in un procedimento contro il Governo solo quando questo vi acconsente, per mezzo del suo rappresentante legale. Le disposizioni umanitarie della Convenzione si configurerebbero come regole di condotta interna auto imposte, le quali, secondo il diritto amministrativo israeliano, sono vincolanti per i pubblici funzionari. Vedi BENVENISTI EYAL, *op. cit.*, n. 175, pp.118-119.

²⁰⁷ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, 30 giugno 2004, par. 23

²⁰⁸ Vedi WATSON GEOFFREY R., *The Wall Decision in Legal e Political Context*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, p. 22.

sentenza come un importante contributo per eventuali sviluppi futuri. Nel caso *Mara'abe*²⁰⁹, discusso e deciso a seguito del parere della Corte Internazionale di Giustizia sulla barriera, l'Alta Corte, utilizzando sempre l'argomento della mancata contestazione della materia, evitò di entrare nel merito della questione sull'applicabilità della Convenzione, ma inserì un inciso importante. Dopo aver richiamato quanto stabilito dalla Corte Internazionale di Giustizia in materia di diritto umanitario,²¹⁰ l'Alta Corte, sottolineò di essere consapevole del fatto che l'applicazione della Convenzione non era condizionata alla volontà dello Stato di Israele di rivedere le proprie posizioni in merito²¹¹. Sembra dunque che l'Alta Corte, entro il raggio d'azione concessole dal proprio ruolo²¹², si sia leggermente allontanata dalla posizione del governo israeliano, per avvicinarsi invece all'atteggiamento condiviso dalla maggioranza della comunità internazionale.

Tale apertura in direzione dell'applicabilità della Convenzione di Ginevra è rilevante anche nell'ottica di limitare la potenziale contraddizione che potrebbe derivare dalla, peraltro corretta, accettazione senza riserve dell'applicabilità del Regolamento dell'Aja. L'articolo 43 del Regolamento dell'Aja, infatti, fa riferimento all'autorità del potere legittimo trasferita nelle mani del potere occupante²¹³ e nella misura in cui Israele contesta la sovranità di Giordania ed Egitto su Cisgiordania e Gaza ed il passaggio del controllo del territorio alle proprie autorità militari in quanto Potenza occupante, non sarebbe illogica la negazione da parte dell'Alta Corte dell'applicabilità del Regolamento dell'Aja, sulla base degli stessi argomenti utilizzati per la negazione dell'applicabilità della Convenzione di Ginevra²¹⁴. Il riconoscimento dell'applicabilità della Convenzione di Ginevra potrebbe avere dunque come effetto anche quello di appianare, in

²⁰⁹ *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, 15 settembre 2005.

²¹⁰ Vedi *oltre* in questo paragrafo pp. 59 e ss.

²¹¹ "That its application is not conditional upon the willingness of the State of Israel to uphold its provisions", *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, 15 settembre 2005, par. 14.

²¹² La Corte ha sempre dimostrato una certa accondiscendenza nei confronti della politica del Governo, soprattutto quando chiamata a pronunciarsi su questioni che riguardano la sicurezza israeliana, e che dunque coinvolgono l'operato delle autorità militari. Nonostante tale tendenza a legittimare le misure del Governo, la giurisprudenza dell'Alta Corte attinente ai Territori occupati rappresenta un considerevole ed elaborato sforzo di applicazione della disciplina dell'occupazione bellica, da parte di una corte nazionale. Vedi BENVENISTI EYAL, *op. cit.*, n. 175, pp. 120-123.

²¹³ Articolo 43 Convenzione dell'Aja "The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, e ensure, as far as possible, public order e safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country."

²¹⁴ BENVENISTI EYAL, *op. cit.*, n. 175, pp. 110-112.

maniera tutelante la popolazione presente nei Territori occupati, tale incoerenza nella giurisprudenza dell'Alta Corte.

L'argomento dell'applicabilità della Convenzione di Ginevra ai Territori palestinesi occupati è sostenuto da tutti gli Stati Membri della Convenzione²¹⁵, da diversi organi delle Nazioni Unite (quali Assemblea Generale²¹⁶, Consiglio di Sicurezza²¹⁷, Consiglio Economico e Sociale²¹⁸, Commissione per i diritti umani²¹⁹), da numerose Organizzazioni non-governative²²⁰ e dal Comitato

²¹⁵ Vedi a titolo d'esempio il Report presentato dal Segretario Generale secondo quanto previsto dalla risoluzione dell'Assemblea Generale ES-10/2, UN Doc. A/ES-10/6, S/1997/494, 26 giugno 1997, par. 21, p. 7.

²¹⁶ Vedi a titolo d'esempio le Risoluzioni dell'Assemblea Generale: 36/15 del 3 novembre 1981, 36/226 del 17 dicembre 1981, 36/120 del 10 dicembre 1981, 36/173 del 17 dicembre 1981, 36/150 del 16 dicembre 1981, 36/147 del 16 dicembre 1981, 37/123 del 16 dicembre 1982, 37/88 del 10 dicembre 1982, 37/120 of 16 dicembre 1982, 37/122 del 16 dicembre 1982, 37/135 del 17 dicembre 1982, 39/101 del 14 dicembre 1984, 39/99 del 14 dicembre 1984, 39/146 del 14 dicembre 1984, 40/161 del 16 dicembre 1985, 41/162 del 5 dicembre 1986, 41/69 del 3 dicembre 1986, 41/63 del 3 dicembre 1986, 43/21 del 3 novembre 1988, 43/54 del 6 dicembre 1988, 43/58 del 6 dicembre 1988, 43/57 del 6 dicembre 1988, 44/2 del 6 ottobre 1989, 44/40 del 4 dicembre 1989, 44/47 del 8 dicembre 1989, 44/48 del 8 dicembre 1989, 45/83 del 13 dicembre 1990, 46/46 del 9 dicembre 1991, 46/199 del 20 dicembre 1991, 46/76 dell'11 dicembre 1991, 46/82 del 16 dicembre 1991, 47/69 del 14 dicembre 1992, 47/70 del 14 dicembre 1992, 47/172 del 22 dicembre 1992, 47/170 del 22 dicembre 1992, 47/64 dell'11 dicembre 1992, 47/63 dell'11 dicembre 1992, 48/59 del 14 dicembre 1993, 48/40 del 10 dicembre 1993, 48/41 del 10 dicembre 1993, 48/212 del 21 dicembre 1993, 49/36 del 9 dicembre 1994, 49/35 del 9 dicembre 1994, 50/22 del 4 dicembre 1995, 50/29 del 6 dicembre 1995, 50/129 del 20 dicembre 1995, 50/22 C del 4 dicembre 1995, 51/128 del 13 dicembre 1996, 51/131 del 13 dicembre 1996, 51/132 del 13 dicembre 1996, 51/133 del 13 dicembre 1996, 51/190 del 16 dicembre 1996, 51/223 del 13 marzo 1997, ES-10/2 del 25 aprile 1997, ES-10/3 del 15 luglio 1997, 52/65 del 20 febbraio 1998, 52/66 del 20 febbraio 1998, 53/54 del 10 febbraio 1999, 54/77 del 22 febbraio 2000, 54/78 del 22 febbraio 2000, 54/79 del 22 febbraio 2000, 54/80 del 22 febbraio 2000, 55/131 del 28 febbraio 2001, 56/56 del 14 febbraio 2002, 56/62 del 14 febbraio 2002, 56/59 del 14 febbraio 2002, 56/60 del 14 febbraio 2002, 56/61 del 14 febbraio 2002, 56/204 del 21 febbraio 2002, ES-10/10 del 14 maggio 2002, ES-10/11 del 10 settembre 2002, 57/188 del 6 febbraio 2003, 57/121 del 24 febbraio 2003, 57/124 del 24 febbraio 2003, 57/125 del 24 febbraio 2003, 57/126 del 24 febbraio 2003, 57/127 del 24 febbraio 2003, e 57/269 del 5 marzo 2003.

²¹⁷ Vedi a titolo d'esempio le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza: 452 del 20 luglio 1979, 465 del 1 marzo 1980, 468 del 8 maggio 1980, 469 del 20 maggio 1980, 471 del 5 giugno 1980, 476 del 30 giugno 1980, 478 del 20 agosto 1980, 484 del 19 dicembre 1980, 497 del 17 dicembre 1981, 592 del 8 dicembre 1986, 605 del 22 dicembre 1987, 607 del 5 gennaio 1988, 636 del 6 luglio 1989, 641 del 30 agosto 1989, 672 del 12 ottobre 1990, 681 del 20 dicembre 1990, 694 del 24 maggio 1991, 726 del 6 gennaio 1992, 799 del 18 dicembre 1992, e 904 del 18 marzo 1994.

²¹⁸ Vedi a titolo d'esempio le risoluzioni del Consiglio Economico e Sociale: 1988/25 del 26 maggio 1988, 1989/34 del 24 giugno 1989, 1991/19 del 30 maggio 1991, 1992/57 del 31 luglio 1992, 1992/16 del 30 luglio 1992, 1993/15 del 27 luglio 1993, 1997/67 del 28 luglio 1997, 1998/10 del 27 luglio 1998, 2001/2 del 23 agosto 2001, 2002/25 del 13 agosto 2002.

²¹⁹ Vedi risoluzioni della Commissione per i diritti umani: 1993/2 del 19 febbraio 1993, 1996/3 del 11 aprile 1996, 1997/1 del 26 marzo 1997, 1997/3 del 26 marzo 1997, 1998/1 del 27 marzo 1998, 1998/3 del 27 marzo 1998, 1999/5 del 23 aprile 1999, 1999/7 del 23 aprile 1999, 2000/8 del 17 aprile 2000, 2000/7 del 17 aprile 2000, S-5/1 del 19 ottobre 2000, 2001/7 del 18 aprile 2001, 2001/8 del 18 aprile 2001, 2001/6 del 18 aprile 2001, 2002/7 del 12 aprile 2002, 2002/8 del 15 aprile 2002, 2002/90 del 26 aprile 2002, 2003/6 del 15 aprile 2003, 2003/7 del 15 aprile 2003. Vedi inoltre le risoluzioni della Sotto-commissione per i diritti umani: 1996/6 del 20 agosto 1996, 1995/9 del 18 agosto 1995, e 1993/15 del 20 agosto 1993.

²²⁰ Vedi a titolo d'esempio AMNESTY INTERNATIONAL, *Israel e the Occupied Territories: the Issue of the Settlements Must Be Addressed According to International Law*, Press Release, AI Doc. MDE 15/085/2003, 8 settembre 2003

Internazionale della Croce Rossa²²¹. Inoltre alla Conferenza delle Alte Parti Contraenti della Convenzione di Ginevra, tenutasi nel 2001, è stata formulata una dichiarazione nella quale si riafferma l'applicabilità della Convenzione ai Territori palestinesi occupati²²². Da ultimo, anche l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina sostiene tale posizione²²³.

La Corte Internazionale di Giustizia, nel parere consultivo oggetto di questa tesi, si fece portavoce di questa posizione, e ribadì l'applicabilità della Convenzione in quelli che, secondo il Parere, erano territori sottoposti ad occupazione²²⁴. In particolare, la Corte di Giustizia propose un'interpretazione dell'articolo 2 della Convenzione di Ginevra in base alla quale erano necessarie unicamente due condizioni per l'applicabilità della Convenzione, quali la presenza di un conflitto armato ed, in secondo luogo, che tale conflitto si fosse instaurato tra due Alte Parti Contraenti. Essendo state verificate entrambe le condizioni, la Convenzione era pienamente applicabile. Tale interpretazione considera che entrambi i primi due commi dell'articolo 2 siano riferiti a situazioni di occupazione, e che il secondo comma semplicemente integri la disciplina del primo comma estendendone l'applicazione ai casi in cui l'occupazione non incontri resistenza. Dunque il secondo comma non funge da restrizione limitando l'applicazione della Convenzione solo a territori formalmente sottoposti alla sovranità di una parte contraente, e l'indagine della situazione antecedente all'occupazione risulta pertanto irrilevante²²⁵.

La posizione sostenuta dalla Corte Internazionale di Giustizia sembra ampiamente condivisibile, anche in ragione della fragilità delle argomentazioni proposte dal governo di Israele. Considerando, innanzitutto, che una norma di un trattato deve essere interpretata in buona fede in

disponibile su: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE150852003?open&del=ENG-ISR> (ultima visita 02/01/06), HUMAN RIGHTS WATCH, *Center of the Storm: a Case Study of the Human Rights Abuses in the Hebron District*, 11 aprile 2003, pp. 14-15 disponibile su: <http://www.hrw.org/reports/2001/israel/hebron-v2.pdf> (ultima visita 02/01/06).

²²¹ Vedi il documento ufficiale dell'ICRC del 5 dicembre 2001 in occasione della Conferenza delle Alte Parti Contraenti della Quarta Convenzione di Ginevra, disponibile su: <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/57JRGW?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06).

²²² Dichiarazione delle Alte Parti Contraenti della Quarta Convenzione di Ginevra, 5 dicembre 2001, disponibile su: <http://domino.un.org/unispal.nsf/0/8fc4f064b9be5bad85256c1400722951?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06). Israele non partecipò a questa Conferenza.

²²³ Vedi a titolo d'esempio il position paper preparato dalla Palestina per la Conferenza delle Alte Parti Contraenti della Quarta Convenzione di Ginevra, del 15 luglio 1999, disponibile su: <http://www.palestine-un.org/tenth/frindex.html> (ultima visita 02/01/06).

²²⁴ Vedi *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 78.

²²⁵ *Ibid*, par. 101.

base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo²²⁶, l'interpretazione dell'articolo 2 offerta da Israele secondo cui i primi due commi sarebbero assolutamente indipendenti l'uno dall'altro, potrebbe essere accettata solo qualora vi sia una specifica previsione in tal senso. Dato che non è presente alcuna indicazione in merito appare corretto ritenere i due commi collegati l'uno all'altro ed accettare un'interpretazione, come quella offerta dalla Corte Internazionale di Giustizia, che metta in luce tale legame. Deve essere inoltre rilevato che, se si accettasse l'interpretazione di Israele, la Convenzione si applicherebbe unicamente a quei territori la cui sovranità non è contestata. Al riguardo appare improbabile che i redattori della Convenzione, consci del fatto che nel corso della storia non sono infrequenti i conflitti armati nei quali la sovranità su di un territorio viene messa in discussione, avessero voluto lasciare un così pericoloso vuoto normativo, soprattutto dopo aver assicurato nell'articolo 1 della Convenzione il rispetto del trattato in tutte le circostanze²²⁷. Oltre a ciò, l'interpretazione di Israele è incompatibile con lo scopo stesso della Convenzione, la quale mira alla protezione della popolazione civile sottoposta ad occupazione, non alla tutela dei diritti e degli interessi delle potenze coinvolte. Ne deriva che l'articolo 2 deve essere applicato a prescindere dal legittimo esercizio o meno della sovranità da parte di Giordania e Egitto sui territori di Cisgiordania e Gaza.

3.3.2 Il quadro normativo di riferimento.

Una volta chiarita la generale applicabilità del Regolamento dell'Aja (RA) e della Quarta Convenzione di Ginevra (GA) ai Territori palestinesi occupati, la Corte passò ad esaminare, nello specifico, quali previsioni di tali strumenti normativi erano rilevanti nel caso di specie. Anticipando la pronuncia della Corte, si poteva plausibilmente stilare un elenco delle principali norme che interessavano la costruzione della barriera e che coinvolgevano la responsabilità di Israele, in quanto Potenza occupante. In particolare la barriera poteva essere potenzialmente in contrasto con

²²⁶ Vedi articolo 31 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".

²²⁷ Articolo 1 Quarta Convenzione di Ginevra "The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for the present Convention in all circumstances."

la disciplina prevista dall'articolo 46 RA (Sezione 3°) sulla requisizione della proprietà privata nei Territori occupati, e con la disciplina prevista dagli articoli 23(g) RA (Sezione 2°) e dall'articolo 53 CG in materia di distruzione e confisca di proprietà nei territori sottoposti ad occupazione bellica. Oltre a ciò, la costruzione di una barriera poteva apparire in contrasto con quanto disposto dagli articoli 27 e 78 CG, riguardanti l'imposizione, alla popolazione civile, di misure di controllo, e con quanto affermato dall'articolo 49 CG sui trasferimenti forzati di persone protette. Potevano essere ritenute sicuramente rilevanti le disposizioni in merito al benessere generale della popolazione civile (articolo 43 RA, Sezione 3°), inclusi i doveri di garanzia dei mezzi di sostentamento per le persone protette (articolo 39 CG), la cura e l'educazione dei bambini (articolo 50 CG) così come l'approvvigionamento di cibo e medicinali (articoli 55 e 56 CG). Da ultimo si poteva richiamare quanto espresso dall'articolo 50 RA (Sezione 3°) e dall'articolo 33 CG, riguardo al divieto di punizioni collettive.

Le aspettative vennero però parzialmente deluse, poiché la Corte nel definire nello specifico le norme rilevanti, operò una serie di *distinguo* che ebbero come effetto la riduzione della disciplina applicabile alla questione della costruzione della barriera.

In primis la Corte richiamò l'articolo 6 di tale Convenzione e ne offrì una lettura restrittiva. L'articolo 6 recita:

“The present Convention shall apply from the outset of any conflict or occupation mentioned in Article 2.

In the territory of Parties to the conflict, the application of the present Convention shall cease on the general close of military operations.

In the case of occupied territory, the application of the present Convention shall cease one year after the general close of military operations; however, the Occupying Power shall be bound, for the duration of the occupation, to the extent that such Power exercises the functions of government in such territory, by the provisions of the following Articles of the present Convention: 1 to 12, 27, 29 to 34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61 to 77, 143.

Protected persons whose release, repatriation or re-establishment may take place after such dates shall meanwhile continue to benefit by the present Convention.”

La Corte diede un'interpretazione dell'articolo 6 tale per cui il *corpus* della Convenzione di Ginevra non era applicabile interamente ai Territori palestinesi occupati. Unicamente gli articoli espressamente elencati dal terzo paragrafo costituivano la disciplina rilevante in tale circostanza. Ciò in ragione del fatto che le operazioni militari che avevano “condotto all'occupazione”²²⁸ si erano concluse nel 1967, e dunque essendo trascorso molto più di un anno da tale data, veniva in rilievo quanto previsto dal terzo comma dell'articolo 6 e di conseguenza l'applicazione parziale della Convenzione di Ginevra. La Corte però, nel motivare tale interpretazione, si spinse oltre i termini impiegati nell'articolo, in quanto affermò che l'applicazione della Convenzione di Ginevra doveva cessare un anno dopo la conclusione delle operazioni militari che avevano “condotto all'occupazione”, mentre l'articolo 6 al terzo comma, parla semplicemente di conclusione delle operazioni militari. Richiamando le disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, ed in particolare l'articolo 31 il quale dichiara che un trattato deve essere interpretato in buona fede e seguendo il significato ordinario da attribuire alle parole²²⁹, appare chiaro che la Corte abbia attribuito al testo dell'articolo 6 un significato più circoscritto rispetto quello che ordinariamente gli si poteva attribuire. Deve essere inoltre rilevato che, nello stesso articolo, al comma 2, l'espressione “generale conclusione delle operazioni militari” è utilizzata con riferimento alle situazioni di conflitto, ed in tale frangente, viene intesa in modo estremamente garantista, ovvero come quando l'ultimo colpo è stato sparato²³⁰. E' infine interessante notare che, l'articolo 6 non opera nessun espresso riferimento agli altri casi di occupazione menzionati dall'articolo 2, ossia quelli che non incontrano resistenza militare²³¹, e dunque è legittimo ritenere che in tali circostanze la disciplina della Convenzione si applichi *in toto*, sino al termine dell'occupazione, che avviene con un atto politico accettato dall'intera comunità internazionale²³².

²²⁸ “Since the military operations leading to the occupation of the West Bank in 1967 ended a long time ago”, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 125.

²²⁹ Vedi *supra*, n. 226.

²³⁰ Vedi PICTET JEAN S., *Commentary on Fourth Geneva Convention relative to protection of civilian persons in time of war*, Ginevra 1958, p.62.

²³¹ Articolo 2 Convenzione di Ginevra: “The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance.”

²³² Vedi Commentario alla Convenzione di Ginevra, articolo 6, par. 2 disponibile su: <http://www.cicr.org/ihl.nsf/COM/380-600009?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06) e PICTET JEAN S., *op. cit.*, n.225,

È infine utile ricordare che lo scopo dell'inserimento della clausola dell'anno di applicazione della Convenzione a seguito della chiusura delle operazioni militari fu la necessità di fornire maggior tutela alla popolazione uscita da un periodo di occupazione più o meno lungo, permettendole di riacquistare, durante una fase di transizione capacità e libertà di agire²³³. Inoltre, sembrerebbe chiaramente contraddittorio che la Convenzione trovasse totale applicazione solo in situazioni di occupazione prive di scontri militari e dunque, per ciò stesso, potenzialmente meno lesive dei diritti della popolazione civile. Infine, all'espressione "chiusura delle operazioni militari" nel secondo comma del medesimo articolo è attribuito un significato estremamente preciso, a vantaggio di un'applicazione estesa della Convenzione. Per tutti questi motivi, risulta difficile comprendere la volontà della Corte di restringere l'applicazione della Convenzione nei Territori palestinesi occupati.

L'articolo 6 riflette la consapevolezza della duplicità di ruoli che una Potenza occupante riveste nel territorio occupato, in quanto autorità militare, autorizzata a compiere operazioni militari in conformità al diritto internazionale, ed in quanto autorità civile, chiamata a svolgere funzioni di governo per la popolazione civile. La finalità della clausola inserita nel terzo comma è proprio quella di garantire che, anche qualora la Potenza occupante abbia cessato di svolgere il proprio ruolo militare, non venga meno ai propri obblighi di governo, rappresentati dagli articoli 1-12, 27, 29-34, 47, 49, 51, 52, 53, 59, 61-77 e 143 della Convenzione. Ritenendo invece, che l'applicazione dell'intera Convenzione cessi dopo la chiusura delle operazioni *che portarono all'occupazione* nel 1967, come affermato dalla Corte, qualora successivamente a tale data scoppino conflitti armati o si svolgano operazioni militari, come di fatto avvenne²³⁴, si giungerebbe alla paradossale conclusione che l'ampio spettro di tutele previste dall'intera Convenzione risulterebbe inapplicabile²³⁵. Tale limitazione dell'applicabilità della Convenzione di Ginevra, in ragione del lungo trascorrere del tempo, pare contraria allo scopo generale cui la disciplina dell'occupazione militare tende,

p. 60 e GREENWOOD CHRISTOPHER, *Scope of Application of Humanitarian Law*, in FLECK DIETER (ED.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, New York, 1995, p. 54.

²³³ Commentario alla Convenzione di Ginevra, articolo 6, par. 3, disponibile su: <http://www.cicr.org/ihl.nsf/COM/380-600009?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06).

²³⁴ Vedi ad esempio la guerra Arabo-Israeliana del 1973, oppure le operazioni israeliane "Defensive Shield" del marzo 2002 in Cisgiordania e "Rainbow" nella Striscia di Gaza nel maggio 2004.

²³⁵ Vedi DENNIS MICHAEL J., *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, p.133-134.

soprattutto se nel corso degli anni si sono riscontrate violazioni dei diritti della popolazione civile²³⁶.

L'interpretazione della clausola contenuta nel terzo comma dell'articolo 6 scelta dalla Corte rese quindi inapplicabili una serie di norme che, come affermato in precedenza, ci si aspettava invece venissero trattate. Ciò vale per la disciplina degli articoli 50, 55 e 56 che prevedono doveri di assistenza verso la popolazione civile a carico della Potenza occupante, così come per gli articoli 39 e 78 che invece consentirebbero alla Potenza occupante di imporre, rispettando determinati elementi, misure limitative della libertà di movimento. Queste ultime disposizioni, in quanto non applicabili alla circostanza di specie, non possono nemmeno fungere da parametri di valutazione della legittimità di misure di tal genere, eventualmente adottate dalla Potenza occupante.

E' interessante notare, inoltre, che la Corte nel suo parere non prese in considerazione l'applicabilità del Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione di Ginevra, ancorché la risoluzione ES-10/14 dichiarasse *"Reaffirming the applicability of the Fourth Geneva Convention as well as Additional Protocol I to the Geneva Conventions to the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem"*. Il mancato riferimento al Primo Protocollo Addizionale, presumibilmente dovuto all'assenza di firma e ratifica da parte di Israele²³⁷, determinò l'inapplicabilità di alcune norme che sarebbero risultate rilevanti nella circostanza specifica. In particolare, l'articolo 69 avrebbe esteso e specificato i doveri a carico della potenza occupante in favore della popolazione civile, e l'articolo 85, quarto comma (a), avrebbe classificato come "gravi violazioni" i comportamenti, definiti dall'articolo 49 della Convenzione di Ginevra²³⁸, di trasferimento ad opera della Potenza occupante di parte della propria popolazione nei territori occupati. Si sarebbe dunque potuto discutere della loro perseguibilità come crimini di guerra²³⁹.

²³⁶ Vedi i numerosi Reports della Commissione sulla situazione dei diritti umani in Palestina, disponibili su: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?m=91 (ultimo visita 02/01/06) e pagine seguenti.

²³⁷ Anche se sulla natura consuetudinaria del Protocollo si discute, vedi *supra* n. 184.

²³⁸ La Corte ritenne violato l'articolo 49 della Convenzione di Ginevra, vedi par. 134 che recita: "the construction of the wall and its associated régime, by contributing to the demographic changes referred to in paragraphs 122 and 133 above, contravene Article 49, paragraph 6, of the Fourth Geneva Convention."

²³⁹ Il Secondo Protocollo Addizionale alla Quarta Convenzione di Ginevra, all'articolo 85(4a) eccezionalmente richiama quanto disposto dall'articolo 49 della Convenzione e classifica il trasferimento ad opera della potenza occupante di parte della propria popolazione nei territori occupati, come grave violazione del Protocollo e dunque come crimine di guerra. In quanto crimine di guerra potrebbe essere giudicato dalla Corte Penale Internazionale, nel cui Statuto all'articolo 8(2b) attinente la giurisdizione sui crimini di guerra, è ancora una volta, ripreso quanto affermato nell'articolo 49 della Convenzione di Ginevra. L'inserimento delle disposizioni sul trasferimento della popolazione nei

Altrettanto interessante è il fatto che l'articolo 3(b) del Protocollo avrebbe neutralizzato l'efficacia della clausola dell'anno di applicazione inserita nel articolo 6, terzo comma, della Convenzione di Ginevra²⁴⁰. Ancorché si possa discutere della rilevanza del Protocollo nel caso di specie, in relazione alla sua valenza consuetudinaria o meno, appare comunque opportuno sottolineare la volontà espressa da un elevato numero di Paesi²⁴¹ di abolire la regola che limita l'applicazione della Convenzione di Ginevra entro l'anno seguente la conclusione delle operazioni militari, poiché nata da ragioni storiche, legate all'occupazione della Germania e del Giappone dopo la Seconda Guerra Mondiale, che non giustificano più il suo mantenimento in vigore²⁴². Anche sotto questo profilo, la scelta della Corte di farvi comunque riferimento e di applicarla, nonostante la sua natura anomala²⁴³, stupisce non poco, soprattutto se raffrontata con l'atteggiamento tenuto invece dall'Alta Corte di Israele. La Corte israeliana, sebbene Israele non sia parte del Primo Protocollo Addizionale, non ha mai dato applicazione alla clausola della limitazione temporale dell'applicabilità della Convenzione di Ginevra e, peraltro, nella sua giurisprudenza, ha fatto espresso riferimento al articolo 78 della Convenzione, ancorché tale disciplina non rientri nell'elenco previsto dall'articolo 6²⁴⁴.

La Corte affrontò poi la materia dell'applicazione del Regolamento dell'Aja, ed affermò che tale strumento sarebbe stato applicabile limitatamente alla terza parte, in quanto riguardante

territori occupati nel Protocollo Addizionale e nello Statuto di Roma, non aggiungendo nulla a ciò che era già previsto dalla Convenzione di Ginevra, è giustificato unicamente da ragioni politiche, finalizzate a dare più visibilità alla norma, che nell'articolo 49 della Convenzione di Ginevra è inserita all'ultimo comma. Sul punto vedi: BOTHE MICHEAL, PARTSCH KARL JOSEF, SOLF WALDEMAR A., *New rules for victims of armed conflict*, The Hague, 1982, p. 518 e CASSESE ANTONIO, GAETA PAOLA, JONES JOHN R.W.D., *The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary*, Oxford 2002, p.413.

²⁴⁰ Articolo 3(b) del Primo Protocollo Addizionale: "Without prejudice to the provisions which are applicable at all times: b) The application of the Conventions e of this Protocol shall cease, in the territory of Parties to the conflict, on the general close of military operations e, in the case of occupied territories, on the termination of the occupation, except, in either circumstance, for those persons whose final release, repatriation or re-establishment takes place thereafter. These persons shall continue to benefit from the relevant provisions of the Conventions e of this Protocol until their final release, repatriation or re-establishment."

²⁴¹ 163 Stati hanno firmato e ratificato il Protocollo; l'elenco è disponibile su: <http://www.cicr.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=470&ps=P> (ultima visita 02/01/06).

²⁴² Vedi BOTHE MICHEAL, PARTSCH KARL JOSEF, SOLF WALDEMAR A, *op. cit.*, n. 239, p. 59.

²⁴³ Vedi ROBERTS ADAM, *op. cit.*, n. 193, p. 57 dove si afferma che: "The one year after provision of 1949 must be viewed as a legal oddity. It may have corecctly identified a problem [...] but the solution it proposed was not equally appropriated to all occupations, and it had not commended itself greatly to military administrators, inhabitants of occupied territories or international lawyers."

²⁴⁴ Vedi *Ajuri v. IDF Commander*, H.C.J. 7015/02, 3 settembre 2002, disponibile su: <http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/framesetSrch.html> (ultima visita 02/01/06).

l'autorità militare nei territori occupati, mentre la seconda parte, concernente la conduzione delle ostilità, non era pertinente alla questione della costruzione di una barriera nei Territori occupati. Per tale motivo, l'articolo 23 (g) del Regolamento attinente tutela della proprietà privata e rientrante nella terza parte²⁴⁵, non fu preso in considerazione nella valutazione effettuata dalla Corte²⁴⁶.

La Corte dunque ritenne che la disciplina rilevante al fine di stabilire la legittimità o meno della costruzione della barriera sotto il profilo del diritto umanitario, era quella inserita nella terza parte del Regolamento dell'Aja e gli articoli della Convenzione di Ginevra espressamente elencati dall'articolo 6 della stessa.

3.3.3. Le violazioni del diritto internazionale umanitario derivanti dalla costruzione e dal collocamento della barriera.

Chiariti gli strumenti normativi del diritto umanitario rilevanti in materia, la Corte diede applicazione, entro i confini da essa stessa stabiliti, alla disciplina che riteneva pertinente alla costruzione della barriera. Furono prese in considerazione norme riguardanti per lo più l'interferenza della Potenza occupante con la vita quotidiana e le attività lavorative della popolazione civile, gli insediamenti israeliani nei Territori occupati e la proprietà privata. Per quanto riguarda il primo ambito di intervento, la Corte operò solamente un rinvio a quanto previsto dagli articoli 43 del Regolamento dell'Aja, 47, 52, e 59 della Convenzione di Ginevra, senza spingersi in un esame più approfondito delle norme. La tematica degli insediamenti israeliani venne affrontata sulla base della consolidata opinione in merito, dei maggiori organi delle Nazioni Unite e alla luce di quanto disposto dall'articolo 49 della Convenzione di Ginevra, mentre alla questione attinente la disciplina della proprietà privata nei Territori occupati la Corte dedicò un'attenzione leggermente maggiore.

²⁴⁵ Sulla tematica della proprietà privata nei Territori Occupati vedi *oltre*, par. 3.3.3, p. 76 e ss.

²⁴⁶ Vedi *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 124.

L'articolo 43 RA concerne il rispetto dell'ordine pubblico e delle leggi vigenti nel territorio occupato,²⁴⁷ l'articolo 47 CG riguarda la garanzia dei benefici offerti dalla Convenzione nei confronti delle persone protette²⁴⁸, l'articolo 52 CG attiene al diritto al lavoro riconosciuto alla popolazione civile dei territori occupati²⁴⁹, mentre l'articolo 59 CG ha ad oggetto la disciplina degli approvvigionamenti di cibo e medicinali²⁵⁰. Come affermato in precedenza, la Corte limitò la propria analisi ad un ristretto gruppo di norme, ancorché la costruzione della barriera avrebbe potuto coinvolgerne un numero maggiore, e ciò principalmente, in ragione dell'operare della clausola temporale inserita nell'articolo 6 della Convenzione di Ginevra. La Corte avrebbe comunque potuto rinviare a quanto disposto dall'articolo 27 della Convenzione, rientrante nell'elenco dell'articolo 6. Tale articolo, concernente il trattamento delle persone protette²⁵¹, è

²⁴⁷ Articolo 43 Regolamento dell'Aja: "The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, e ensure, as far as possible, public order e safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country."

²⁴⁸ Articolo 47 Convenzione di Ginevra: "Protected persons who are in occupied territory shall not be deprived, in any case or in any manner whatsoever, of the benefits of the present Convention by any change introduced, as the result of the occupation of a territory, into the institutions or government of the said territory, nor by any agreement concluded between the authorities of the occupied territories e the Occupying Power, nor by any annexation by the latter of the whole or part of the occupied territory."

²⁴⁹ Articolo 52 Convenzione di Ginevra: "No contract, agreement or regulation shall impair the right of any worker, whether voluntary or not e wherever he may be, to apply to the representatives of the Protecting Power in order to request the said Power's intervention."

All measures aiming at creating unemployment or at restricting the opportunities offered to workers in an occupied territory, in order to induce them to work for the Occupying Power, are prohibited."

²⁵⁰ Articolo 59 Convenzione di Ginevra: "If the whole or part of the population of an occupied territory is inadequately supplied, the Occupying Power shall agree to relief schemes on behalf of the said population, e shall facilitate them by all the means at its disposal."

Such schemes, which may be undertaken either by States or by impartial humanitarian organizations such as the International Committee of the Red Cross, shall consist, in particular, of the provision of consignments of foodstuffs, medical supplies e clothing."

All Contracting Parties shall permit the free passage of these consignments e shall guarantee their protection."

A Power granting free passage to consignments on their way to territory occupied by an adverse Party to the conflict shall, however, have the right to search the consignments, to regulate their passage according to prescribed times e routes, e to be reasonably satisfied through the Protecting Power that these consignments are to be used for the relief of the needy population e are not to be used for the benefit of the Occupying Power."

²⁵¹ Articolo 27 Convenzione di Ginevra: "Protected persons are entitled, in all circumstances, to respect for their persons, their honour, their family rights, their religious convictions e practices, e their manners e customs. They shall at all times be humanely treated, e shall be protected especially against all acts of violence or threats thereof e against insults e public curiosity."

Women shall be especially protected against any attack on their honour, in particular against rape, enforced prostitution, or any form of indecent assault."

Without prejudice to the provisions relating to their state of health, age e sex, all protected persons shall be treated with the same consideration by the Party to the conflict in whose power they are, without any adverse distinction based, in particular, on race, religion or political opinion."

considerato l'espressione del principio cardine su cui si fonda l'intera Convenzione di Ginevra²⁵². Esso proclama il principio del rispetto della persona umana ed il carattere inviolabile dei diritti fondamentali degli individui. E' meritevole d'attenzione il fatto che alla 17° Conferenza della Croce Rossa fu proposto di stilare un preambolo alla Convenzione, nel quale dovevano essere proclamate le disposizioni che costituivano "*the basis of universal human law*"²⁵³, ma la Conferenza Diplomatica non fu in grado di raggiungere un accordo e dunque, in assenza di un Preambolo²⁵⁴, l'articolo 27, assieme agli articoli 31-34 della Convenzione, devono essere considerate come il punto di partenza per tale disciplina dal valore universale²⁵⁵. Sarebbe stato opportuno che la Corte sottolineasse la rilevanza di questa disposizione all'interno della questione concernente la costruzione della barriera, essendo peraltro quella in oggetto una norma di carattere generale, dunque non limitata ad uno specifico ambito di applicazione. Un'ulteriore critica che può essere mossa all'argomentare della Corte, con riguardo al primo gruppo di norme analizzate, è l'estrema fuggevolezza con cui furono trattate le disposizioni rilevanti, pressoché prive di qualsiasi commento o approfondimento a seguito della loro mera citazione²⁵⁶.

Per quanto riguarda la questione degli insediamenti israeliani nei Territori occupati, la Corte affermò chiaramente che le colonie israeliane sono contrarie al diritto umanitario internazionale²⁵⁷, conformandosi a quanto sostenuto dal Consiglio di Sicurezza²⁵⁸, dal Comitato Internazionale della Croce Rossa²⁵⁹, dagli Stati parte della Convenzione di Ginevra²⁶⁰, e da

However, the Parties to the conflict may take such measures of control e security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war."

²⁵² Vedi PICTET JEAN S., *op. cit.*, n. 230, p. 200-201.

²⁵³ *Ibid.*, p. 200.

²⁵⁴ Un preambolo alla Convenzione di Ginevra in realtà c'è, ma è estremamente breve e privo delle usuali definizioni degli obiettivi perseguiti dalla Convenzione. Vedi ICRC Commentary alla Quarta Convenzione di Ginevra del 1949, in particolare la parte relativa al Preambolo, disponibile su: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600002?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06).

²⁵⁵ Vedi PICTET JEAN S., *op. cit.*, n. 230, p. 200.

²⁵⁶ Vedi *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 124 e 126.

²⁵⁷ *Ibid.*, par. 120, "The Court concludes that the Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory (including East Jerusalem) have been established in breach of international law."

²⁵⁸ Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 452, 20 luglio 1979, S/RES/452, disponibile su: <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/0/0b7116abb4b7e3e9852560e5007688a0?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06).

²⁵⁹ Documento ufficiale dell'ICRC emesso in occasione della Conferenza delle Alte Parti Contraenti della Quarta Convenzione di Ginevra, 5 dicembre 2001, par. 5, disponibile su: <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/57JRGW?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06).

autorevole dottrina²⁶¹. La disposizione maggiormente rilevante in merito è l'articolo 49 (6) CG, che afferma:

“The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies.”

In base a tale disposizione, quindi, non vi sono circostanze che potrebbero giustificare il trasferimento ad opera della potenza occupante di parte della propria popolazione nei territori occupati. Si può inoltre rilevare che il divieto è indirizzato espressamente alla potenza occupante e pare non comprendere quindi il trasferimento volontario della popolazione nei territori occupati. Tale articolo fu adottato con lo scopo di preservare la configurazione sociale e demografica dei territori occupati, volendo evitare il ripetersi di quanto accaduto durante la Seconda Guerra Mondiale durante la quale certe potenze operarono il trasferimento di parte della propria popolazione nei territori da esse occupati, per ragioni razziali o politiche, o per colonizzare tali territori²⁶². L'articolo 49 deve essere letto in relazione al contesto della disciplina applicabile ai territori occupati. Innanzi tutto, è opportuno fare riferimento all'articolo 43 RA, il quale, ancorché non tratti espressamente del trasferimento della popolazione civile, richiede il mantenimento di

²⁶⁰ Dichiarazione della Conferenza delle Alti Parti Contraenti della Quarta Convenzione di Ginevra, 5 dicembre 2001, par. 12, disponibile su: <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/0/8fc4f064b9be5bad85256c1400722951?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06). Risulta meritevole d'attenzione la posizione di uno degli Stati partecipanti alla Conferenza del 2001, gli Stati Uniti. Il Dipartimento di Stato degli Stati Uniti d'America, nel 1978 affermò che gli insediamenti israeliani nei Territori palestinesi occupati erano contrari al diritto internazionale. (Vedi United States: Letter of the State Department Legal Advisor Concerning Legality of Israeli Settlements in the Occupied Territories, aprile 21, 1978, 17 *International Legal Materials* 777, p. 779.) Tale affermazione venne però messa in dubbio dalle successive dichiarazioni del Presidente Reagan e dal Segretario di Stato James Baker i quali evitarono la questione della legalità o meno degli insediamenti definendoli degli “obstacles to the peace”. Recentemente il presidente Bush ha definitivamente rovesciato la situazione. In una lettera del 14 aprile 2004, indirizzata a Ariel Sharon, il presidente Bush scrisse: “In the light of the new realities on the ground, including already existing major Israeli population centers, it is unrealistic to expect that the outcome of the final status negotiation will be a full and complete return to the armistice lines of 1949, and all previous efforts to negotiate a two-state solution have reached the same conclusion. It is realistic to expect that any final status agreement will only be achieved on the basis of mutually agreed changes that reflect these realities.” (Vedi GELVIN JAMES L., *The Israel-Palestine Conflict: One Hundred Years of War*, New York 2005, p. 192).

²⁶¹ BENVENISTI EYAL, *op. cit.*, n. 175, p. 140 e ROBERTS ADAM, *op. cit.*, n. 193, pp. 85-86.

²⁶² ICRC Commentary, articolo 49(6) “It is intended to prevent a practice adopted during the Second World War by certain Powers, which transferred portions of their own population to occupied territory for political e racial reasons or in order, as they claimed, to colonize those territories. Such transfers worsened the economic situation of the native population e endangered their separate existence as a race”, disponibile su: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/380-600056?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06).

“*public order and safety*” (“*l’ordre et la vie publics*”, secondo la versione originale francese) della popolazione sottoposta ad occupazione²⁶³ e tale dovere, può ben inserirsi nel più ampio contesto della salvaguardia della configurazione demografica e sociale dei territori occupati. Il mantenimento delle condizioni sociali preesistenti nei territori occupati, sancito dall’articolo 49(6) e dunque l’intera materia degli insediamenti israeliani, inoltre, è strettamente collegata alla disciplina della proprietà privata e della possibilità di requisizione e confisca da parte della Potenza occupante²⁶⁴. Ciò che è importante notare è il fatto che alla Potenza occupante è proibita la confisca di terreni nei territori occupati, finalizzata unicamente alla costituzione di colonie per la propria popolazione²⁶⁵.

Il governo israeliano ritiene che gli insediamenti nei Territori occupati non siano in contrasto con l’articolo 49(6) CG e con la generale disciplina dell’occupazione bellica, in quanto, sarebbe opportuno operare una distinzione tra trasferimento forzato della popolazione dell’occupante e migrazione volontaria. Si osserva che unicamente il trasferimento forzato sarebbe proibito ai sensi dell’articolo 49(6) e che l’attività di insediamento nei Territori occupati avverrebbe volontariamente, ad opera della popolazione, senza interferenze da parte del governo che quindi non può essere ritenuto responsabile della violazione del divieto di trasferimento di popolazione²⁶⁶. Inoltre si afferma che, affinché il trasferimento di popolazione nei territori occupati sia da considerarsi illegittimo, è necessario che tale attività determini lo spostamento della popolazione residente, e ciò nel caso di specie, non avverrebbe.²⁶⁷

²⁶³ E’ opportuno notare che la traduzione inglese dell’articolo 43 del Regolamento dell’Aja non correttamente recita “to maintain public order and safety”, con riferimento all’ordine pubblico nel senso di sicurezza pubblica. Il testo francese, (la versione francese del Regolamento dell’Aja è l’unica versione ufficiale) richiede alla Potenza occupante, più generalmente, di rispettare la situazione sociale della popolazione occupante (“*l’ordre et la vie publics*”). L’Alta Corte di Israele ha evidenziato la discrasia tra le due versioni della Convenzione e ha adottato l’espressione francese, resa in inglese con “civil life of the occupied population”. Vedi Supreme Court of Israel, *Christian Society for Holy Places v. Minister of Defense*, 1971 e SASSOLI MARCO, *Article 43 Of The Hague Regulations and Peace Operations In The Twenty-First Century - Background Paper prepared for Informal High-Level Expert Meeting on Current Challenges to International Humanitarian Law*, in *International Humanitarian Law Research Initiative*, 2004, p. 4, disponibile su: <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/sassoli.pdf> (ultima visita 02/01/06).

²⁶⁴ Sulle questioni proprietarie nei territori occupati vedi *oltre*, in questo paragrafo, p. 76.

²⁶⁵ Vedi HUMANITARIAN POLICY E CONFLICT RESEARCH (HPCR), *The legal status of Israeli Settlements under IHL Policy Brief*, gennaio 2004, p. 4.

²⁶⁶ Vedi STONE JULIUS, *op. cit.*, n. 193, pp. 177-181.

²⁶⁷ ISRAEL NATIONAL SECTION INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *The Rule of Law in the Areas Administered by Israel*, 1981, p.54-55 e INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Israelis Settlements in Occupied Areas*, the Review, n.19, 1977, p. 27 e ss..

Israele infatti, afferma che:

*“The provisions of the Geneva Convention regarding forced population transfer to occupied sovereign territory cannot be viewed as prohibiting the voluntary return of individuals to the towns and villages from which they, or their ancestors, had been ousted...It should be emphasized that the movement of individuals to the territory is entirely voluntary...”*²⁶⁸

Tale posizione in merito alla legittimità degli insediamenti israeliani, derivante dalla distinzione che sarebbe opportuno tracciare in relazione all'articolo 49(6), è sostenuta anche da parte della dottrina Israeliana, la quale afferma che qualora il trasferimento volontario e individuale della popolazione israeliana non avvenga sotto l'egida istituzionale del governo, non è da ritenersi illegittimo²⁶⁹. L'Alta Corte di Israele, inoltre, sostenne la legittimità degli insediamenti basandosi sul dettato dell'articolo 52 della Convenzione di Ginevra che ammette la requisizione di territorio purché venga pagata una adeguata compensazione, e sulla finalità militare e temporanea perseguita dall'attività di colonizzazione²⁷⁰. Per tale motivo, l'attività di edificazione degli insediamenti nei Territori occupati è giustificata dal governo israeliano in quanto supportata da elementi concernenti la sicurezza. La requisizione di proprietà privata, da parte del governo d'Israele, dove costruire gli insediamenti per ragioni di sicurezza militare terminò nel 1979, quando per la prima volta l'Alta Corte dichiarò illegittimo un progetto di insediamento, poiché non giustificato da ragioni di sicurezza e orientato alla permanenza²⁷¹. Dopo questa pronuncia, Israele cominciò a costruire gli insediamenti su terreni dichiarati di proprietà pubblica o dello Stato²⁷². Tale misura, in realtà, aggirava solamente il problema, in quanto la

²⁶⁸ FOREIGN MINISTRY OF ISRAEL, *Israeli Settlements and International Law: Legal Position Paper*, maggio 2001, disponibile su: <http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/Israeli+Settlements+and+International+Law.htm> (ultima visita 02/01/06).

²⁶⁹ Vedi DINSTEIN YORAM, *The international law of belligerent occupation and human rights*, in *Israel Yearbook of Human Rights*, 1978, vol. 104, p. 124.

²⁷⁰ BTSELEM REPORT, *Israeli Settlement in the Occupied Territories as a violation of Human Rights: legal and conceptual aspects*, 1997 disponibile su: <http://www.btselem.org/Download/eSettlements.rtf> (ultima visita 02/01/06).

²⁷¹ *Douykat v. Government of Israel*, H.C.J. 390/79 (the “Elon Moreh” Case) pubblicato in *Palestine Yearbook of International Law*, 1984, Vol. 1, p. 134; vedi inoltre BTSELEM REPORT *supra* n. 270, e BENVENISTI, EYAL, *op. cit.*, n. 175, pp. 120-122.

²⁷² BTSELEM REPORT, *supra* n. 270.

proprietà di approssimativamente due terzi dei terreni in Cisgiordania non è registrata ed appartiene ai palestinesi in base a un prolungato possesso. I residenti dei Territori occupati furono gravati dell'onere di dimostrare validi titoli proprietari e, qualora non fossero riusciti a adempiere a tale obbligo di dimostrazione, la terra era considerata di proprietà dello Stato²⁷³. Le giustificazioni di Israele per la costruzione degli insediamenti dunque cambiarono. Non si invocavano più le ragioni di sicurezza militare ma la costruzione su terreni pubblici, asserendo che in questo modo non si sarebbe violato l'articolo 49. Si sostenne infatti, che:

*“[Article 49 does not] prohibit the movement of individuals to land which was not under the legitimate sovereignty of any state and which is not subject to private ownership. In this regard, Israeli settlements have been established only after an exhaustive investigation process, under the supervision of the Supreme Court of Israel, designed to ensure that no communities are established on private Arab land...the settlements themselves are not intended to displace Arab inhabitants, nor do they do so in practice.”*²⁷⁴

Recentemente l'Alta Corte di Israele, nell'affrontare dei casi riguardanti la costruzione della barriera²⁷⁵, ha assunto la posizione di non intervenire riguardo alla materia della legittimità degli insediamenti. Risultava, a dire della Corte, irrilevante un'indagine sulla legalità di tale presenza²⁷⁶.

Comprensibilmente, l'Autorità nazionale palestinese critica l'interpretazione dell'articolo 49 fornita da Israele. Infatti, secondo il Dipartimento per le questioni concernenti i negoziati²⁷⁷, la

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ FOREIGN MINISTRY OF ISRAEL, *op. cit.*, n. 268. Vedi inoltre BENVENISTI EYAL, *op. cit.* n. 175, p. 140 e ISRAEL NATIONAL SECTION INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *The Rule of Law*, *op. cit.*, n. 267. Va sottolineato che attraverso tale argomento però, non è comunque possibile sostenere la legittimità degli insediamenti poiché l'articolo 49 proibisce l'adozione di pratiche volte a modificare la composizione demografica del territorio occupato *tout court*, a prescindere dalla natura privata o pubblica delle stesse.

²⁷⁵ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, 30 giugno 2004, H.C.J. 2056/04 e *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, 15 settembre 2005, H.C.J. 7957/04.

²⁷⁶ *Ibid.*, *Mara'abe*, par.19 e *Beit Sourik Village Council*, par. 29.

²⁷⁷ Negotiation Affairs Department (NDA). Tale ente fu creato a Gaza nel 1994 allo scopo di seguire l'implementazione degli Interim Agreement firmati tra PLO e Israele. Per un approfondimento sulle sue attività, maggiori informazioni sono disponibili su: http://www.nad-plo.org/main.php?view=nav_about-us (ultima visita 02/01/06).

distinzione tra trasferimento forzato e volontario sarebbe irrilevante ai sensi dell'articolo 49²⁷⁸. Tale articolo vieterebbe semplicemente alla Potenza occupante di operare dei trasferimenti di popolazione che alterano la composizione demografica dei territori occupati. In questo senso si rileva come l'articolo 49 distingua chiaramente tra deportazioni, evacuazioni e trasferimento di persone protette da un lato, e trasferimento da parte della Potenza occupante di propri cittadini dall'altro. I primi cinque commi dell'articolo 49 attengono alle evacuazioni, deportazioni e trasferimenti di persone protette e solo l'ultimo si occupa del trasferimento della popolazione della Potenza occupante. Il fatto che solo nei primi cinque commi si parli di trasferimenti forzati, mentre il sesto comma non vi fa riferimento significherebbe che i trasferimenti da parte della Potenza occupante di parte della propria popolazione sono banditi anche qualora non siano forzati, ma bensì solo incoraggiati dalla Potenza occupante e potenzialmente alterino la composizione demografica dei territori occupati. La posizione dell'Autorità nazionale palestinese e sembra condivisibile, per diversi motivi, primo fra tutti il fatto che l'obiettivo principale dell'articolo in questione è quello di proteggere la popolazione dei territori occupati piuttosto che la popolazione della Potenza occupante²⁷⁹. Inoltre è significativo il riferimento alla proposta, effettuata in sede di Conferenza diplomatica²⁸⁰, di inserire quest'ultimo comma in una norma autonoma, proprio in ragione del diverso significato con cui i termini trasferimento e deportazione sono impiegati nel sesto comma rispetto agli altri²⁸¹. L'accento posto da Israele sul mancato spostamento della popolazione residente nei Territori occupati e la mancanza di partecipazione attiva del governo israeliano all'attività di insediamento, appaiono deboli motivazioni a supporto della legittimità delle colonie israeliane. Innanzitutto, né il testo dell'articolo 49, né i lavori preparatori alla stesura di tale articolo suggeriscono che il divieto di insediamenti sia limitato unicamente alle circostanze in cui si determini uno spostamento dei residenti²⁸². Per quanto riguarda invece la partecipazione del governo al trasferimento di parte della propria popolazione, questa, chiarito che non si limita ad un coinvolgimento che implica il trasferimento forzato, si può

²⁷⁸ NEGOTIATION AFFAIRS DEPARTMENT, *Israeli colonies e international law*, disponibile su: http://www.nad-plo.org/view_area_page.php?view=nego_permanent_colonies_related_hccolinterp&css=2 (ultima visita 02/01/06).

²⁷⁹ BENVENISTI, EYAL, *op. cit.*, n. 175, p.140 e PICTET JEAN, *op. cit.*, n. 230, p. 283.

²⁸⁰ PICTET JEAN, *op. cit.*, n. 230, p. 283.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 283.

²⁸² MALLISON THOMAS E MALLISON SALLY, *The Palestine problem in international law and world order*, 1986, Londra, p. 264-266.

concretizzare anche in una semplice acquiescenza nei confronti dei movimenti verso i territori occupati²⁸³. Nel caso di Israele e dei Territori occupati palestinesi, però, la partecipazione del governo israeliano va ben al di là dell'acquiescenza e si realizza attraverso interventi concreti a sostegno dell'insediamento. Per esempio gran parte degli insediamenti in Cisgiordania furono definiti "*national priority areas*", al pari di altre località israeliane come il Negev e la Galilea, e per tale ragione beneficiano di maggiori finanziamenti pubblici e sussidi abitativi²⁸⁴. Fu riportato dall'agenzia di stampa francese che il Ministro all'Edilizia israeliano utilizzava il 20% del proprio budget per i sussidi all'edilizia per i coloni²⁸⁵. Sono garantiti inoltre privilegi ed incentivi fiscali per i residenti e per le attività commerciali presenti negli insediamenti²⁸⁶. Oltre a ciò il governo israeliano attribuisce una quantità maggiore di denaro pro-capite alle amministrazioni locali degli insediamenti rispetto a quanto devolve alle amministrazioni locali israeliane²⁸⁷. Un'indagine giornalistica dimostrò che il governo Israeliano spendeva 10.000 NIS pro-capite in più per i coloni rispetto alla spesa pro-capite per i residenti in Israele²⁸⁸. Tutto ciò porta a concludere che il trasferimento di parte della popolazione israeliana nei Territori occupati non sia prettamente ed unicamente volontario, ma sia pervaso da una forte ingerenza, ancorché indiretta, delle autorità istituzionali. Dunque l'affermazione della Corte di Giustizia, che il termine "*transfer*" utilizzato nell'articolo 49(6) non si riferiva solo alle deportazioni forzate ma anche "*any measures taken by an occupying power in order to organize or encourage transfers of parts of its own population into*

²⁸³ GOEBEL CHRISTA e MEINDERSMA CHRISTOPHER, *Report of International Federation for the Protection of Ethnic, Religious, Linguistic and other Minorities*, "Population Transfer", (presentato alla 43° sessione della Sotto-Commissione per la Prevenzione della Discriminazione e la Protezione delle Minoranze al punto n.8: The Realisation of Economic, Social and Cultural Rights) E/CN.4Sub.2/1992/NGO/3. Questo report definisce il trasferimento di popolazione come "the movement of large numbers of people, either into or away from a certain territory, with state involvement or acquiescence of government", *Ibid.*, p. 1.

²⁸⁴ B'TSELEM REPORT, *Land Grab: Israel's Settlement Policy in the West Bank*, 2002, p. 57-60, disponibile su: http://www.btselem.org/Download/200205_Land_Grab_Eng.doc (ultima visita 02/01/06).

²⁸⁵ AGENCE FRANCE PRESSE, *Jewish settlers get big part of Israeli housing budget*, 4 agosto 1997.

²⁸⁶ B'TSELEM REPORT, *op. cit.*, n. 284, p.59.

²⁸⁷ *Ibid.*, p.63, "The level of general grants provided by the government for local councils in the West Bank in 2000 averaged NIS 2,224 per resident, compared with an average of NIS 1,336 per resident for local councils in Israel - i.e., sixty-five percent more."

²⁸⁸ HA'ARETZ, *The Price of Settlements*, venerdì 26 settembre 2003.

*the occupied territory*²⁸⁹” appare fondata e riflette il comportamento tenuto dal governo israeliano²⁹⁰.

La Corte affrontò però la tematica degli insediamenti con estrema rapidità, forse perché riteneva che vi fosse una posizione ampiamente condivisa dalla comunità internazionale in merito. Tale atteggiamento determina comunque alcune difficoltà nel comprendere la relazione tra gli insediamenti, ritenuti illegittimi, e la legittimità o meno della barriera. A tale proposito la trattazione da parte della Corte della tematica riguardante la legalità degli insediamenti israeliani potrebbe essere considerata non pertinente con la questione della barriera e, dunque, per come fu affrontata dalla Corte di Giustizia, priva di particolare rilevanza²⁹¹. A mio avviso invece, il nesso tra illegittimità degli insediamenti ed illegittimità della barriera sussiste pienamente e riveste un ruolo centrale nell’esame della questione concernente la costruzione della barriera; ciò che tuttavia è carente nell’opinione è un’esposizione esauriente di tale legame.

Il Relatore Speciale delle Nazioni Unite per i Territori occupati, nel suo rapporto, evidenziò la finalità politica di annessione degli insediamenti e di estensione del territorio israeliano, perseguita in generale dalla volontà di erigere la barriera, e nello specifico, dal tracciato scelto per la sua edificazione²⁹². La stessa Alta Corte di Israele, ribadì che, qualora il percorso della barriera fosse stato definito non in base ad esigenze di sicurezza ma ad esigenze politiche, la costruzione dell’opera sarebbe stata illegittima²⁹³. All’interno del dibattito israeliano sviluppatosi attorno all’edificazione della barriera, gli intenti, non unicamente difensivi, che sorreggevano il progetto di costruzione furono palesati²⁹⁴. Il governo di Israele, tuttavia, nel proprio *written statement*

²⁸⁹ Vedi *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 120.

²⁹⁰ Vi è, però chi critica l’ampiezza dell’affermazione della Corte, riferita a “any measures”, alla luce di quanto disposto dall’articolo 8(2) dello Statuto della Corte Penale Internazionale, dove si specifica la norma dell’articolo 49(6) della Convenzione di Ginevra, aggiungendoci i termini “direct or indirect”. Sul punto vedi DAVID KREZTMER, *The advisory opinion: The light treatment of international humanitarian law*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, n. 1, p. 91.

²⁹¹ Vedi O’KEEFE ROGER, *op. cit.*, n. 100, pp. 133-134.

²⁹² SPECIAL RAPPORTEUR OF THE COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Question Of The Violation Of Human Rights In The Occupied Arab Territories, Including Palestine Report Of John Dugard, On The Situation Of Human Rights In The Palestinian Territories Occupied By Israel Since 1967*, E/CN.4/2004/6/Add.1 27 febbraio 2004, UN Doc.E/CN.4/2004/6/Add.1 par. 27-28, disponibile su: <http://domino.un.org/unispal.nsf/0/631c8deb907650e985256e6000520f3b?OpenDocument> (ultima visita 02/01/06).

²⁹³ Vedi *supra*, n. 275, *Mara’abe*, par. 98 e *Beit Sourik Village Council*, par. 27.

²⁹⁴ GIDEON ALON, *I’ll take the existence*, in *Haaretz*, 20 settembre 2004, intervista a Zipi Livini, ministro del Governo Sharon, il quale affermò: “In the future conception of Israel’s security, the construction of the fence is supposed to

dichiarò che la barriera “*is intended solely as a temporary, non violent defensive measure to guard against suicide and other attacks against Israel and Israelis*”²⁹⁵ e che qualora accordi politici lo richiedano, poteva essere modificata o eliminata. La Corte non contestò la veridicità di tali affermazioni e, ciò nonostante, giunse alla conclusione che “*the construction of the wall and its associated régime create a “fait accompli” on the ground that could well become permanent, in which case, and notwithstanding the formal characterization of the wall by Israel, it would be tantamount to de facto annexation*”²⁹⁶. Proprio in tale passaggio il ragionamento della Corte appare incompleto, in quanto arrivò ad affermare l’illegalità della barriera in base al carattere potenzialmente permanente, ma senza aver precedentemente chiarito le motivazioni politiche alla base della sua costruzione. Qualora la Corte avesse avvalorato esplicitamente quanto sostenuto dal Relatore Speciale nel suo rapporto, in particolare la finalità politica di annessione sottesa alla scelta del percorso della barriera, il nesso con l’illegalità degli insediamenti sarebbe risultato più chiaro, ma dato che così non avvenne, il riferimento all’annessione *de facto* sembra non poggiare su una solida base argomentativa²⁹⁷. Il riferimento all’*associated régime* è, invece, degno di nota in quanto non espressamente menzionato dalla richiesta di opinione dell’Assemblea Generale e poiché fornisce un legame diretto con le tematiche delle violazioni generate non solo dalla costruzione della barriera, ma anche dal sistema di limitazioni ad essa funzionali, argomento affrontato successivamente dalla Corte.

L’ultimo aspetto del diritto umanitario affrontato dalla Corte riguardava la tematica proprietaria. La costruzione della barriera, infatti, costituisce una notevole interferenza nei diritti di proprietà dei Territori occupati, in particolare con riguardo alla confisca di proprietà pubbliche e private attraverso ordinanze militari e alla distruzione di proprietà quali raccolti, alberi e

transfer 85 to 90 percent of the area to the Palestinians who live beyond the fence. If Israel places itself around the fence in order to provide security for the settlement bloc, this should make life easier for the Palestinians, even at the price of harming villages in proximity to the fence. When the dilemma is between the life of an Israeli citizen who lives in a settlement and the difficulty that we are causing the Palestinian villager in working his land, due to the construction of the fence, my moral choice is clear.”

²⁹⁵ Written Statement di Israele, p. 5 par. 1.8.

²⁹⁶ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 121.

²⁹⁷ Il giudice Buegenenthal, il quale sostenne che gli insediamenti violavano l’articolo 49(6) della Convenzione di Ginevra, nella sua declaration, affermò: “It follows that the segments of the wall being built by Israel to protect the settlements are *ipso facto* in violation of international humanitarian law.” Declaration disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 02/01/06).

abitazioni per l'edificazione della barriera. La disciplina dei poteri di una Potenza occupante sulle proprietà dei territori occupati è contenuta principalmente nel Regolamento dell'Aja, mentre la Convenzione di Ginevra contiene solo una norma che riprende, in maniera più circoscritta, quanto affermato nel Regolamento dell'Aja sulla distruzione di proprietà. Infatti, l'articolo 53 della Convenzione di Ginevra proibisce la distruzione di proprietà unicamente da parte di una Potenza occupante e in territori sottoposti ad occupazione, laddove l'articolo 23(g) del Regolamento dell'Aja vieta invece la distruzione e la confisca di tutte le proprietà del territorio in guerra²⁹⁸. Il Regolamento dell'Aja prevede due diverse discipline della proprietà: nel caso di sussistenza delle ostilità (II Sezione) e nel caso di autorità militare sul territorio dello Stato nemico (III Sezione).

Il punto nodale in materia riguarda l'applicabilità o meno dell'articolo 23(g) del Regolamento, contenuto nella seconda sezione. Israele ne sostiene la piena applicabilità in quanto, a seguito degli episodi di violenza avvenuti dallo scoppio della Seconda *Intifada* nel 2000, la situazione si sarebbe trasformata in conflitto armato²⁹⁹. Tale posizione è condivisa dall'Alta Corte Israeliana, la quale non solo nei casi più recenti attinenti la costruzione della barriera³⁰⁰, ma anche in sentenze di vecchia data, ha ritenuto pienamente soddisfatta la clausola della necessità militare che permette la distruzione e la confisca di proprietà nel corso delle ostilità³⁰¹. La Corte di Giustizia, invece, affermò la mancanza di pertinenza con la costruzione della barriera dell'articolo

²⁹⁸ PICTET JEAN S, *op. cit.*, n. 230, p. 301.

²⁹⁹ Sul sito web del Ministero degli Affari Esteri israeliano è riportato quanto segue: "Since the Palestinian-initiated violence began in September 2000, an armed conflict has existed in the region. Under International Humanitarian Law, Israel has the authority to seize private land, when the seizure is "imperatively demanded" by the necessities of war (Article 23(G) of the 1907 Hague regulations which set the basic rules of the Laws of Armed Combat.) Israel also has the authority to seize property, in accordance with the Laws of Armed Combat, in situations when the military aim is to protect the lives of both the citizens of the State of Israel and the Palestinian residents of the West Bank." Disponibile su:

<http://securityfence.mfa.gov.il/mfm/web/main/document.asp?SubjectID=45665&MissionID=45187&LanguageID=0&StatusID=0&DocumentID=-1> (ultima visita 20/01/06). Si veda inoltre, con formulazione analoga, quanto riportato sul sito web del Ministero della Difesa israeliano, disponibile su: <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/execution.htm> (ultima visita 20/01/06).

³⁰⁰ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, H.C.J. 2056/04, 30 giugno 2004, par. 1-2 e *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, H.C.J. 7957/04, 15 settembre 2005, par. 1-2.

³⁰¹ Vedi *Suleiman Tawfiq Ayyub et al v. Minister of Defense et al* (Beit El case), H.C.J. 606, 610/78, dove la Corte riconosce la legittimità giuridica di atti di esproprio di terreni di proprietà privata per la costruzione di un insediamento di coloni israeliani. In tale sentenza, la Corte ritiene che l'operato dell'amministrazione militare sia conforme a quanto disposto dall'articolo 23(g) del Regolamento dell'Aja, poiché viene riconosciuto il carattere militare degli insediamenti israeliani dei Territori occupati.

23(g) RA³⁰². Anche in tale ambito è difficile non notare la mancanza di argomentazioni a sostegno di quanto affermato, e ciò non aiuta certo a chiarire dal punto di vista giuridico la situazione esistente nei Territori occupati.

L'elemento controverso attiene all'esistenza o meno nei Territori occupati, di una situazione di conflitto armato che renda applicabile la clausola contenuta nell'articolo 23(g)³⁰³. Sul punto la Commissione d'inchiesta sulla violazione dei diritti umani nei Territori occupati presentò una relazione in cui affermò che la situazione nei Territori occupati non integrava la classificazione di conflitto armato non internazionale³⁰⁴ come "*protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups*" fornita dal Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia nel caso Tadic³⁰⁵. E' interessante notare poi che tale posizione fu sostenuta nonostante la Commissione avesse manifestato esplicitamente di nutrire dei dubbi in merito, che però non la portarono a rivedere la propria convinzione, in quanto temeva che il riconoscimento di un conflitto armato avrebbe legittimato il ricorso, da parte delle Forze di Difesa d'Israele, a misure militari piuttosto che politiche³⁰⁶. Tale preoccupazione svanì nel rapporto presentato dal Relatore Speciale per la Commissione sui diritti umani nei Territori occupati sulla questione concernente la costruzione della barriera, dove venne esplicitamente dichiarata la violazione dell'articolo 23(g) RA³⁰⁷, ma è comunque meritevole di attenzione poiché mette in luce le conseguenze derivanti dall'applicabilità o meno dell'articolo 23(g). Dichiarare pertinente o non pertinente l'articolo 23(g) comporta delle implicazioni che vanno al di là della semplice definizione dell'ambito

³⁰² [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par.124 "Only Section III is currently applicable in the West Bank e Article 23(g) of the Regulations, in Section II, is thus not pertinent."

³⁰³ "unless imperatively demanded by necessities of war".

³⁰⁴ Vi è però anche chi sostiene che la situazione nei Territori Occupati, a seguito dello scoppio della Seconda Intifada, sia da considerarsi come conflitto armato internazionale. Sul punto vedi l'opinione espressa da Cassese, in qualità di esperto, a supporto di un'istanza alla Corte Suprema israeliana, per la definizione della legalità dei "targeted killings", dove affermò che la disciplina applicabile al conflitto violento tra Israele e i gruppi armati palestinesi è "the body of international customary and treaty rules relating to international armed conflicts, in particular to occupatio bellica of foreign territory.", CASSESE ANTONIO, *Expert opinion on whether Israel's targeted killings of Palestinian terrorists is consonant with international humanitarian law*, disponibile su: <http://www.stoptorture.org.il//eng/images/uploaded/publications/64.pdf> (ultima visita 20/01/06).

³⁰⁵ HUMAN RIGHTS INQUIRY COMMISSION ESTABLISHED PURSUANT TO COMMISSION RESOLUTION S-5/1 OF 19 OCTOBER 2000, *Question Of The Violation Of Human Rights In The Occupied Arab Territories, Including Palestine Report*, E/CN.4/2001/121 16 marzo 2001, par. 39-40, disponibile su: <http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/0/e72420b9df69a7bd85256ab200527d86?OpenDocument>.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ SPECIAL RAPPORTEUR OF THE COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *op. cit.*, n. 292, par. 29.

d'applicazione *ratione materiae* della disciplina rilevante, in quanto si determina il venir meno delle disposizioni a garanzia della proprietà privata in regime di occupazione bellica, a favore di maggiori interferenze nei diritti proprietari della popolazione civile, in nome della necessità militare. Durante le ostilità l'articolo 23(g) permette la distruzione e la confisca della proprietà privata, qualora siano imperiosamente imposte dalla necessità della guerra, mentre l'articolo 46 RA, inserito nella terza sezione, afferma che la proprietà privata non può essere confiscata. L'occupazione, essendo di per sé un'azione di guerra, è compatibile con l'esistenza di guerriglia o attività violente di lieve entità o sporadiche³⁰⁸, e dunque ciò che determina l'esaurirsi della situazione di *occupatio bellica* è il manifestarsi di ostilità di intensità tale da configurare un conflitto armato. E' plausibile ritenere che il livello di violenza che si sta manifestando nei Territori occupati non superi la soglia di gravità necessaria affinché si possa parlare di conflitto armato. Gli episodi di violenza sono isolati, sporadici e non giungono a determinare un'estesa e organizzata resistenza militare contro l'occupazione israeliana³⁰⁹. Ciò è dimostrabile in relazione al fatto che Israele, esercitando il proprio controllo sui Territori occupati, è in grado di confiscare proprietà attraverso un procedimento, che nonostante le numerose peculiarità³¹⁰, è comunque di carattere giuridico e permette il proseguimento della costruzione della barriera. Indubbiamente il confine tra occupazione bellica e conflitto armato è molto labile, soprattutto nel contesto medio-

³⁰⁸ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Israel's Separation Barrier : Challenges to the Rule of Law and Human Rights*, 6 luglio 2004, par. 56, disponibile su: http://www.icj.org/news.php3?id_article=3411&lang=en (ultima visita 20/01/06).

³⁰⁹ OXFORD PUBLIC INTEREST LAWYERS (OXPIIL) FOR THE ASSOCIATION FOR CIVIL RIGHTS IN ISRAEL (ACRI), *Legal Consequences of Israel's Construction of a Separation Barrier in the Occupied Territories International Law Opinion*, febbraio 2004, par. 115, disponibile su: <http://www.law.ox.ac.uk/opbp/OXPIL%20Israel%20Barrier%20Executive%20Summary.pdf> (ultima visita 20/01/06) e INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *op. cit.*, n. 308, par. 2.1.1.

³¹⁰ Le ordinanze di requisizione dei terreni acquistano validità dal momento della firma e non dal momento della notifica al proprietario della terra. Possono inoltre avere efficacia retroattiva e quindi essere emesse anche a seguito di una requisizione già avvenuta. A seguito della notifica, è prevista la possibilità di rivolgersi ad un Comitato d'Appello per chiedere di rivalutare la necessità della requisizione e qualora tale richiesta venga rigettata, entro ulteriori 7 giorni, è possibile rivolgersi all'Alta Corte di Israele. Il Comitato d'Appello è però parte della stessa struttura a cui appartengono le Forze di Difesa di Israele, che emanano gli ordini di requisizione, e dunque il suo giudizio non appare propriamente indipendente. Il Comando militare ha inoltre il potere di ribaltare un parere espresso dal Comitato d'Appello. E' significativo che tutti gli appelli giunti all'Alta Corte siano stati rigettati. Nonostante ai proprietari dei terreni sia stata offerta la possibilità di richiedere una compensazione la maggior parte non lo ha fatto, su consiglio dell'Autorità Palestinese, per non legittimare l'operato di Israele. Il valore che veniva offerto alla terra era, comunque, di molto inferiore al valore reale. Vedi, OXFORD PUBLIC INTEREST LAWYERS (OXPIIL) FOR THE ASSOCIATION FOR CIVIL RIGHTS IN ISRAEL (ACRI), *op. cit.*, n. 309, par. 213 e ss.

orientale dove l'occupazione stessa si discosta, a causa della sua durata prolungata, dalla definizione classica fornita dalle norme internazionali³¹¹, ma la posizione assunta dalla Corte, ancorché carente nelle argomentazioni, appare condivisibile.

Le interferenze con i diritti proprietari devono quindi trovare giustificazione in altre disposizioni del Regolamento dell'Aja, precisamente negli articoli 46 e 52, richiamati dalla Corte di Giustizia e ritenuti entrambi violati dalla costruzione della barriera.

L'articolo 46 RA proibisce alla Potenza occupante di confiscare beni di proprietà privata. In dottrina vi è generale accordo in merito al fatto che il termine "confisca" si riferisca all'appropriazione di proprietà senza pagamento di alcuna compensazione,³¹² ma è opinione condivisa che tale termine includa anche l'acquisizione forzata, ossia l'espropriazione, da parte delle autorità, dietro pagamento di un'indennità³¹³. L'unica eccezione a tale divieto è l'esproprio attuato secondo le norme locali dei territori occupati e finalizzato al bene della popolazione³¹⁴. L'elemento controverso, però, attiene alla correttezza di classificare l'acquisizione di proprietà e terreni da parte di Israele per la costruzione della Barriera come confisca o se sia piuttosto opportuno parlare di requisizione temporanea. Israele propende per la seconda ipotesi, affermando che i titoli proprietari rimangono immutati e che viene offerta una compensazione monetaria per il temporaneo utilizzo delle proprietà e dei terreni³¹⁵. Ufficialmente le Forze di Difesa Israeliane si appropriarono dei terreni attraverso ordini di requisizione temporanei giustificati da ragioni militari, la cui scadenza era fissata a dicembre 2005, ma che avevano la possibilità di essere ripetutamente rinnovati senza limitazioni temporali. E' stato documentato che in passato vennero utilizzati ordini di requisizione, ufficialmente temporanei, come mezzi per giungere a confische

³¹¹ Sui rischi ed i vantaggi di una speciale categorizzazione per le occupazioni prolungate, vedi ROBERTS ADAM, *op. cit.*, n. 193, pp. 51-53.

³¹² SCHWARZENBERGER GEORG, *International law as applied by international courts and tribunals: the law of armed conflict*, Londra, 1968, p. 245.

³¹³ OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW, *Volume II: disputes, war and neutrality*, 7^a ed., Londra, 1952, par. 140 e SCHWARZENBERGER GEORG, *op. cit.*, n. 312, p. 266.

³¹⁴ SCHWARZENBERGER GEORG, *op. cit.*, n. 312, p. 266 e CASSESE ANTONIO, *Powers and duties of an occupant in relation to land and natural resources*, in EMMA PLAYFAIR (ED.), *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Oxford, 1992, p. 421.

³¹⁵ Vedi quanto affermato sul sito web del Ministero della Difesa: <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/Humanitarian.htm> (ultima vista 20/01/06).

permanenti³¹⁶. Ciò che appare importante sottolineare è il fatto che, a prescindere dalle questioni attinenti la classificazione giuridica, l'articolo 46 tutela l'essenza dei diritti proprietari e dunque il controllo, la libera disposizione e la possibilità di trarre beneficio da ciò che si possiede. La ragione che giustifica la protezione dell'individuo nei confronti di qualsiasi atto che lo privi del suo diritto alla proprietà privata risiede nel fatto che la Potenza occupante, avendo per definizione un'autorità solo temporanea sul territorio occupato, non può acquisire diritti proprietari permanenti sulla proprietà appartenente al nemico. E' quindi necessario andare oltre la caratterizzazione giuridica e analizzare nel concreto le situazioni createsi a seguito dell'attuazione degli ordini di requisizione. Sicuramente gli alti costi di costruzione della barriera e la possibilità di rinnovare gli ordini di requisizione illimitatamente sono elementi che portano a dubitare della effettiva temporaneità della misura requisitoria, a favore piuttosto di una confisca *de facto*³¹⁷, in quanto il proprietario viene privato delle proprie facoltà proprietarie a tempo indeterminato e non ha dunque, alcuna ragionevole aspettativa di ritornare in possesso dei propri beni in una data prevedibile³¹⁸. Dunque l'elemento della temporaneità, che distingue la requisizione dalla confisca, nel caso dei terreni utilizzati per la costruzione della barriera sembra essere smentito dalla realtà dei fatti³¹⁹, che pare in contrasto con quanto disposto dall'articolo 46 RA. La Corte sembrò avvalorare la tesi della confisca *de facto*, poiché sostenne la violazione dell'articolo 46, ma anche in questo caso non offrì molte spiegazioni evitando di definire la linea di confine tra una confisca ed una requisizione mancante di precisi limiti temporali.

³¹⁶ Vedi B'TSELEM, *op. cit.*, n. 32, p. 18 e ss, e B'TSELEM REPORT, *op. cit.*, n. 284, p. 30 e ss.

³¹⁷ La tesi della confisca di fatto è stata presentata dalla Giordania nel suo Written Statement, vedi Written Statement della Giordania, p. 134-136, par. 5.254 – 5.257 (la definizione di esproprio utilizzata nel Written Statement, cita BROWNIE IAN, *Principles of public international law*, Oxford, 2003, 508-509) ed è sostenuta anche dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, vedi *Papamichalopoulos e others v. Greece*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 1993, Application n. 14556/89.

³¹⁸ Sul punto vedi OXFORD PUBLIC INTEREST LAWYERS (OXFIL) FOR THE ASSOCIATION FOR CIVIL RIGHTS IN ISRAEL (ACRI), *op. cit.*, n. 309, par. 116 e INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *op. cit.*, n. 308, par. 2.1.1.

³¹⁹ Molti agricoltori temono di perdere ogni titolo giuridico sulle loro proprietà a causa della Ottoman Law che attribuisce alle autorità il potere di dichiarare di proprietà dello Stato un terreno sulla base del fatto che è rimasto incolto per tre anni, che è esattamente la durata del periodo di requisizione delle terre. Vedi REPORT OF THE MISSION TO THE HUMANITARIAN E EMERGENCY POLICY GROUP OF THE LOCAL AID COORDINATION COMMITTEE, *The impact of Israel's separation barrier on affected West-Bank communities*, 4 maggio 2003, par. 45, disponibile su: <http://www.reliefweb.int/library/documents/2003/hepglacc-opt-04mav.pdf> (ultima visita 20/01/06) e B'TSELEM REPORT, *op. cit.*, n. 284, p. 35.

Un'ulteriore disposizione richiamata dalla Corte è l'articolo 52 RA, il quale vieta le requisizioni in natura e servizi, salvo che queste si rendano necessarie per le esigenze dell'esercito³²⁰. Ci si può interrogare in merito alla rilevanza di tale articolo nelle requisizioni di beni immobili, oltre che mobili, questi ultimi senza dubbio compresi nell'ambito di applicazione dell'articolo³²¹. Nonostante la dottrina in materia sia alquanto disomogenea, la maggior parte di essa concorda nell'ammettere la possibilità da parte della Potenza occupante di un uso temporaneo della terra di proprietà privata. Ciò su cui le varie opinioni si discostano l'una dall'altra è l'inquadramento o meno di tale uso temporaneo entro l'articolo 52. Vi è chi sostiene che l'articolo 52 si riferisca unicamente ai beni mobili e che però il divieto di confisca, contenuto nell'articolo 46, non si applichi all'uso temporaneo dei terreni per le necessità militari³²². Schwarzenberger, al contrario, afferma che la proibizione della confisca si riferisce a qualsiasi interferenza non autorizzata nella proprietà privata, ma che la requisizione prevista dall'articolo 52 comprende l'uso temporaneo della terra. Altri autori, invece, riconoscono l'ammissibilità dell'utilizzo temporaneo del terreno da parte della Potenza occupante, senza però indagare se tale potere sia garantito dall'articolo 52 RA³²³. L'Alta Corte di Israele ha prodotto in merito una giurisprudenza che ha riconosciuto la legittimità delle requisizioni di case e terreni privati, per varie necessità militari, di carattere temporaneo e strettamente proporzionale allo scopo che intendono realizzare³²⁴. Essa ha mantenuto un atteggiamento conforme alla propria giurisprudenza

³²⁰ Il potere dell'occupante di requisire beni mobili è soggetto a limitazioni procedurali e sostanziali. La requisizione può essere richiesta unicamente con l'autorizzazione del comandante del luogo occupato (art. 52.2) e deve essere fornita una compensazione, meglio se in contanti, altrimenti si emetterà una ricevuta e si provvederà al pagamento il più presto possibile (art. 52.3). Una prima limitazione sostanziale è che la requisizione deve essere circoscritta alle esigenze delle forze occupanti di un dato territorio, e dunque non può essere funzionale alle necessità generali della Potenza occupante o alle esigenze di truppe dislocate in altri territori. Una seconda limitazione di carattere sostanziale riguarda la proporzionalità della requisizione, che deve essere valutata in relazione non alle risorse individuali, ma bensì a quelle del territorio nel suo complesso (art. 52.1).

³²¹ SCOBIE IAIN, *Natural resources and Belligerent Occupation: Mutation through Permanent Sovereignty*, in BOWEN STEPHEN (ED), *Human rights, Self determination and Political Changes in the Occupied Palestinian Territory*, The Hague, 1997, p. 229.

³²² OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW, *op. cit.*, n. 313, par. 147.

³²³ Vedi PICTET, *op. cit.*, n. 230, p.300 e GASSER HANS-PETER, *Protection of Civilian Population*, in FLECK DIETER (ED.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, New York, 1995, p. 261-261.

³²⁴ PINZAUTI GIULIA, *Aspetti problematici della legittimità del "Muro" in Palestina: il caso Beit Sourik*, in *Rivista Italiana di Diritto Internazionale*, 2005, vol. 88, issue 2, p. 451.

precedente anche nelle due sentenze riguardanti direttamente la costruzione della barriera³²⁵. In tali ultimi casi, però, il riferimento all'articolo 52 e al temporaneo utilizzo della terra di proprietà altrui appare molto meno condivisibile, poiché la barriera è una costruzione profondamente differente da quelle analizzate dalla Corte in precedenza³²⁶, sia per la notevole estensione, sia per il carattere temporaneo molto discutibile. L'Alta Corte, nel ritenere rispettati i criteri per le requisizioni previsti dall'articolo 52, non considerò l'elemento della durata prolungata, e dunque anomala, dell'occupazione israeliana che l'avrebbe forse potuta condurre a interpretare la clausola della necessità militare, contenuta nell'articolo, in modo più restrittivo. Inoltre, si potrebbe sollevare l'esistenza di un'incongruenza con la precedente giurisprudenza dell'Alta Corte, che riconobbe la possibilità di requisire terreni privati anche per la realizzazione di progetti a lungo periodo, qualora però essi vadano a vantaggio della popolazione locale³²⁷. E' evidente che la costruzione della barriera risponde ad interessi militari, di certo contrastanti con quelli della popolazione. I dubbi sollevati, nei confronti delle recenti sentenze dell'Alta Corte, in merito alla possibilità di ricorrere all'articolo 52 per giustificare la requisizione di terreni finalizzati alla costruzione della barriera, portano ad accogliere positivamente quanto affermato a riguardo, dalla Corte di Giustizia nell'opinione consultiva. Il disposto dell'articolo 52 infatti, anche qualora lo si consideri applicabile ai beni immobili, mal si presta a legittimare la requisizione di terreni su larga scala attuata per l'edificazione della barriera³²⁸.

Tornando al Parere della Corte internazionale di Giustizia, è altresì opportuno evidenziare una lacuna nelle disposizioni del Regolamento dell'Aja considerate. La Corte, infatti, non

³²⁵ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, H.C.J. 2056/04, 30 giugno 2004, par. 32 e *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, H.C.J. 7957/04, 15 settembre 2005, par.16.

³²⁶ L'Alta Corte ha riconosciuto la legittimità di atti di requisizione di case e terreni privati per varie necessità militari, incluso l'apprestamento di strutture militari, l'asfaltatura di strade secondarie, la costruzione di recinzioni attorno ad avamposti militari, l'acquartieramento temporaneo di soldati, il miglioramento della viabilità, la costruzione di uffici per l'amministrazione civile. Ha inoltre, ritenuto legittimo il sequestro di un bene immobile per il dispiegamento di un contingente militare. Per un breve *ex cursus* dei casi attinenti trattati dalla Corte vedi la sentenza *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, H.C.J. 2056/04, 30 giugno 2004, par. 32.

³²⁷ Vedi caso *A Teachers' Housing Cooperative Society*, del 1984, dove si affermò: "Long-term fundamental investment in a occupied area (in the course of prolonged occupation) bringing about permanent changes that may last beyond the period of the military administration are permitted if required for the benefit of the local population, provided there is nothing in these investments that might introduce an essential modification in the basic institutions of the area", vedi *Jam'iat Ascan Elma'almoon Eltha'aoniah Elmahduda Elmaoolieh v. Commander of IDF in the Area of Judea and Samaria*, n. 393/82, citato da CASSESE, *op. cit.*, n. 314, p. 424.

³²⁸ INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *op. cit.*, n. 308, par. 2.1.1.

menzionò l'articolo 55 che disciplina la gestione della proprietà pubblica da parte dell'occupante³²⁹, nonostante parte dei terreni su cui si sta edificando la barriera, siano stati dichiarati di proprietà dello Stato. Tale articolo prevede che la Potenza occupante, in quanto non detiene la legittima sovranità del territorio occupato, non può disporre dei beni pubblici esclusivamente secondo la propria volontà, ma debba amministrarli agendo da usufruttuario, dunque con poteri di disposizione limitati. In quanto tale, la Potenza occupante può utilizzare i beni immobili pubblici per il bene della popolazione, può godere dei frutti di tali beni e servirsene per coprire i costi dell'occupazione, ma non può distruggere o alterare sensibilmente il carattere dei beni³³⁰. L'attività di costruzione della barriera, però, va ben oltre i poteri di amministrazione come usufruttuario dei beni pubblici riconosciuti alla Potenza occupante, la quale nel caso di specie non li gestisce sicuramente a beneficio della popolazione civile.

La Corte, infine, richiamò quanto disposto dall'articolo 53 della Convenzione di Ginevra in materia di distruzione di proprietà³³¹. I lavori preparatori dimostrano che la *ratio* di tale articolo mira ad offrire una maggior tutela nei confronti della distruzione di proprietà, rispetto a quanto prevedeva l'articolo 23(g), proprio in ragione del fatto che occorre differenziare la tutela della proprietà a seconda che ci si trovi in una situazione di ostilità oppure di occupazione³³². Ancorché si possa discutere sull'entità delle distruzioni, appare indubitabile che numerosi edifici, piante d'olivo e raccolti siano stati fortemente danneggiati dalla costruzione della barriera³³³ e dunque l'articolo 53 è pienamente pertinente. E' inoltre interessante rilevare che la distruzione di proprietà, personale o reale, è considerata assieme all'appropriazione una grave violazione della

³²⁹ Articolo 55 Regolamento dell'Aja: "The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct".

³³⁰ SCOBIE IAIN, *op. cit.*, n. 321, p. 229.

³³¹ Articolo 53 Convenzione di Ginevra: "Any destruction by the Occupying Powers of real or personal property belonging, individually or collectively to private persons, or to the State, or to other public authorities, or to social or cooperative organizations, is prohibited, except where such destruction is rendered absolutely necessary by military operations."

³³² PICTET, *op. cit.*, n. 230, p. 301.

³³³ Vedi B'TSELEM, *op. cit.*, n. 32, p. 18 -19 e REPORT OF THE MISSION TO THE HUMANITARIAN E EMERGENCY POLICY GROUP OF THE LOCAL AID COORDINATION COMMITTEE, *op. cit.*, n. 319, p. 33, par. I-23. Il Governo di Israele afferma che saranno piantati nuovamente 60.000 alberi di olive, vedi: <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/questions.htm> (ultima visita 20/01/06).

Convenzione³³⁴, qualora sia di carattere estensivo e non soddisfi il criterio della necessità militare³³⁵.

3.3.4 La necessità militare³³⁶ come giustificazione per le violazioni del diritto umanitario.

La maggior parte delle norme di diritto umanitario prese in considerazione dalla Corte di Giustizia, impongono doveri o riconoscono poteri alla Potenza occupante che devono essere tassativamente rispettati e non contemplano alcun tipo di eccezione. Ciò vale per le disposizioni riguardanti l'interferenza della Potenza occupante con la vita quotidiana e le attività lavorative della popolazione civile e per le norme che vietano gli insediamenti nei Territori occupati. In merito a quest'ultima materia, la Corte accuratamente notò che l'articolo 49 della Convenzione di Ginevra, il quale proibisce i trasferimenti forzati e le deportazioni di popolazione, conteneva, al secondo comma, un'eccezione qualora *"the security of population or imperative military reasons so demand"*, ma allo stesso tempo sottolineò che tale eccezione non si applicava al sesto comma dell'articolo, che vieta il trasferimento da parte della Potenza occupante di parte della propria popolazione civile nei territori che occupa³³⁷.

Spostando l'attenzione sulla disciplina della proprietà nei territori occupati, si può osservare che gli articoli 53 CG e 52 RA contengono entrambi una clausola che pone delle eccezioni all'applicazione di quanto previsto dall'articolo, qualora sussistano ragioni di necessità militare, mentre l'articolo 46 RA vieta la confisca di proprietà privata e non prevede alcuna clausola

³³⁴ Vedi articolo 147 Convenzione di Ginevra: "Grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the present Convention: wilful killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, wilfully causing great suffering or serious injury to body or health, unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a protected person, compelling a protected person to serve in the forces of a hostile Power, or wilfully depriving a protected person of the rights of fair and regular trial prescribed in the present Convention, taking of hostages and extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly."

³³⁵ PICTET, *op. cit.*, n. 230, p. 601.

³³⁶ Sulla nozione di "necessità militare" vedi DINSTEIN YORAM, "Military Necessity," in R. BERNHARDT (ED), *Encyclopedia Of Public International Law*, New York, 1982, vol. 3, p. 274.

³³⁷ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 135.

derogatoria. Anche l'articolo 23(g) RA in realtà, conterrebbe una clausola d'eccezione³³⁸, ma dal momento che la Corte lo dichiarò non pertinente al caso di specie, essa non si soffermò nemmeno ad analizzare se fossero stati integrati gli estremi della necessità militare con riferimento a tale norma. Pur avendo la Corte affermato l'irrilevanza dell'articolo 23(g) RA, ci si sarebbe potuti comunque aspettare un'analisi dell'illegalità delle interferenze con i diritti proprietari, alla luce dell'insussistenza di valide ragioni militari con riferimento alle altre disposizioni ritenute rilevanti. Ciononostante, affrontando la tematica della necessità militare, la Corte, dopo aver dichiarato che l'articolo 46 RA non conteneva alcuna disposizione qualificante riguardo alle esigenze militari, si limitò a concludere che la clausola derogatoria contenuta nell'articolo 53 CG non poteva essere legittimamente invocata³³⁹.

Risulta quindi difficile comprendere le motivazioni che spinsero la Corte di Giustizia a non fare menzione di quanto previsto dall'articolo 52 RA riguardo alla necessità militare. E' comunque utile evidenziare che la clausola d'eccezione contenuta nell'articolo 52 differisce, quanto ad estensione, rispetto a quella generale di necessità militare. L'articolo 52 prevede, infatti, che le requisizioni possano essere giustificate in ragione delle esigenze dell'esercito d'occupazione³⁴⁰ e tale formulazione, scelta proprio in quanto più restrittiva della generica espressione "necessità militare o necessità di guerra"³⁴¹, ha ad oggetto le esigenze logistiche e le necessità pratiche del permanere dell'esercito d'occupazione³⁴².

Sembra quindi inaccettabile la posizione assunta in materia dall'Alta Corte d'Israele. Nonostante la ragione determinante l'impiego di una terminologia differente nell'articolo 52 rispetto a quella generalmente utilizzata fosse la volontà di intendere in maniera più circoscritta la clausola d'eccezione, quest'ultima nella sua giurisprudenza ha fatto cadere tali restrizioni³⁴³

³³⁸ Art. 23 Regolamento dell'Aja: "In addition to the prohibitions provided by special Conventions, it is especially forbidden: g) To destroy or seize the enemy's property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war."

³³⁹ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par.135.

³⁴⁰ Articolo 52 Regolamento dell'Aja: "Requisitions in kind e services shall not be demanded from municipalities or inhabitants except for the needs of the army of occupation."

³⁴¹ SCHWARZENBERGER GEORG, *op. cit.*, n. 312, pp. 245-246.

³⁴² Vedi Written Statement della Lega degli Stati Arabi, par. 9.13.

³⁴³ L'Alta Corte sostenne che la dicitura "needs of the army of occupation" era utilizzata per sottolineare che la proprietà nei territori occupati, non poteva essere sfruttata a vantaggio della politica economica della potenza occupante. Vedi SCHWARZENBERGER GEORG, *op. cit.*, n. 312, p. 270.

affermando che la necessità militare non includeva unicamente le esigenze militari delle forze d'occupazione, ma anche la sicurezza stessa dello Stato di Israele³⁴⁴ e la sicurezza dei cittadini israeliani dislocati sia in Israele sia nei Territori occupati³⁴⁵. Tramite tale posizione interpretativa l'Alta Corte arrivò ad affermare che un insediamento israeliano nei Territori occupati, che rispondeva ad esigenze di sicurezza, poteva essere considerato come un bisogno delle forze d'occupazione³⁴⁶. In casi a seguire, la Corte ebbe però occasione di rivedere parzialmente la propria posizione e dichiarò che *"the military necessity cited in that article (52) cannot include, according to a reasonable interpretation, national security needs in their broad sense."*³⁴⁷ Nelle controversie più recenti, riguardanti la costruzione della barriera, l'Alta Corte estese nuovamente e confuse ulteriormente i confini della necessità militare poiché, basando sugli articoli 52 e 23(g) il potere di requisizione della terra per edificare la barriera, ignorò qualsiasi distinzione rispettivamente tra "esigenze delle forze d'occupazione" e "necessità di guerra" e utilizzò genericamente la dicitura *"military needs"*³⁴⁸. Così facendo l'Alta Corte azzerò le differenze di significato esistenti tra le due clausole derogatorie e parificò il concetto di necessità militare a quello di sicurezza, non solo delle forze di occupazione, ma dell'intero Stato di Israele e dei suoi cittadini, a prescindere dalla loro residenza, entro o al di fuori dei Territori occupati.³⁴⁹

Tornando al Parere sulla legalità della costruzione del muro, in secondo luogo, l'argomentare della Corte di Giustizia è carente anche sotto il profilo della valutazione della necessità militare con riferimento all'articolo 53 CG. A tale riguardo, la Corte si limitò semplicemente ad affermare che

³⁴⁴ *Ayyub v. Minister of Defence et al (Beth El case)*, H.C.J. 606/78 citato in HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH (HPCR), *The Separation Barrier e International Humanitarian Law Policy Brief*, 6 luglio 2004, p.9, disponibile su: <http://www.ihlresearch.org/opt/feature.php?a=36> (ultima vista 20/01/06).

³⁴⁵ *Yusuf Muhammed Gusen v. Commander of IDF Forces*, H.C.J. 4219/02 citato in HUMANITARIAN POLICY E CONFLICT RESEARCH (HPCR), *op. cit.*, n. 344, p.9.

³⁴⁶ *Ayyub v. Minister of Defence et al (Beth El case)*, H.C.J. 606/78, par. 391-392.

³⁴⁷ *Mustafa Dweikat et al v the Government of Israel et al (Elon Moreh case)* H.C.J. 390/79.

³⁴⁸ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, H.C.J. 2056/04, 30 giugno 2004, par. 32 e *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, H.C.J. 7957/04, 15 settembre 2005, par. 98.

³⁴⁹ PERTILE MARCO, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel: A Matter of Principle (and Neglected Rules)*, in *Zeitschrift fuer Auslaendisches Oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, 2005, vol. 65, issue 3, p. 713-714.

“on the material before it, the Court is not convinced that the destructions carried out contrary to the prohibition in Article 53 of the Fourth Geneva Convention were rendered absolutely necessary by military operations”³⁵⁰,

e non si spinse ad analizzare il significato della clausola derogatoria contenuta nell’articolo.

La prima domanda che è opportuno porsi attiene alla possibilità di classificare la costruzione della barriera come un’operazione militare. In secondo luogo, è necessario verificare se tale operazione militare raggiunga un livello di necessità tale da giustificare la distruzione di proprietà.

In merito alla prima questione, appare alquanto difficile far rientrare una struttura come la barriera, con alle spalle un’intensa attività di progettazione e con dei tempi di realizzazione estremamente lunghi, entro la definizione di operazione militare intesa come impellente attività dell’esercito d’occupazione³⁵¹. Appurata l’inidoneità della terminologia “operazione militare” a qualificare la costruzione della barriera, è opportuno verificare se la barriera risponda ad una necessità militare, non generica, ma bensì assoluta e dunque sia decisamente indispensabile alla realizzazione di un obiettivo di sicurezza³⁵², quale quello dichiarato dal governo israeliano. Anche sotto questo secondo profilo il rispetto del requisito previsto dalla clausola derogatoria appare dubbio, poiché sembra più ragionevole pensare che la barriera sia funzionale all’ottenimento di un generico vantaggio militare³⁵³, piuttosto che all’appagamento di una inderogabile esigenza dell’esercito d’occupazione³⁵⁴. Dunque, anche esaminando nel dettaglio la clausola derogatoria dell’articolo 53 della Convenzione di Ginevra, la conclusione cui giunse la Corte appare pienamente condivisibile.

In termini generali, la necessità militare è un concetto fondamentale del diritto umanitario, che risulta essere il prodotto del bilanciamento tra il raggiungimento di un vantaggio militare e il principio d’umanità³⁵⁵. Tutte le norme del diritto internazionale umanitario sono state create tenendo

³⁵⁰ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par.135.

³⁵¹ Vedi Written Statement della Lega degli Stati Arabi, par. 9.13.

³⁵² Vedi *oltre*, in questo paragrafo, n. 364.

³⁵³ Vedi BOTHE MICHEAL, PARTSCH KARL JOSEF, SOLF WALDEMAR A., *op. cit.*, n. 239, p. 320.

³⁵⁴ PICTET, *op. cit.*, n. 230, p. 302.

³⁵⁵ PERTILE MARCO, *op. cit.*, n. 349, p. 712-713, BOTHE MICHEAL, PARTSCH KARL JOSEF, SOLF WALDEMAR A., *op. cit.*, n. 239, p. 194, IMSES ARDI, *Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall*

conto del concetto di necessità militare, e, per tale ragione, non è plausibile parlare di una clausola derogatoria generale valida per tutte le norme, ma è bensì più corretto invocare la necessità militare qualora questa sia espressamente richiamata dal testo di una disposizione³⁵⁶. Deve essere inoltre rilevato che la necessità militare in circostanze di occupazione bellica ha generalmente ad oggetto le esigenze delle forze di occupazione presenti nelle zone occupate³⁵⁷. Da questo punto di vista, rimanendo entro termini teorici, la giustificazione di impellente necessità militare per la costruzione della barriera, offerta dal governo israeliano³⁵⁸ e accettata come valida dall'Alta Corte³⁵⁹, appare poco convincente se si riflette sulle intenzioni perseguite da Israele di protezione e sicurezza degli insediamenti, dei cittadini israeliani ivi residenti e dello Stato di Israele stesso³⁶⁰. Partendo dal presupposto che gli insediamenti israeliani sono considerati illegittimi dalla comunità internazionale nel suo complesso, la necessità militare, per di più interpretata estensivamente come sostiene il governo israeliano³⁶¹, non può fungere da circostanza che preclude l'illegittimità di un atto.³⁶²

In termini generali, i requisiti minimi fondamentali affinché si possa dichiarare sussistente la necessità militare sono la proporzionalità e l'efficacia o rilevanza della misura adottata³⁶³. E' perciò necessario che sussista una relazione causale tra il mezzo e il fine perseguito. Ampliando l'analisi di questi due elementi essenziali, si può giungere ad elaborare un test di verifica della necessità militare, con diversi livelli di scrutinio³⁶⁴. Tale test si compone di cinque momenti di valutazione

Advisory Opinion, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, p. 110 e GREENWOOD CHRISTOPHER, *Historical Development and Legal Basis*, in FLECK DIETER (ED.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, New York, 1995, pp. 31-33, MC DOUGAL MYRES S. E FELICIANO FLORENTINO, *The International Law of War*, New Haven, 1994, pp. 521-522.

³⁵⁶ POLICY AND CONFLICT RESEARCH (HPCR), *op. cit.*, n. 344, p. 6 e GREENWOOD CHRISTOPHER, *op. cit.*, n. 355, p. 32.

³⁵⁷ PERTILE MARCO, *op. cit.*, n. 349, pp. 713-714 e IMSES ARDI, *op. cit.*, n. 355, p. 112.

³⁵⁸ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, H.C.J. 2056/04, 30 giugno 2004, par. 31.

³⁵⁹ *Ibid.*, par. 35 e *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, H.C.J. 7957/04, 15 settembre 2005, par. 19.

³⁶⁰ Vedi sito del Ministero della Difesa, dove si afferma che "The sole purpose of the Security Fence is, as stated in the Israeli Government decision of July 23rd 2001, is to provide security" e "The Security Fence is a manifestation of Israel's basic commitment to defend its citizens", disponibile su: <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/purpose.htm> (ultima vista 20/01/06).

³⁶¹ Le clausole derogatorie, per loro natura andrebbero interpretate restrittivamente, in quanto circostanze eccezionali. Vedi PERTILE MARCO, *op. cit.*, n. 349, p. 714.

³⁶² Sul punto vedi anche oltre nel paragrafo.

³⁶³ BOTHE MICHEAL, PARTSCH KARL JOSEF, SOLF WALDEMAR A., *op. cit.*, n. 239, p. 320.

³⁶⁴ Ad esempio l'articolo 23(g) del Regolamento dell'Aja prevede che la distruzione di proprietà sia legittima qualora ciò sia "imperatively deemed by the necessity of war" mentre per la requisizione di proprietà, ai sensi dell'articolo 52 del Regolamento dell'Aja è sufficiente sussista un'esigenza delle forze d'occupazione. I criteri a cui fanno riferimento questi due test sono differenti in quanto nel caso dell'articolo 23(g) è necessario vi siano delle operazioni militari in corso, e di conseguenza la distruzione di proprietà può trovare giustificazione qualora sia assolutamente necessaria per lo svolgimento di tali operazioni. Mentre per ciò che riguarda l'articolo 52 la requisizione deve essere giustificata dai

ognuno dei quali con onere della prova a carico della parte che invoca l'applicazione della clausola della necessità militare. Essendo il test cumulativo, la mancata soddisfazione di anche uno solo degli elementi richiesti determina l'illegittimità della misura alla luce della clausola derogatoria³⁶⁵.

Il primo ambito di analisi del test richiede di verificare se le misure invocate violino una proibizione assoluta contenuta in una norma. Le clausole derogatorie in ragione della necessità militare, essendo eccezioni a divieti giuridici, devono essere espressamente previste e quindi la necessità militare non può mai giustificare violazioni di proibizioni formulate in termini assoluti. La Corte di Giustizia, affrontando l'argomento degli insediamenti israeliani dichiarò che *"the route chosen for the wall gives expression in loco to the illegal measures taken by Israel with regard to Jerusalem and the settlements, as deplored by the Security Council"*³⁶⁶ A tale proposito, la Corte, ricordando il divieto assoluto di trasferimento per opera della Potenza occupante di parte della propria popolazione nei territori che occupa (articolo 49.6 GC), avrebbe potuto dichiarare senza alcuna difficoltà il mancato adeguamento da parte della costruzione della barriera al primo criterio di valutazione della necessità militare.

Il secondo elemento da verificare attiene all'esistenza di uno stato di necessità che giustifichi le misure che la Potenza occupante intende adottare. Lo stato di necessità varia secondo le circostanze: può trattarsi di un reale e imminente pericolo che l'esercito si trova ad affrontare, oppure può riguardare esigenze sorte nell'ambito di operazioni militari, o ancora può consistere in un attuale bisogno delle truppe, come cibo, acqua, medicinali. Ciò che in ogni caso è opportuno tener presente è che lo stato di necessità deve riguardare unicamente circostanze che si verificano entro i territori occupati e che devono essere affrontate durante l'occupazione. La Corte nella sua opinione affermò che *"The fact remains that Israel has to face numerous indiscriminate and deadly acts of violence against its civilian population. It has the right, and indeed the duty, to respond in order to protect the life of its citizens"* ma sottolineò pure che *"The measures taken are bound nonetheless to remain in conformity with applicable international law"*³⁶⁷. Sotto questo profilo,

bisogni delle forze d'occupazione intese come esigenze abituali dei membri dell'esercito e del personale amministrativo della Potenza occupante. In quest'ultimo caso poi, non è necessario il permanere delle operazioni militari.

³⁶⁵ Tale test è stato illustrato da HUMANITARIAN POLICY E CONFLICT RESEARCH (HPCR), *op. cit.*, n. 344.

³⁶⁶ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par.122.

³⁶⁷ *Ibid.*, par. 141.

analizzando il percorso della barriera³⁶⁸, i suoi costi di costruzione elevati³⁶⁹ e le procedure amministrative utilizzate per ottenere i terreni su cui costruire³⁷⁰, risulta poco convincente la tesi che ne sostiene il carattere temporaneo e l'edificazione unicamente per finalità militari e appare più credibile affermarne lo scopo di protezione degli insediamenti. Ritenendo valida tale ultima affermazione, la costruzione della barriera non potrebbe dirsi giustificata da necessità militari, in quanto verrebbe meno il requisito della tutela degli interessi delle forze d'occupazione entro i territori occupati.

Il giudice Elaraby nella sua *separate opinion* evidenziò questa incongruenza tra scopo dell'edificazione della barriera e ricorso alla necessità militare e dichiarò che “*the general principle that an illegal act cannot produce legal rights ¾ ex injuria jus non oritur ¾ is well recognized in international law*”³⁷¹. Sulla questione si sono espresse però anche posizioni differenti e parzialmente contrastanti con quanto appena affermato. In particolare il giudice Higgins nella sua *separate opinion* dichiarò che “*(...) the Court should also have taken the opportunity to say, in the clearest terms, what regrettably today apparently needs constant reaffirmation even among international lawyers, namely, that the protection of civilians remains an intransgressible obligation of humanitarian law, not only for the occupier but equally for those seeking to liberate themselves from occupation.*”³⁷² Quanto affermato dal giudice Higgins è pienamente condivisibile, se lo si legge come un rammarico per una mancata puntualizzazione circa il valore generale del diritto umanitario, e non piuttosto come un elemento a sostegno della tesi della non completa illegittimità della barriera a protezione degli insediamenti israeliani³⁷³. Non condividere la posizione di chi sostiene che la protezione degli insediamenti israeliani, attraverso la costruzione della barriera, non è di per sé una misura illegittima alla luce della necessità militare³⁷⁴, non significa contraddire le nozioni fondamentali del diritto umanitario, ossia il principio di eguaglianza e la

³⁶⁸ Vedi Primo Capitolo, pp. 11-14.

³⁶⁹ Vedi Primo Capitolo, p. 15.

³⁷⁰ Vedi *supra*, pp. 80-81.

³⁷¹ Separate Opinion del giudice Elaraby disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 03/01/06).

³⁷² Separate Opinion del giudice Higgins disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 03/01/06).

³⁷³ Su questa linea interpretativa vedi KRETZMER DAVID, *The Advisory Opinion: the Light Treatment of International Humanitarian Law*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, p. 93, n. 42.

³⁷⁴ *Ibid.*, pp. 93-94 e richiamato da IMSES ARDI, *op. cit.*, n. 355, p. 112, n. 52.

protezione della popolazione civile. La necessità militare, in situazioni di occupazione, deve necessariamente avere un ambito di applicazione limitato e ristretto, a garanzia della popolazione civile e del principio di umanità. Consentire d'invocare la necessità militare in circostanze diverse dal perseguimento delle esigenze delle forze di occupazione nei territori occupati, significherebbe offrire pretesto e giustificazione ad eccessivi atti di interferenza nella vita della popolazione civile che determinerebbero il venir meno dell'equilibrio, sui cui si fonda l'intero diritto umanitario, tra necessità militare e principio di umanità. Gli insediamenti israeliani, sono illegali e in quanto tali devono essere rimossi³⁷⁵; la necessità militare non può offrire rimedio contro un comportamento illegittimo. Le forze d'occupazione non dovrebbero fornire protezione alla popolazione residente negli insediamenti e agli insediamenti stessi in modo indeterminato, agendo in deroga alle norme di diritto umanitario rilevanti. Ciò però non comporta l'abbandono della popolazione civile ivi residente, la quale deve essere sicuramente tutelata alla luce delle norme di diritto umanitario applicabili ai Territori occupati, in concorso con le norme a tutela dei diritti dell'uomo che vincolano Israele anche al di fuori del proprio territorio come si vedrà in seguito³⁷⁶.

La terza analisi da compiere per valutare la legittima invocazione della necessità militare riguarda l'efficacia e l'adeguatezza della misura che si intende adottare³⁷⁷. La necessità militare permette l'impiego di mezzi che sono oggettivamente in grado di raggiungere l'obiettivo prefissato ed è dunque necessario indagare se si tratta degli strumenti maggiormente idonei allo scopo. Il livello di efficacia e adeguatezza richiesti non è determinabile *a priori*, dipende dalle circostanze di applicazione della clausola derogatoria. Nonostante la valutazione della necessità militare non richieda il soddisfacimento di una *conditio sine qua non*³⁷⁸, è però opportuno evidenziare che, per come sono formulate, alcune norme richiedono di certo un alto grado di necessità³⁷⁹. In proposito la

³⁷⁵ Vedi *supra*, p. 68.

³⁷⁶ Vedi *oltre*, p. 97 e ss.

³⁷⁷ Parte della dottrina sostiene che il termine "efficacia" dovrebbe essere più correttamente sostituito dal termine "indispensabile", qualora le clausole derogatorie a disposizioni protettive fanno riferimento a "urgent" o "imperatively military necessity." (ad esempio, l'articolo 23(g) del Regolamento dell'Aja, l'articolo 33 della Prima Convenzione di Ginevra, l'articolo 53 della Quarta Convenzione di Ginevra, gli articoli 54(5) e 62(1) del Primo Protocollo Addizionale.) Vedi BOTHE MICHEAL, PARTSCH KARL JOSEF, SOLF WALDEMAR A., *op. cit.*, n. 239, p. 194, n. 7.

³⁷⁸ MC DOUGAL MYRES S. E FELICIANO FLORENTINO, *op. cit.*, n. 355, pp. 524-528.

³⁷⁹ PERTILE MARCO, *op. cit.*, n. 349, p. 716.

Corte era conscia del fatto che parte della barriera veniva costruita in territorio israeliano³⁸⁰ e, nonostante ciò, non si domandò se la barriera potesse essere costruita per intero ad est della *Green Line*. Vi furono inoltre delle Organizzazioni per i diritti umani israeliane, come B'Tselem, che evidenziarono carenze nei controlli effettuati ai *checkpoints*, definiti “*faulty and shoddy*”³⁸¹. Secondo fonti ufficiali israeliane, la maggior parte degli attentatori suicidi era entrata in Israele proprio attraverso tali *checkpoints*³⁸². B'Tselem suggerì una serie di misure alternative alla costruzione della barriera, che avrebbero comportato una minor interferenza con i diritti della popolazione civile e che sarebbero state dirette ad aumentare l'efficacia delle verifiche ai *checkpoints* e a migliorare i controlli lungo la *Seam Zone*. Sfortunatamente, tali misure non furono prese in considerazione dal governo d'Israele, benché numerosi *reports* dello *State Comptroller* evidenziassero mancanze sia nell'organizzazione dei *checkpoints* sia nel personale impiegato³⁸³. Anche da questo punto di vista, la Corte di Giustizia avrebbe potuto analizzare la questione in maniera più approfondita, interrogandosi sulla possibile esistenza di strumenti alternativi, che avrebbero inficiato il giudizio di efficacia e adeguatezza della barriera, portandola così a negare la sussistenza della necessità militare.

Il quarto elemento da considerare riguarda l'esistenza di una relazione proporzionale tra vantaggio che si mira ad ottenere e interferenza nella vita della popolazione occupata in nome della necessità militare³⁸⁴. Il principio di proporzionalità è strettamente correlato alla necessità militare, nel senso che viene in rilievo solo quando una situazione di necessità militare si verifica, ed è parimenti connesso al principio di umanità, in quanto funge da elemento bilanciante tra necessità

³⁸⁰ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par.67, “some parts of the complex are being built, or are planned to be built, on the territory of Israel itself”.

³⁸¹ B'TSELEM, *op. cit.*, n. 32, p. 29.

³⁸² *Ibid.*, p. 29-30.

³⁸³ “The State Comptroller’s report pointed out the significant defects at the checkpoints. The report stated that, “The checkpoints do not have a specific command or a task file from brigade headquarters that classifies the assignments at the checkpoint e coordinates the procedures for its operation,” e that the “checkpoints do not have proper equipment e infrastructure to conduct security checks of vehicles, individuals, e merchandise.” In his conclusions, the State Comptroller discussed an army document on checkpoints, finding that, “The existing checkpoints in the seam area are not organized to properly check vehicles, freight, e people, e there is an urgent need to improve inspections at checkpoints by having permanent e skilled personnel check vehicles, using technological means, e institutionalizing the crossing points.” *Ibid.*, p. 29-30.

³⁸⁴ “The occupying authorities must try to keep a sense of proportion in comparing the military advantages to be gained with the damage done”, PICTET, *op. cit.*, n. 230, p. 302.

militare e principio di umanità³⁸⁵. In base al criterio della proporzionalità ancorché una misura soddisfi il criterio dell'efficacia e adeguatezza, e ancorché vi sia un reale stato di necessità, se tale misura comporta un disagio sproporzionato alla popolazione occupata, la potenza occupante ha il dovere di rivederla ed adottarne un'altra che, benché possa risultare meno efficace, tuteli meglio gli interessi della popolazione. Sul punto è possibile sottolineare una certa reticenza da parte della Corte a rendere maggiormente esplicito ciò che affermò in merito alle limitazioni e alle condizioni sfavorevoli imposte alla popolazione civile dalla costruzione della barriera. In particolare, la Corte riconobbe che la barriera in alcune zone accerchia le aree in cui si trova la popolazione palestinese³⁸⁶ e che è accompagnata da un regime amministrativo che porta alla creazione di *closed areas*, nelle quali sono costretti a vivere circa 237.000 palestinesi. Inoltre, ai palestinesi è chiesto di esibire un permesso o una carta di identificazione, rilasciate dalle autorità Israeliane, spesso emessi per periodi di tempo limitati, per poter rimanere o entrare ed uscire da tali aree³⁸⁷. Per di più, il passaggio della popolazione può avvenire solo attraverso *"gates, which are opened infrequently and for short periods"*³⁸⁸. La Corte però, nonostante la consapevolezza di tali situazioni, non affermò che lo strumento della barriera, scelto dalle autorità Israeliane, non violava il requisito della proporzionalità, indispensabile per invocare la necessità militare.

L'ultimo momento del test di valutazione della necessità militare è rappresentato dall'esame del procedimento attraverso il quale si è giunti a adottare la misura in ragione della necessità militare. Al fine di ritenere uno strumento giustificato dalla necessità militare, è necessario che siano stati presi in considerazione, da parte dell'autorità competente, tutti gli interessi coinvolti nella circostanza, ed in particolare quelli della popolazione protetta. Tale analisi attiene alla correttezza e al rispetto di tutte le garanzie procedurali e, proprio in ragione dei numerosi dubbi sollevati³⁸⁹ circa quanto previsto, principalmente dall'articolo 14³⁹⁰ del Patto sui diritti civili e

³⁸⁵ GREENWOOD CHRISTOPHER, *op. cit.*, n. 355, p. 30 e MC DOUGAL MYRES S. E FELICIANO FLORENTINO P., *op. cit.*, n. 355, p. 524, ove si afferma che "Disproportionate destruction is thus, almost by definition, unnecessary destruction."

³⁸⁶ "encircling Palestinian population areas", [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 83.

³⁸⁷ *Ibid.*, par. 84-85.

³⁸⁸ *Ibid.*, par. 85.

³⁸⁹ OXFORD PUBLIC INTEREST LAWYERS (OXFIL) FOR THE ASSOCIATION FOR CIVIL RIGHTS IN ISRAEL (ACRI), *op. cit.*, n. 309, pp. 38-41.

politici³⁹¹, soprattutto per ciò che riguarda la requisizione di proprietà, l'emissione dei permessi di residenza e la possibilità di appellarsi alle Corti israeliane, si potrebbero facilmente esprimere delle perplessità in merito all'effettiva considerazione degli interessi della popolazione civile. Gli ordini di requisizione vengono frequentemente emessi con valenza retroattiva, quando il processo di requisizione è già iniziato, e spesso non sono recapitati direttamente al proprietario del terreno³⁹². Inoltre, pur essendo possibile richiedere una revisione dell'ordine, questa viene esaminata dal Comitato d'Appello che, in quanto parte delle Forze di Difesa di Israele, non può certo dirsi imparziale e indipendente³⁹³. Per il rilascio di permessi di residenza, invece, si richiedono requisiti piuttosto ambigui e sussiste un potere discrezionale dell'amministrazione di negarli³⁹⁴. La possibilità da parte di persone palestinesi di rivolgersi alle corti di appello israeliane, per vedere tutelati i propri interessi, incontra le inevitabili difficoltà determinate dalla loro peculiare posizione di persone soggette ad un regime di occupazione da parte dello Stato alle cui corti si chiede giustizia³⁹⁵. Sotto questi molteplici aspetti anche l'ultimo requisito del test sembra non trovare soddisfazione.

L'Alta Corte di Israele nell'affrontare la tematica della necessità militare adottò un'impostazione radicalmente diversa da quella seguita dalla Corte di Giustizia. L'Alta Corte, infatti, si spinse in una lunga analisi della necessità militare alla luce del bilanciamento tra principio di proporzionalità e necessità militare³⁹⁶ e, ancorché quest'ultima fosse interpretata in modo assai estensivo, l'atteggiamento seguito è meritevole di indubbio apprezzamento. Sicuramente alla base delle diverse attitudini delle due Corti vi sono ragioni legate alla differente natura dei due organi giurisdizionali. La Corte di Giustizia è un organo parte di un'organizzazione internazionale, le cui pronunce, nel caso di specie, nonostante siano dotate di una notevole forza persuasiva frutto del prestigio dell'organo che le rende, non rivestono valore vincolante. L'Alta Corte, invece, è un

³⁹⁰ Articolo 14 Patto Diritti Civili e Politici: "All persons shall be equal before the courts e tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights e obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair e public hearing by a competent, independent e impartial tribunal established by law."

³⁹¹ Sull'analisi degli strumenti a tutela dei Diritti Umani, vedi *oltre*, capitolo successivo.

³⁹² Vedi OXFORD PUBLIC INTEREST LAWYERS (OXPIIL) FOR THE ASSOCIATION FOR CIVIL RIGHTS IN ISRAEL (ACRI), *op. cit.*, n. 309, pp. 38-39.

³⁹³ *Ibid.*, p. 39.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 40.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 41.

³⁹⁶ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, H.C.J. 2056/04, 30 giugno 2004, par. 36-85.

organo nazionale le cui pronunce hanno effetti vincolanti. Inoltre è significativo evidenziare che, mentre l'Alta Corte valuta la legittimità della barriera nei limiti del *petitum* della causa, e ciò con riguardo alla parte di barriera contestata dai ricorrenti che ha una lunghezza complessiva di circa 40 km, la Corte di Giustizia prende in considerazione la barriera nel suo complesso, e ciò in ragione del fatto che la barriera in questo contesto viene in rilievo in quanto situazione suscettibile di minacciare la pace e la sicurezza internazionale³⁹⁷. Nonostante sia quindi giustificabile in base a quanto appena affermato la superficialità della trattazione della necessità militare da parte della Corte di Giustizia, un esame più approfondito sarebbe stato apprezzabile e avrebbe rafforzato la qualità e la credibilità delle sue decisioni.

L'opportunità di una valutazione della necessità militare alla luce del principio di proporzionalità fu evidenziata anche dalla *separate opinion* del giudice Kooijmans il quale, pur concordando con l'affermazione della Corte che "*the measures taken by Israel cannot be justified by military exigencies or by requirements of national security or public order*"³⁹⁸ sottolineò il fatto che "*the construction of the wall should also have been put to the proportionality test, in particular since the concepts of military necessity and proportionality have always been intimately linked in international humanitarian law*"³⁹⁹. Sulla stessa linea si pone il parere del giudice Higgins, la quale dichiarò che "*while the wall does seem to have resulted in a diminution on attacks on Israeli civilians, the necessity and proportionality for the particular route selected, with its attendant hardships for Palestinians uninvolved in these attacks, has not been explained.*"⁴⁰⁰

³⁹⁷ PINZAUTTI GIULIA, *op. cit.*, n. 324, pp. 460-461.

³⁹⁸ Separate Opinion del giudice Kooijmans, par. 34, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 03/01/06).

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ Separate Opinion del giudice Higgins, par. 35, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 03/01/06).

3.4 La barriera, i Patti delle Nazioni Unite per i diritti umani e la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia

3.4.1 *L'ambito di applicazione e applicabilità dei Patti per i diritti umani e della Convenzione sui diritti dell'infanzia nei Territori palestinesi occupati.*

Dopo aver discusso l'applicazione del diritto umanitario, nel Parere fu discussa un'ulteriore questione attinente alla rilevanza della disciplina in tema di diritti umani. La Corte affrontò la tematica della rilevanza del Patto delle Nazioni Unite per i diritti civili e politici (ICCPR)⁴⁰¹, del Patto delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali (ICESCR)⁴⁰² e della Convenzione sui diritti dell'infanzia (CRC)⁴⁰³ sotto due profili, ovvero la relazione sussistente tra norme a tutela dei diritti dell'uomo e norme di diritto umanitario ed, in secondo luogo, l'applicabilità degli strumenti in materia di diritti umani al di fuori del territorio di uno Stato parte⁴⁰⁴.

Per quanto attiene la prima questione, la Corte operò un'analisi schematica e coincisa, affermando che

*“as regards the relationship between international humanitarian law and human rights law, there are thus three possible situations: some rights may be exclusively matters of international humanitarian law, others may be exclusively matters of human rights law, yet others may be matters of both these branches of international law.”*⁴⁰⁵.

Al riguardo, il diritto internazionale pubblico classico stabiliva una netta distinzione tra *human rights law* e *humanitarian law*, e dunque tra diritto applicabile in tempo di pace e diritto

⁴⁰¹ International Covenant on Civil and Political Rights adottato il 16/12/1966 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 171 e vol. 1057, p. 407) ed entrato in vigore 23/03/1976, eccetto le disposizioni dell'articolo 41; il 28/03/1979 entrano in vigore tutte le disposizioni dell'articolo 41. D'ora in poi citato come ICCPR.

⁴⁰² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adottato il 16/12/1966 (United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, p. 3) entrato in vigore il 03/01/1976. D'ora in poi citato come ICESCR.

⁴⁰³ Convention on the Rights of the Child (CRC), adottata il 12/12/1989 (U.N. General Assembly Document A/RES/44/25) entrata in vigore il 2/09/1990.

⁴⁰⁴ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 104.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, par. 106.

applicabile in tempo di guerra⁴⁰⁶. La visione tradizionale riteneva che “*the two systems are complementary*” ma “*humanitarian law is valid only in the case of armed conflict while human rights are essentially applicable in peace time*”⁴⁰⁷, e questo lo si considerava giustificato anche in relazione al fatto che le norme a tutela dei diritti dell’uomo avevano ad oggetto la relazione tra uno Stato e i suoi cittadini⁴⁰⁸, mentre il diritto umanitario atteneva principalmente alla protezione della popolazione civile del nemico⁴⁰⁹. La consapevolezza, però, che entrambi i settori del diritto internazionale, sia il diritto umanitario sia la disciplina dei diritti umani, operavano su uno stesso scenario, rappresentato dalla protezione degli individui nel suo significato più generale⁴¹⁰ ed il riconoscimento che il diritto umanitario non forniva una tutela sufficiente in situazioni di conflitto armato o analoghe⁴¹¹, determinò dopo la Seconda Guerra Mondiale la crescita dell’interesse per il *corpus* di norme a tutela dei diritti umani⁴¹². L’attenzione per i diritti umani si rifletté nell’adozione della Carta delle Nazioni Unite⁴¹³ e si riverberò anche nei principali strumenti di diritto umanitario, quali il Regolamento dell’Aja, la Quarta Convenzione di Ginevra ed il Primo Protocollo Addizionale⁴¹⁴. Progressivamente il diritto umanitario e la disciplina dei diritti umani si avvicinarono⁴¹⁵, determinando una sovrapposizione degli ambiti di tutela dei due settori del diritto internazionale che risulta evidente dall’analisi di alcuni strumenti a tutela dei diritti umani.

⁴⁰⁶ HEINTZE HANS-JOACHIM, *On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law*, International Review Of The Red Cross, dicembre 2004 vol. 86 n. 856, disponibile su: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList314/BC9B4B72537E5897C1256F96003D2C4F> (ultima visita 17/01/06).

⁴⁰⁷ PICTET JEAN, *Humanitarian law and protection of war victims*, Leiden, 1975, pp. 14-15 dove si afferma inoltre, che: “Some writers on human rights thought I was trying to merge human rights and the law of armed conflicts. It would have been absurd to do so.... What is important is to recognize that the two fields are interrelated and, conversely, that they distinct and should remain so. ...[T]he two legal systems are fundamentally different, for humanitarian law is valid only in the case of an armed conflict while human rights are essentially applicable in peacetime and contain derogation clauses in case of conflict.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, “Moreover, human rights governs relations between the State and its own nationals, the law of war those between the State and enemy nationals.”

⁴⁰⁹ DENNIS MICHEAL J., *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, in *AJIL*, vol. 99, issue 1, 2005, pp. 119-120.

⁴¹⁰ FROWEIN JOCHEN ABR., *The relationship between human rights regimes and regime of belligerent occupation*, in *Israel Yearbook of Human Rights*, 1998, vol. 28, p. 1 e HEINTZE HANS-JOACHIM, *op. cit.*, n. 406, p. 1.

⁴¹¹ FROWEIN JOCHEN ABR, *op. cit.*, n. 410, p. 1.

⁴¹² *Ibid.*, e vedi inoltre ROBERTS ADAM, *op. cit.*, n. 193, p. 70 e BENVENISTI EYAL, *op. cit.*, n. 175, p. 211.

⁴¹³ HEINTZE HANS-JOACHIM, *op. cit.*, n. 406, p. 1.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 2 e BENVENISTI EYAL, *op. cit.*, n. 175, p. 188.

⁴¹⁵ FROWEIN JOCHEN ABR, *op. cit.*, n. 410, p. 1 e HEINTZE HANS-JOACHIM, *op. cit.*, n. 406, p. 2 e ss.

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950⁴¹⁶, ad esempio, all'articolo 15 affronta l'applicabilità delle tutele in essa previste qualora sorga una situazione di guerra o di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione⁴¹⁷. In tali circostanze, ogni Alta Parte contraente è legittimata a prendere misure in deroga agli obblighi previsti dalla Convenzione, ma i diritti umani in essa riconosciuti possono essere limitati solo nella misura in cui la situazione lo richieda. Gli articoli a seguire contengono dei diritti che non sono suscettibili di deroga, tra cui il diritto alla vita⁴¹⁸, la libertà di culto⁴¹⁹ e il divieto di tortura⁴²⁰, denominati per tale ragione "non-derogabili" e che, di conseguenza, devono trovare applicazione in qualsiasi circostanza senza possibilità di eccezione. Il tradizionale confine tra diritto umanitario, applicabile in situazioni di conflitto, e disciplina dei diritti umani, valida unicamente in tempo di pace, viene quindi oltrepassato. Tale superamento si manifesta anche nelle stesse Convenzioni di Ginevra del 1949 nel cui articolo 3, comune a tutte quattro, sono enumerati una serie di diritti ai quali deve essere garantita tutela in qualsiasi circostanza⁴²¹. E' interessante notare

⁴¹⁶ CEDU, aperta alla firma il 4/11/1950 ed entrata in vigore il 03/09/1953.

⁴¹⁷ Articolo 15 CEDU: "In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale".

⁴¹⁸ Articolo 2 CEDU: "1. Il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il delitto è punito dalla legge con tale pena.

2. La morte non si considera inflitta in violazione di questo articolo quando risulta da un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario:

a. per assicurare la difesa di ogni persona dalla violenza illegale;
b. per eseguire un arresto regolare o per impedire l'evasione di una persona regolarmente detenuta;
c. per reprimere, in modo conforme alla legge, una sommossa o un'insurrezione."

⁴¹⁹ Articolo 9 CEDU: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione; tale diritto include la libertà di cambiare religione o credo, così come la libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.

2. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la pubblica sicurezza, la protezione dell'ordine, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui."

⁴²⁰ Articolo 3 CEDU: "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti".

⁴²¹ Articolo 3 Convenzioni di Ginevra: "In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

che la maggior parte di tali diritti rispecchia i diritti non derogabili contenuti nella CEDU. Il nesso tra diritto umanitario e diritti umani condusse parte della dottrina a stilare la cosiddetta “*Turku Declaration*”⁴²², la quale richiedeva che le “zone grigie” del diritto internazionale, ossia quelle al confine tra diritto di guerra e diritto di pace, fossero disciplinate cumulativamente dal diritto umanitario e dalla disciplina in tema di diritti umani, garantendo così uno standard umanitario minimo⁴²³.

La CEDU non è l’unico trattato che prevede l’applicabilità della disciplina dei diritti umani anche in tempo di guerra. Vi sono altri strumenti normativi regionali, come ad esempio la Convenzione americana sui diritti umani del 1969⁴²⁴, che prevedono diritti non derogabili ed applicabili dunque anche in tempo di guerra⁴²⁵. Inoltre anche gli strumenti di carattere universale,

1. Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end, the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

(a) Violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

(b) Taking of hostages;

(c) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment;

(d) The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

2. The wounded and sick shall be collected and cared for.

An impartial humanitarian body, such as the International Committee of the Red Cross, may offer its services to the Parties to the conflict.

The Parties to the conflict should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention.

The application of the preceding provisions shall not affect the legal status of the Parties to the conflict.”

⁴²² UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/55.

⁴²³ EIDE ASBJORN, ROSAS ALLAN, MERON THEODOR, *Combating Lawlessness in Grey Zone Conflicts through Minimum Humanitarian Standards*, in *AJIL*, 1995, vol. 89, issue 1, pp. 215-223.

⁴²⁴ American Convention on Human Rights aperta alla firma il 22/11/1969 ed entrata in vigore il 18/07/1978.

⁴²⁵ Vedi articolo 27 American Convention on Human Rights: “1. In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, colour, sex, language, religion, or social origin.

2. The foregoing provision does not authorize any suspension of the following articles: Article 3 (Right to Juridical Personality), Article 4 (Right to Life), Article 5 (Right to Humane Treatment), Article 6 (Freedom from Slavery), Article 9 (Freedom from *Ex Post Facto* Laws), Article 12 (Freedom of Conscience and Religion), Article 17 (Rights of the Family), Article 18 (Right to a Name), Article 19 (Rights of the Child), Article 20 (Right to Nationality), and Article 23 (Right to Participate in Government), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights.

come l'ICCPR, contengono riferimenti a diritti non derogabili. L'articolo 4 dell'ICCPR, infatti, contiene una clausola di deroga in caso di emergenza pubblica, ma prevede pure una serie di diritti che neppure in tale circostanza possono venir meno⁴²⁶. Tutti questi elementi mostrano come gli strumenti a tutela dei diritti umani sono una parte imprescindibile della normativa che disciplina le situazioni di guerra ed emergenza. Considerando l'obbligo per gli Stati di rispettare i diritti non derogabili in qualsiasi circostanza, secondo quanto previsto dagli strumenti in materia di diritti umani e dal documento finale emesso in occasione della prima Conferenza Mondiale sui Diritti Umani tenutasi a Teheran nel 1968, si potrebbe affermare che il diritto internazionale pubblico si sia già trasformato in una ramificazione della disciplina in materia di diritti umani e sia classificabile come tutela dei diritti umani nei conflitti armati.⁴²⁷

Analizzando la Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia (CRC) e la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene disumani o degradanti (ECPT)⁴²⁸ si può constatare quanto sia vera quest'ultima affermazione e come la convergenza tra diritto umanitario e disciplina dei diritti umani sia diventa un dato di fatto.

L'articolo 38(1) della CRC obbliga gli Stati ad impegnarsi a rispettare le norme di diritto internazionale umanitario che riguardano la protezione dell'infanzia.⁴²⁹ In questo caso, un trattato

3. Any State Party availing itself of the right of suspension shall immediately inform the other States Parties, through the Secretary General of the Organization of American States, of the provisions the application of which it has suspended, the reasons that gave rise to the suspension, and the date set for the termination of such suspension."

⁴²⁶ Articolo 4 ICCPR: "1. In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin.

2. No derogation from articles 6, 7, 8 (paragraphs 1 and 2), 11, 15, 16 and 18 may be made under this provision.

3. Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant, through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation."

⁴²⁷ "Transformed into a branch of human rights law and termed "human rights in armed conflicts", CERNA CHRISTINA M. *Human rights in armed conflict: Implementation of international humanitarian law norms by regional intergovernmental human rights bodies*, in KALSHOVEN FRITS e SANDOZ YVES (ED.), *Implementation of International Humanitarian Law*, ICRC, Ginevra, 1989, p. 39.

⁴²⁸ European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, E.T.S. 126, adottata il 26/11/1987 ed entrata in vigore l'01/02/1989.

⁴²⁹ Articolo 38 CRC: "1. States Parties undertake to respect and to ensure respect for rules of international humanitarian law applicable to them in armed conflicts which are relevant to the child.

sui diritti umani contiene delle norme non solo applicabili in tempo di guerra, ma che fanno parte della disciplina dei conflitti armati. Nell'articolo 38(2), (3) e (4) però sono ancora evidenti gli effetti della tradizionale convinzione della separazione tra diritto di guerra e di pace, poiché vengono ripresi gli standards affermati nel Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione di Ginevra in materia di partecipazione di bambini ai conflitti armati⁴³⁰. L'articolo 77 del Primo Protocollo alla Convenzione di Ginevra, infatti, stabilisce la possibilità di reclutamento e partecipazione diretta ad un conflitto armato di ragazzi dai 15 anni in avanti. Lo standard previsto dal Protocollo e ripreso dalla CRC è indubbiamente insoddisfacente, a maggior ragione se messo in relazione con lo scopo dichiarato della stessa CRC, che mira a proteggere "*the best interests of the child*"⁴³¹. La ragione di tale insufficiente protezione, ancorché la Convenzione sia stata adottata quasi un decennio dopo il Protocollo e sia diretta ad offrire una più ampia tutela dell'individuo, è da ricercare nell'opposizione di alcuni Stati (in particolare USA, Iran e Iraq) espressa in sede di negoziati e motivata da un'argomentazione piuttosto labile. Gli USA affermarono che né l'Assemblea Generale né la Commissione per i diritti umani rappresentavano la sede idonea alla revisione del diritto umanitario esistente⁴³². Tale asserzione, fondata su una rigida separazione tra diritto umanitario e diritti umani, non era sicuramente convincente, soprattutto considerando la natura autonoma e indipendente della CRC in quanto trattato internazionale non mirante alla revisione del diritto umanitario antecedente. In ogni caso gli USA rividero in seguito la propria posizione e firmarono il Protocollo opzionale alla CRC⁴³³ sul coinvolgimento di bambini in conflitti armati. Tale Protocollo entrato in vigore il 12 febbraio 2002 obbliga gli Stati parte a adottare tutte le misure necessarie affinché ragazzi di età

2. States Parties shall take all feasible measures to ensure that persons who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities.

3. States Parties shall refrain from recruiting any person who has not attained the age of fifteen years into their armed forces. In recruiting among those persons who have attained the age of fifteen years but who have not attained the age of eighteen years, States Parties shall endeavour to give priority to those who are oldest.

4. In accordance with their obligations under international humanitarian law to protect the civilian population in armed conflicts, States Parties shall take all feasible measures to ensure protection and care of children who are affected by an armed conflict. "

⁴³⁰ Adottato l'08/06/1977 ed entrato in vigore il 07/12/1979.

⁴³¹ Articolo 3 CRC. Vedi inoltre articolo 1 dove si afferma che "For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier."

⁴³² UN Doc. E/CN.4/1989, p. 55, Add.1, p. 6.

⁴³³ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography, Adottato il 25/05/2000 (UN General Assembly resolution A/RES/54/263) ed entrato in vigore il 18/01/2002.

inferiore ai 18 anni non prendano direttamente parte ai conflitti e rappresenta un innalzamento della tutela offerta all'individuo, rispetto quanto previsto dal diritto umanitario.

Ancora più evidente è l'idea della contestuale applicabilità della disciplina sui diritti umani e del diritto umanitario nella ECPT. Tale Convenzione prevede un sistema di ispezioni dei luoghi di detenzione alle quali gli Stati possono temporaneamente sottrarsi per ragioni di difesa nazionale o sicurezza pubblica⁴³⁴. Il verificarsi di tali circostanze però non giustifica una sottrazione dello Stato parte al controllo a tempo indefinito, poiché lo Stato è tenuto ad accordarsi con il Comitato per permettergli di svolgere le proprie funzioni nel più breve tempo possibile a seguito del termine dell'emergenza pubblica o qualora sia stato possibile adottare misure per aggirare l'impedimento⁴³⁵. Dunque ciò comporta un dovere di collaborazione anche in situazioni di difesa nazionale, che non determinano il venir meno degli obblighi a carico dello Stato parte derivanti dalla Convenzione. Inoltre la ECPT contiene un diretto riferimento al lavoro del Comitato internazionale della Croce Rossa (ICRC) e all'adempimento delle sue funzioni sotto l'egida del diritto internazionale umanitario. La competenza del Comitato per la prevenzione della tortura, istituito dalla stessa ECPT, termina qualora l'ICRC visiti effettivamente e regolarmente i luoghi di detenzione, secondo quanto stabilito dalle Convenzioni di Ginevra e dai loro Protocolli Aggiuntivi⁴³⁶. La competenza del Comitato europeo perciò non è condizionata all'applicabilità del diritto umanitario, ma unicamente dalla pratica del Comitato della Croce Rossa.

E' interessante sottolineare che, per sostenere la tesi dell'applicabilità della disciplina dei diritti umani in situazioni di conflitto è possibile fare riferimento anche al diritto umanitario. Per chiarire che la disciplina in tema di diritti umani non deve essere derogata in caso di conflitto

⁴³⁴ Articolo 9(1) ECPT: "In circostanze eccezionali, le Autorità competenti della Parte interessata possono far conoscere al Comitato le loro obiezioni al sopralluogo nel momento prospettato dal Comitato o nel luogo specifico che il Comitato è intenzionato a visitare. Tali obiezioni possono essere formulate solo per motivi di difesa nazionale o di sicurezza pubblica o a causa di gravi disordini nei luoghi nei quali vi siano persone private di libertà, dello stato di salute di una persona o di un interrogatorio urgente nell'ambito di un'inchiesta in corso, connessa ad un reato penale grave."

⁴³⁵ Articolo 9(2): "A seguito di tali obiezioni, il Comitato e la Parte si consultano immediatamente per chiarire la situazione e giungere ad un accordo riguardo alle misure che consentiranno al Comitato di esercitare le sue funzioni il più rapidamente possibile. Tali misure possono includere il trasferimento in altro luogo di qualsiasi persona il Comitato abbia intenzione di visitare. In attesa che si possa procedere al sopralluogo, la Parte fornisce al Comitato informazioni su ogni persona interessata."

⁴³⁶ Articolo 17(3) ECPT: " Il Comitato non effettuerà sopralluoghi nei luoghi che sono visitati effettivamente e regolarmente da rappresentanti o delegati di potenze protettrici o del Comitato internazionale della Croce Rossa ai termini delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e loro Protocolli aggiuntivi dell'8 giugno 1977."

armato basti citare il preambolo del primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra sulla protezione delle vittime di conflitti non internazionali che rinvia alla tutela offerta agli individui dai trattati sui diritti umani.⁴³⁷

Quanto affermato fino ad ora, dimostra non solo la sovrapposizione di *humanitarian law* e *human rights law* ma anche che la determinazione dei doveri incombenti su di uno Stato in caso di conflitto armato non può essere effettuata senza prendere in considerazione la disciplina in materia di diritti umani. La Corte, nel Parere, ne appare pienamente consapevole. A tale proposito, vi è chi sottolinea che la relazione tra diritti umani e diritto umanitario è di complementarità, in quanto si tratterebbe di due strutture differenti, che si completano reciprocamente ma che devono rimanere distinte⁴³⁸. Nonostante l'affermazione che *human rights law* e *humanitarian law* sono due entità differenti sia totalmente condivisibile, resta il fatto che spesso i due corpi normativi si sovrappongono ed in tali casi la tesi della complementarità non sembra rispondere alle esigenze che vengono a crearsi. Per tali ragioni, sembra molto più convincente la tesi di chi sostiene l'applicazione cumulativa delle due aree del diritto internazionale pubblico⁴³⁹. Tale tesi ha trovato sostegno nella pratica di diversi organi delle Nazioni Unite. Per esempio la Commissione per i diritti umani, durante l'occupazione del Kuwait da parte dell'Iraq, condannò le autorità irachene per le gravi violazioni dei diritti umani nei confronti della popolazione del Kuwait⁴⁴⁰. Nel caso più recente dell'occupazione dell'Iraq, il Consiglio di Sicurezza, nella risoluzione 1483 del 2003 che tracciò i principi generali dell'occupazione e della ricostruzione, richiese a tutte le parti coinvolte di adempiere ai loro obblighi derivanti dal diritto internazionale, in particolare quelli concernenti la Convenzione di Ginevra, e richiese al Segretario Generale del Rappresentante Speciale dell'Iraq di lavorare per la promozione delle tutele garantite dai diritti umani⁴⁴¹.

⁴³⁷ Preambolo Protocollo Addizionale: "Recalling furthermore that international instruments relating to human rights offer a basic protection to the human person."

⁴³⁸ PICTET JEAN, *op. cit.*, n. 407, pp. 14-15, dove si afferma che : "Thus the two systems are complementary, and indeed they' complement one another admirably, but they must remain distinct." e ROBERTS ADAM, *op.cit.*, n.193, pp. 72-74.

⁴³⁹ FORSYTHE DAVID, "1949 and 1999: Making the Geneva Conventions relevant after the Cold War", in *International Review of the Red Cross*, 1999, vol. 81, n. 834, pp. 277 – 301, disponibile su: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList304/FB6C961A7417341AC1256B66005D0D39> (ultima visita 17/01/06) e MERON THEODOR, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Cambridge, 1987, p. 28.

⁴⁴⁰. "for their grave violations of human rights against the Kuwaiti people", Commission on Human Rights (CHR), Resol. 1991/67.

⁴⁴¹ Risoluzione Consiglio di Sicurezza n. 1483, 22 maggio 2003, par. 5-8.

In un altro contesto, l'Assemblea Generale ha più volte richiamato l'attenzione di Israele sull'applicazione della disciplina sia del diritto internazionale umanitario, sia di quello in materia di diritti umani in Cisgiordania e Gaza⁴⁴². Il Comitato per i diritti umani e quello per i diritti economici, sociali e culturali, nella loro analisi del rapporto periodico di Israele sull'applicazione dell'ICCPR e dell'ICESCR, affermarono la necessaria applicazione dei Trattati sui diritti umani, in quanto le zone della Cisgiordania e di Gaza si trovavano sotto il controllo effettivo di Israele. Entrambi i Comitati espressero, inoltre, preoccupazione per le violazioni dei diritti umani che la costruzione della barriera poteva determinare⁴⁴³.

La contemporanea applicabilità del diritto umanitario e della disciplina in materia di diritti umani genera tuttavia possibili conflitti⁴⁴⁴ che è necessario armonizzare attraverso la definizione di una modalità di interrelazione reciproca. La Corte di Giustizia affrontò la questione per la prima volta nell'opinione relativa all'utilizzo delle armi nucleari⁴⁴⁵, dove affermò che

*“the protection of the International Covenant on Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable lex specialis, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities.”*⁴⁴⁶.

Nel Parere sulla costruzione della barriera, la Corte ribadì quanto affermato nella precedente opinione consultiva, e risolse la questione della relazione tra disciplina in materia di diritti umani e diritto umanitario nel senso di un'applicazione di quest'ultimo come *lex specialis*. Questa posizione,

⁴⁴² Vedi ad esempio, Risoluzioni Assemblea Generale n. 2443(XII), 19 dicembre 1968, n. 2546 (XXIV), 1 dicembre 1969, n. 2727 (XXV), 15 dicembre 1970.

⁴⁴³ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Concluding observations: Israel*, 21 agosto 2003, par. 19 UN.Doc. CCPR/CO/78/ISR e COMMITTEE OF THE ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *Concluding observations: Israel*, 2003, par. 24, UN.Doc. E/C.12/1/Add.90.

⁴⁴⁴ Vedi ROBERTS ADAM, *op.cit.*, n. 193, p. 73 e BENVENISTI EYAL, *op. cit.*, n. 175, p. 189.

⁴⁴⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion*, 8 luglio 1996, ICJ Reports 1996.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, par. 25

che sostiene il primato del diritto umanitario in situazioni di conflitto e *mutatis mutandis* di occupazione bellica, è un elemento essenziale per permettere l'applicazione cumulativa dei due settori del diritto internazionale. La disciplina in materia di diritti umani, infatti, in alcune circostanze non potrebbe trovare applicazione⁴⁴⁷ e dunque l'armonizzazione dei due settori avviene anche attraverso un'interpretazione del diritto umanitario alla luce di quanto disposto dalla disciplina in materia di diritti umani⁴⁴⁸. La supremazia del diritto umanitario in quanto *lex specialis* non comporta la perdita di importanza degli strumenti normativi riguardanti i diritti umani, i quali rimangono pienamente applicabili anche in caso di conflitto armato, come affermato dall'articolo 4 dell'ICCPR e dalle equivalenti formulazioni presenti negli altri trattati, regionali o meno⁴⁴⁹.

Da questo punto di vista la Corte di Giustizia sostenne pienamente l'idea del necessario coordinamento delle protezioni offerte dal diritto umanitario e dagli strumenti in materia di diritti umani, operanti entro un unico contesto.⁴⁵⁰

Il secondo aspetto riguardante gli strumenti normativi in materia di diritti umani affrontato dalla Corte riguardava la loro applicabilità al di fuori del territorio di uno Stato parte⁴⁵¹. La maggioranza delle convenzioni in tema di diritti umani contengono previsioni che ne definiscono l'ambito di applicazione, individuato tramite due possibili criteri: la giurisdizione o il territorio⁴⁵². Ad esempio, la Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione

⁴⁴⁷ Si pensi ad esempio al caso in cui un soldato in un conflitto armato, debba uccidere, nel rispetto delle norme di guerra, un individuo dell'esercito nemico. In tale circostanza non potrebbe essere considerato colpevole di un reato.

⁴⁴⁸ O'KEEFE ROGER, *op. cit.*, n. 100, p. 139, FROWEIN JOCHEN ABR, *op. cit.*, n. 410, p. 9 e HEINTZE HANS-JOACHIM, *op. cit.*, n. 406, p. 7.

⁴⁴⁹ Vedi *supra*, pp. 106 e ss.

⁴⁵⁰ E' significativo evidenziare che l'Assemblea Generale nella sua richiesta di parere alla Corte non fece riferimento alla disciplina in materia di diritti umani, e dunque per tale motivo, le considerazioni della Corte di Giustizia assumono ancora maggiore rilevanza, in quanto autonomo frutto della necessità di esprimersi su tale questione giuridica.

⁴⁵¹ L'Alta Corte di Israele operò un riferimento al Patto sui diritti civili e politici nel contesto dei territori occupati, solo in due occasioni, senza peraltro indagarne l'ambito di applicazione territoriale. *Arjov v. Commander of IDF in Judea and Samaria et al.*, H.C.J. 87/85, 1988 e *Shahin et al. v. Commander of IDF in Judea and Samaria*, H.C.J. 13/68, 1987. In entrambi i casi le considerazioni riguardanti il Patto vennero rigettate. Nella sentenza dell'Alta Corte sulla costruzione della barriera, *Beit Sourik*, manca qualsiasi riferimento alle tutele sui diritti umani contenute nei Patti Internazionali, mentre nel caso *Mara'abe*, si dichiara di non sentire la necessità di entrare nel merito della questione circa l'applicabilità dei Patti nei Territori occupati. *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, H.C.J. 7957/04, 15 settembre 2005, par. 27 e *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, H.C.J. 2056/04, 30 giugno 2004.

⁴⁵² E' interessante evidenziare che i trattati che riguardano i diritti economici e sociali, come ad esempio l'ICESCR o la Convenzione per l'eliminazione della discriminazione femminile del 1979, di solito mancano di una definizione territoriale della loro applicazione.

razziale del 1966⁴⁵³ afferma che *‘States parties shall assure to everyone within their jurisdiction effective protection and remedies’*, così come la Convenzione contro la tortura e ogni altra forma di trattamento o pena crudele, disumano o degradante (UNCAT) del 1984⁴⁵⁴ dichiara all’articolo 2(1) che *“each State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction”*. L’articolo 2 della Convenzione sui diritti dell’infanzia prevede che *“State parties shall respect and ensure the rights set forth in this Convention to each child within their jurisdiction”*. L’ articolo 2(1) dell’ICCPR dichiara che ogni Stato Parte *“undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the Convention”*. Altri due strumenti, di carattere regionale, come la Convenzione europea sui diritti dell’uomo (CEDU) e la Convenzione americana sui diritti dell’uomo del 1969, stabiliscono rispettivamente che *“the High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and the freedoms defined in [...] this Convention”* e *“the States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms”*.

Nonostante i parametri della giurisdizione e della territorialità siano richiamati da un notevole numero di convenzioni sui diritti umani, gli stessi hanno sollevato ampi dibattiti dottrinali.⁴⁵⁵ In tale contesto, la giurisprudenza della Commissione europea sui diritti dell’uomo e della Corte europea dei diritti dell’uomo ha fornito un autorevole contributo, superando ampiamente i confini regionali della propria valenza. Il primo importante caso affrontato dalla Commissione sui diritti dell’uomo, riguardava la presenza turca nella zona nord di Cipro⁴⁵⁶. In quella occasione la Commissione, riprendendo quanto affermato nei *travaux preparatoires* in merito alla scelta del testo per la definizione dell’ambito di applicazione⁴⁵⁷, ovvero che quella formulazione venne adottata *“to widen as far as possible the categories of persons who are to benefit by the guarantee*

⁴⁵³ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, adottata il 07/03/1966 (UN General Assembly resolution 2106 (XX) del 21 December 1965) ed entrata in vigore il 04/01/1969.

⁴⁵⁴ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adottata il 10/12/1984 (UN General Assembly resolution 39/46 del 10 December 1984) ed entrata in vigore il 26/06/1987.

⁴⁵⁵ Vedi in generale, COOMANS FONS E KAMMINGA MENNO T. (EDS.), *Extraterritorial application of human rights treaties*, Antwerp, 2004.

⁴⁵⁶ *Cyprus v. Turkey*, Commissione europea dei diritti dell’uomo, 26 maggio 1975, Application n. 6789/74; 6950/75.

⁴⁵⁷ *“Secure to everyone within their jurisdiction”*, vedi *supra*.

contained in the Convention”⁴⁵⁸, dichiarò che “*within their jurisdiction*” era equivalente a “sotto l’effettivo controllo dello Stato Parte”⁴⁵⁹. Per la Commissione, dunque, le obbligazioni derivanti dalla Convenzione non erano limitate al territorio di uno Stato, ma si estendevano a tutte le persone sottoposte all’effettivo controllo/giurisdizione dello Stato Parte. Tale interpretazione è stata confermata anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, in un altro caso riguardante Cipro.⁴⁶⁰ Recentemente la Corte sembrava aver ristretto l’applicabilità del concetto di extra-territorialità nel caso *Bankovic*⁴⁶¹, ove i ricorrenti affermavano che il bombardamento NATO della Tv e della radio di Belgrado costituiva una violazione della CEDU. La Corte in quell’occasione affermò che “*the Convention was not designed to be applied throughout the world, even in respect of the conduct of Contracting States*”⁴⁶² e ritenne che “*the Convention is a multilateral treaty, operating in an essential regional context and notably in the legal space (espace juridique) of the Contracting States*”⁴⁶³. La Repubblica di Yugoslavia non era membro della Convenzione e non rientrava quindi in questo spazio giuridico. In casi successivi, però, la Corte europea utilizzò un criterio più ampio rispetto a quello adoperato nel caso *Bankovic*⁴⁶⁴ e dunque sembra che, nel complesso, la sua giurisprudenza sia in sintonia con l’interpretazione della Commissione europea sui diritti umani⁴⁶⁵.

Nel Parere in oggetto, la Corte di Giustizia esaminò la valenza extraterritoriale di tre strumenti normativi in tema di diritti umani, in particolare l’ICCPR⁴⁶⁶, l’ICESCR⁴⁶⁷ e l’ICRC.⁴⁶⁸

⁴⁵⁸ La sottocommissione pertanto rigettò la precedente proposta di applicare la Convenzione su basi personali, ovvero a persone “residing in” o “living in” uno Stato parte, vedi CONSIGLIO D’EUROPA, *Collected edition of the “travaux preparatoires” of the European Convention of Human Rights*, The Hague, 1976, vol. 3, p. 200.

⁴⁵⁹ *Cyprus v. Turkey*, Commissione europea dei diritti dell’uomo, 26 maggio 1975, Application n. 6789/74; 6950/75, par. 136-137.

⁴⁶⁰ *Loizidou v. Turkey (Merits)*, Judgment, Corte europea dei diritti dell’uomo, 18 dicembre 1996, Application n. 15318/89, para. 63.

⁴⁶¹ *Bankovic and others v. Certain NATO Member States.*, Corte europea dei diritti dell’uomo 12 dicembre 2001, Application n. 52207/99.

⁴⁶² *Ibid.*, par. 80.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ Vedi ad esempio *Issa and Others v. Turkey*, Corte europea dei diritti dell’uomo, 6 novembre 2004, Application n. 31821/96.

⁴⁶⁵ Vedi MCGOLDRICK DOMINC, *Extraterritorial application of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in COOMANS FONS E KAMMINGA MENNO T. (EDITS.), *op. cit.*, n. 455, p. 41 e per un’analisi del caso *Bankovic* vedi LAWSON RICK, *Life after Bankovic: on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights*, in COOMANS FONS E KAMMINGA MENNO T. (EDITS.), *op. cit.*, n. 455, pp. 83-123 e O’BOYLE MICHEAL, *The European Convention: a comment on “Life after Bankovic”*, in COOMANS FONS E KAMMINGA MENNO T. (EDITS.), *op. cit.*, n. 455, pp. 125-139.

⁴⁶⁶ Ratificato da Israele nell’ottobre 1991, senza riserve.

⁴⁶⁷ Ratificato da Israele nell’ottobre 1991, senza riserve.

Per quanto riguarda il testo dell'articolo 2 dell'ICCPR⁴⁶⁹, il Professor Buergenthal, prima di divenire giudice della Corte, aveva già sostenuto che, al fine di non giungere a risultati assurdi, questo articolo doveva essere interpretato come implicante un nesso disgiuntivo tra “*within its territory*” e “*subject to its jurisdiction*”⁴⁷⁰. La disposizione doveva essere letta in maniera tale che ogni parte avrebbe assunto l'obbligazione di rispettare ed assicurare i diritti riconosciuti nel Patto sia “*to all individuals within its territory*” sia “*to all individual subject to its jurisdiction*”⁴⁷¹. Il Professor Buergenthal sostenne, inoltre, che il Patto sui diritti civili e politici aveva piena applicabilità nei territori occupati da uno Stato parte del Patto⁴⁷². Questa interpretazione acquistò notevole autorevolezza e fu confermata anche dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite. Il Comitato per i diritti umani sostenne ripetutamente che l'ICCPR poteva avere applicazione extraterritoriale, dimostrando chiaramente che la giurisdizione di uno Stato andava oltre i propri confini territoriali. Nel caso *Burgos/Lopez v. Uruguay* il Comitato ritenne che l'Uruguay fosse venuto meno ai propri obblighi derivanti dall'ICCPR quando le sue truppe rapirono e torturarono un cittadino uruguayano residente in Argentina. Partendo dal contenuto dell'articolo 5(1), ovvero considerando che nessuna disposizione può essere interpretata nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato di intraprendere attività o di compiere atti miranti a sopprimere uno dei diritti o delle libertà riconosciuti nel Patto, il Comitato affermò che sarebbe stato eccessivo interpretare la responsabilità ai sensi dell'articolo 2 in maniera da permettere ad uno Stato Parte di perpetrare sul territorio di un altro Stato violazioni che non potrebbe compiere sul proprio territorio.⁴⁷³ A seguito di tale pronuncia, non era ancora chiaro se quanto affermato fosse strettamente limitato alle

⁴⁶⁸ Ratificata da Israele nel novembre 1989, senza riserve.

⁴⁶⁹ Vedi *supra*, p. 107. La storia legislativa dell'articolo 2(1) non volge a favore di un'interpretazione restrittiva del concetto di territorialità. Durante la discussione del testo “*within its jurisdiction*”, che fu proposto dagli Stati Uniti, si espresse la convinzione che “*a State should not be relieved of its obligations under the Covenant to persons who remained within its jurisdiction merely because they were not within its territory.*” BOSSUYT MARC E J. HUMPHREY, JOHN P, *Guide to the “Travaux preparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, 1987, p. 53.

⁴⁷⁰ BUERGENTHAL THOMAS, *To respect and to ensure: State obligations and permissible derogations*, in HENKIN LOUIS (ED), *The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political rights*, New York 1981, pp. 72-74.

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² *Ibid.*, p. 77.

⁴⁷³ “It would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory”, *Burgos/Delia Saldias de Lopez v. Uruguay*, Communication n. 52/1979, 29 luglio 1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1, p. 88.

violazioni commesse contro i cittadini di uno Stato parte del Patto. La successiva attività del Comitato tuttavia chiarì che il Patto era pienamente applicabile all'operato di uno Stato all'estero anche in relazione al trattamento di cittadini non propri. Nel suo recente Commento generale sulla natura delle obbligazioni in capo agli Stati parte⁴⁷⁴, il Comitato dichiarò che uno Stato doveva rispettare e garantire i diritti enunciati nel Patto, nei confronti di qualsiasi persona entro il proprio potere o effettivo controllo, anche se non situata nel territorio dello Stato. Inoltre, dopo aver affermato che il godimento dei diritti riconosciuti dall'ICCPR non è limitato ai cittadini di uno Stato parte, ma si estendeva a tutti gli individui a prescindere dalla nazionalità o dall'essere apolide, così come ai richiedenti asilo, ai rifugiati, ai lavoratori emigrati e a tutte le altre persone che si trovino nel territorio o soggetti alla giurisdizione di uno Stato Parte, il Comitato mise in evidenza che tale principio trova applicazione anche nel caso di individui posti entro il potere o l'effettivo controllo delle forze armate di uno Stato parte che agiscono al di fuori del territorio nazionale. Ciò indipendentemente dalle circostanze in base alle quali tale potere o controllo effettivo sia stato ottenuto e anche nel caso delle forze armate di uno Stato membro assegnate ad un'operazione internazionale di *peace-keeping* o *peace-enforcement*⁴⁷⁵. Per quanto riguarda lo specifico contesto dei territori sottoposti ad occupazione, il Comitato, rispondendo all'argomentare di Israele in merito alla non applicabilità del Patto ai Territori palestinesi occupati⁴⁷⁶, dichiarò che

“the provisions of the Covenant apply to the benefit of the population of the Occupied Territories, for all conduct by the State party's authorities or agents in those territories that affect the enjoyment of rights enshrined in the Covenant and fall within the ambit of State responsibility of Israel under the principles of public international law.”.

La posizione del Comitato fu in parte avvalorata dall'opinione della Corte sulla costruzione della barriera nei Territori palestinesi, poiché la Corte ritenne l'ICCPR, l'ICESCR e l'ICRC

⁴⁷⁴ HUMAN RIGHTS COMMITTEE General Comment n. 31, *Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 maggio 2004, par. 10.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ Vedi *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 102, ROBERTS ADAM, *op. cit.*, n. 193, pp. 71-72 e MCGOLDRICK DOMINC, *op. cit.*, n. 465, pp. 63-64.

strumenti applicabili al caso di specie e rilevanti⁴⁷⁷. La Corte, dopo aver citato la pratica del Comitato sui diritti umani, affermò che l'ICCPR era applicabile agli atti compiuti da uno Stato nell'esercizio della propria giurisdizione e al di fuori del proprio territorio⁴⁷⁸. A differenza del Comitato, che faceva riferimento alle pratiche delle autorità che "*affects the enjoyment of rights*" la Corte utilizzò la più specifica dicitura "*acts done...in the exercise of its jurisdiction*". Stupisce, inoltre, il fatto che la Corte non citò il recente Commento generale del Comitato sui diritti umani, adottato solo pochi mesi prima dell'emissione del Parere.⁴⁷⁹

Si può forse pensare che, nel rinviare agli atti compiuti *nell'esercizio della giurisdizione* la Corte avesse voluto fare riferimento ad uno standard più restrittivo rispetto a quello adottato dal Comitato, ma resta il fatto che sul punto non furono fornite le spiegazioni necessarie a comprendere cosa effettivamente rientri in un *atto compiuto nell'esercizio della propria giurisdizione*. Ciò che è certo, è il fatto che la Corte ritenne soddisfatto il parametro dell'esercizio della giurisdizione e non rifiutò esplicitamente il più ampio standard sostenuto dal Comitato sui diritti umani, ma al contrario, citò il caso *Burgos/Lopez* riferendosi agli atti compiuti dalle autorità uruguaiane come atti in esercizio della giurisdizione. Ciò significa che, ancorché non sia possibile ricavare dalla pronuncia della Corte di Giustizia l'esatto contenuto degli atti compiuti nell'esercizio della giurisdizione, è ad ogni modo deducibile che un atto di esercizio della giurisdizione, ai fini di consentire l'applicabilità dell'ICCPR, non richiede come pre-condizione un controllo territoriale come quello esercitato da Israele nei Territori palestinesi occupati.

All'opposto, la Corte, nell'affrontare la questione dell'applicabilità dell'ICESCR⁴⁸⁰, dopo aver sottolineato l'assenza di elementi che circoscrivevano l'ambito di applicazione di tale strumento⁴⁸¹, richiese l'esercizio di un controllo territoriale per poter attivare l'applicazione del

⁴⁷⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 111, 112 e 113.

⁴⁷⁸ *Ibid.*, par. 111.

⁴⁷⁹ Vedi *supra*, n. 474.

⁴⁸⁰ Sulla tematica dell'applicazione extraterritoriale dell'ICESCR vedi in generale KUNNEMANN ROLF, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in COOMANS FONS E KAMMINGA MENNO T. (EDITS.), *op. cit.*, n. 455, pp. 201-231, ed in particolare p. 230 ove si afferma che "The ICESCR offers a wide extraterritorial scope, which has been largely under-utilised."

⁴⁸¹ Vedi *supra*, n. 452.

Patto, dato che i diritti in esso contenuti erano di carattere essenzialmente territoriale⁴⁸². Secondo il disposto dell'articolo 29 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati inoltre, causa la mancanza di fattori indicativi dell'ambito di applicazione dell'ICESCR, questa potrebbe essere limitata al territorio dello Stato.⁴⁸³ La Corte riconobbe comunque che non era da escludersi che l'ICESCR trovasse applicazione non solo nei territori su cui lo Stato esercitava la sovranità, ma anche in quelli rispetto ai quali esercitava una giurisdizione territoriale⁴⁸⁴. Nel caso del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, la Corte sembrò dunque adottare uno standard di applicazione più restrittivo rispetto a quello utilizzato con il Patto sui diritti, civili e politici. Come si è visto, in quest'ultimo caso si richiedeva l'esercizio di una giurisdizione sul territorio, la quale implica un controllo sul territorio e non solo sugli individui.

In base ai tests utilizzati nel Parere, la Corte ritenne quindi applicabili entrambi i Patti ai Territori occupati: il Patto sui diritti civili e politici in ragione dell'esercizio della giurisdizione da parte di Israele sulle persone presenti nei Territori occupati, mentre il Patto sui diritti economici, culturali e sociali in ragione dell'esercizio della giurisdizione sul territorio.

L'esame dell'ultimo trattato sui diritti umani, la Convenzione sui Diritti dell'Infanzia, risulta estremamente breve. La Corte infatti affermò semplicemente che *“as regards the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989, that instrument contains an Article 2 according to which “States Parties shall respect and ensure the rights set forth in the Convention to each child within their jurisdiction”. That Convention is therefore applicable within the Occupied Palestinian Territory”*⁴⁸⁵. Tale formulazione concisa è dovuta probabilmente al fatto che la Corte ritenne già sufficientemente indagata la questione dell'applicazione “entro la giurisdizione”, analizzata con riguardo all'ICCPR. Trattandosi della medesima clausola d'applicazione, la Corte si limitò semplicemente a richiamare gli argomenti utilizzati per giustificare la rilevanza dell'ICCPR, impiegandoli in questo caso per sostenere l'applicabilità della Convenzione sui diritti dell'infanzia.

⁴⁸² [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 112.

⁴⁸³ Articolo 29 Convenzione Vienna sul Diritto dei Trattati, 1969: “Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.”

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ *Ibid.*, par. 113.

3.4.2 Le violazioni dei Patti per i diritti umani e della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia derivanti dalla costruzione e dal collocamento della barriera.

Dopo aver chiarito il quadro normativo di riferimento, la Corte esaminò il contenuto dei singoli strumenti per evidenziarne eventuali violazioni derivanti dalla costruzione della barriera.

Per quanto riguardava l'ICCPR, la Corte riconobbe preliminarmente che l'articolo 4 del Patto riconosceva un diritto di deroga alle norme in esso contenute in caso di emergenza pubblica che metta in pericolo l'esistenza della Nazione⁴⁸⁶. Israele fece uso di tale diritto di deroga, con una comunicazione al Segretario Generale delle Nazioni Unite, come prevede l'articolo 4(3)⁴⁸⁷, al momento della ratifica del Patto nel 1991. Tale comunicazione concerneva l'applicazione dell'articolo 9, riguardante il diritto alla libertà e alla sicurezza delle persone e la tutela contro arresti o detenzioni arbitrarie. In quell'occasione Israele non notificò nessun'altra deroga ad ulteriori obbligazioni discendenti dal Patto. Al riguardo è opportuno ricordare che la notifica non è unicamente una formalità procedurale, ma determina la validità della deroga in quanto consente un controllo delle misure adottate affinché queste ultime non eccedano i limiti riconosciuti dal Patto. Sebbene Israele avesse dichiarato lo stato di emergenza nel maggio del 1948⁴⁸⁸, e ne sostenga il perdurare tuttora, il Comitato sui diritti umani intervenne a tale riguardo denunciando misure derogatorie ulteriori rispetto a quelle concernenti l'articolo 9 dell'ICCPR⁴⁸⁹. Il Comitato dichiarò che tali deroghe andavano oltre i limiti che potevano essere ritenuti legittimi ai sensi delle

⁴⁸⁶ Articolo 4(1) ICCPR: "In time of public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed, the States Parties to the present Covenant may take measures derogating from their obligations under the present Covenant to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law and do not involve discrimination solely on the ground of race, colour, sex, language, religion or social origin."

⁴⁸⁷ Articolo 4(3) ICCPR: "Any State Party to the present Covenant availing itself of the right of derogation shall immediately inform the other States Parties to the present Covenant, through the intermediary of the Secretary-General of the United Nations, of the provisions from which it has derogated and of the reasons by which it was actuated. A further communication shall be made, through the same intermediary, on the date on which it terminates such derogation."

⁴⁸⁸ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 127.

⁴⁸⁹ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, n. 443, par. 12.

disposizioni del Patto che permettono delle restrizioni dei diritti⁴⁹⁰, come ad esempio gli articoli 12(3)⁴⁹¹, 19(3)⁴⁹² e 21⁴⁹³. Il Comitato, inoltre, proseguì affermando che alcune deroghe attuate da Israele non rispettavano le limitazioni contenute nell'articolo 4 dell'ICCPR⁴⁹⁴.

Come si è detto, ai sensi dell'articolo 4 dell'ICCPR, le deroghe sono ammesse solo qualora sussista un'emergenza pubblica che metta in pericolo la vita della nazione. Una situazione di emergenza pubblica deve essere attuale o imminente e non semplicemente anticipatoria. Lo stato di emergenza deve essere una misura di carattere temporaneo che non può essere utilizzata per giustificare misure permanenti: ciò sarebbe palesemente in contrasto con la sua stessa natura⁴⁹⁵. Le misure derogatorie devono inoltre essere strettamente richieste dalla situazione⁴⁹⁶ o proporzionate all'esigenza di difendere il più alto interesse della società⁴⁹⁷. Gli Stati possiedono un ampio margine di apprezzamento nello stabilire la tipologia di misure necessarie per affrontare un'emergenza, ma su tali questioni non è loro concesso un potere discrezionale totalmente libero. Deve sussistere una relazione di necessità e proporzionalità tra la minaccia e le misure adottate per fronteggiarla⁴⁹⁸. L'esistenza di mezzi alternativi, che arrechino meno pregiudizio, può rendere la misura utilizzata sproporzionata. E' inoltre opportuno sottolineare che il principio di proporzionalità si applica sia alle misure derogatorie sia alla modalità della loro applicazione, compresa la loro durata. Dal momento che uno stato di emergenza è una condizione temporalmente limitata, le misure

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ Articolo 12(3) ICCPR: "The above-mentioned rights shall not be subject to any restrictions except those which are provided by law, are necessary to protect national security, public order (ordre public), public health or morals or the rights and freedoms of others, and are consistent with the other rights recognized in the present Covenant."

⁴⁹² Articolo 19(3) ICCPR: "The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

(a) For respect of the rights or reputations of others;

(b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals."

⁴⁹³ Articolo 21 ICCPR: "No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others."

⁴⁹⁴ In particolare, il Comitato esprimeva preoccupazione per la detenzione amministrativa di palestinesi con limitato accesso alla consulenza legale e per la normativa sulla detenzione, la quale limitava il judicial review e metteva a rischio le tutele contro la tortura e gli altri maltrattamenti proibiti dall'articolo 7.

⁴⁹⁵ AOLAIN NI FIONNAUALA, *The relationship between situations of emergency and low-intensity armed conflict*, in *Israel Yearbook of Human Rights*, 1998, vol. 28, p. 105.

⁴⁹⁶ Vedi articolo 4(1) ICCPR, *supra*, n. 486.

⁴⁹⁷ ORAA JAIM, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992, p. 142.

⁴⁹⁸ *Ibid.*

derogatorie devono terminare al momento del venir meno dell'emergenza⁴⁹⁹. Le misure derogatorie non possono inoltre, essere incompatibili con altre obbligazioni assunte dallo Stato⁵⁰⁰.

La Corte nel Parere in esame riconobbe la dichiarazione di deroga presentata da Israele in ragione dello stato di emergenza e ne sottolineò la valenza limitatamente all'articolo 9 ICCPR, dichiarando di conseguenza, che il resto della disciplina contenuta nel Patto sui diritti civili e politici era pienamente applicabile ad Israele ed ai Territori occupati⁵⁰¹. La Corte, pur ammettendo la legittimità formale della deroga, avrebbe potuto sottolineare l'atipicità di una situazione di emergenza prolungata ed il potenziale contrasto con il significato originale della norma. Israele, infatti, ha dichiarato la sussistenza di uno stato d'emergenza continuo dal 1948, nonostante vi siano state notevoli variazioni nelle minacce che ha dovuto fronteggiare⁵⁰², con dei picchi nelle situazioni di conflitto vero e proprio nel 1948, 1967 e 1973, ma anche con delle situazioni di criticità sicuramente meno gravi. Benché si possa riconoscere un ampio margine di apprezzamento alle valutazioni effettuate da Israele, appare dubitabile che l'esistenza di Israele sia stata sottoposta ad una minaccia continua dal 1948 e che il presente livello di pericolo sia tale da mettere a rischio la vita dello Stato di Israele⁵⁰³.

E' utile, infine, evidenziare che le misure di deroga non possono coinvolgere discriminazioni effettuate unicamente sulla base della razza, del colore, del sesso, della lingua, della religione o delle origini sociali o etniche⁵⁰⁴. I redattori dell'ICCPR ritennero però che, in talune circostanze, fossero ammissibili restrizioni dei diritti sulla base della nazionalità, dell'opinione politica, della proprietà e della nascita⁵⁰⁵. In ogni caso misure derogatorie che operano distinzioni effettuate su base razziale, sono legittime quando non sono adottate unicamente su tale base, ma bensì perché le misure sono ritenute necessarie e ragionevoli nelle specifiche circostanze e proporzionate all'emergenza⁵⁰⁶. Appare quindi plausibile considerare l'illegittimità della barriera

⁴⁹⁹ EUROPEAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *De Becker*, 8 gennaio 1960, Ser B: Report of the Commission, p. 133.

⁵⁰⁰ Vedi articolo 4(1) ICCPR.

⁵⁰¹ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 127.

⁵⁰² AOLAIN NI FIONNAUALA, *op. cit.*, n. 495, pp. 100-105.

⁵⁰³ OXFORD PUBLIC INTEREST LAWYERS (OXPIIL) FOR THE ASSOCIATION FOR CIVIL RIGHTS IN ISRAEL (ACRI), *op. cit.*, n. 309, p. 27.

⁵⁰⁴ Vedi articolo 4(1) ICCPR.

⁵⁰⁵ Vedi ad esempio articolo 19 ICCPR:

⁵⁰⁶ ORAA JAIM, *op. cit.*, n. 497, p. 175.

anche sotto il profilo del suo carattere discriminatorio, in quanto, di fatto, rivolto al popolo palestinese come “gruppo razziale”⁵⁰⁷.

La Corte analizzando le violazioni dell’ICCPR derivanti dalla costruzione della barriera, affermò la rilevanza di due disposizioni: l’articolo 12 e l’articolo 17, limitandosi però, anche in questo caso⁵⁰⁸, semplicemente a rinviare alle disposizioni e ad affermarne l’avvenuta violazione, senza spingersi in ulteriori approfondimenti⁵⁰⁹. Si crea per tale ragione l’esigenza di un’analisi più approfondita delle tematiche messe in luce dalla Corte, che inevitabilmente però deve fare uso di strumenti giuridici ulteriori rispetto alle coincise statuizioni della Corte contenute nel Parere.

Per quanto attiene alla prima disposizione, essa riconosce due importanti garanzie che sono colpite dalla costruzione della barriera: la libertà di movimento e la libertà di residenza. Il Comitato sui diritti umani ha specificato che la libertà di movimento è da intendersi come il diritto di muoversi liberamente attraverso tutto il territorio dello Stato ed il godimento di questo diritto non deve essere reso dipendente da nessuna particolare ragione o scopo, per la persona che intende muoversi o restare in un determinato luogo⁵¹⁰. Il diritto di scegliere la propria residenza invece, comprende la protezione contro tutte le forme di trasferimento forzato all’interno di un territorio e proibisce inoltre, il divieto di entrare o rimanere in una determinata parte del territorio⁵¹¹. La costruzione della barriera determina delle interferenze di rilievo con le protezioni garantite dall’articolo 12. Lo stesso Comitato sui diritti umani dichiarò che l’impatto della barriera sulla libertà di movimento costituiva un “*unjustifiably severe restriction*” che risultava incompatibile con quanto disposto dall’ICCPR⁵¹². La presenza fisica della barriera determina l’isolamento della popolazione dei Territori occupati, l’accesso in tali zone è condizionato alla sussistenza di specifiche ragioni giustificatrici e all’ottenimento di un permesso⁵¹³. Per un gran numero di

⁵⁰⁷ OXFORD PUBLIC INTEREST LAWYERS (OXPIIL) FOR THE ASSOCIATION FOR CIVIL RIGHTS IN ISRAEL (ACRI), *op. cit.*, n. 309, p. 28 e *oltre* in questo paragrafo, p. 120.

⁵⁰⁸ Lo stesso accadde quando la Corte analizzò la tematica delle violazioni di diritti umanitario, vedi *supra*, p. 66

⁵⁰⁹ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*](#) *advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 128: “Among these mention must be made of Article 17, paragraph 1 of which reads as follow: ... [...] Mention must also be made of Article 12, paragraph 1, which provides: ...”

⁵¹⁰ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment n. 27, “Freedom of movement (art. 12)”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 novembre 1999, par. 4-7.

⁵¹¹ *Ibid.*

⁵¹² HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, n. 443, par. 19.

⁵¹³ Vedi par. 1.4.

palestinesi questo significa limitare il movimento e la residenza unicamente a specifiche parti del territorio. Inoltre la presenza di *closed areas* determina il necessario trasferimento di tutte quelle persone che non hanno ottenuto un permesso di residenza permanente⁵¹⁴. La situazione di chi vive quasi completamente circondato dalla barriera è altrettanto critica⁵¹⁵, così come quella di chi deve attraversare la barriera per raggiungere la propria terra, la propria proprietà, il luogo di lavoro, i luoghi di interesse economico o la propria famiglia. In tali casi il necessario transito attraverso passaggi numericamente limitati, soggetti a procedure di controllo e ad orari di apertura non garantiti⁵¹⁶, non facilita di certo il movimento all'interno dei Territori occupati. Inoltre tali misure, si aggiungono ed intensificano le restrizioni alla libertà di movimento imposte da Israele precedentemente alla costruzione della barriera, come i coprifuochi, i *checkpoints* e la chiusura di strade, città e villaggi⁵¹⁷. L'articolo 12 (3) permette restrizioni della libertà di movimento e del diritto di scegliere la propria residenza, qualora lo Stato si trovi a fronteggiare una minaccia che metta a rischio la sicurezza nazionale. Le restrizioni concesse in tale circostanza devono comunque risultare strettamente necessarie alla protezione della sicurezza nazionale in una società democratica ed, inoltre, devono essere non discriminatorie e proporzionate⁵¹⁸. In tal senso, la finalità di protezione delle persone sottoposte alla giurisdizione di Israele è uno scopo sicuramente legittimo. Ciò che invece pare illegittimo è il mezzo utilizzato per il perseguimento di tale scopo. Questa tematica fu affrontata anche nel Parere della Corte, la quale sottolineando che, come affermato dal Comitato sui diritti umani, le restrizioni imposte ai diritti umani devono conformarsi al principio di proporzionalità e devono risultare lo strumento meno invasivo tra quelli disponibili al raggiungimento degli scopi desiderati⁵¹⁹, si limitò a dichiarare che nel caso di specie in relazione alle disposizioni dell'ICCPR rilevanti, con particolare riferimento all'articolo 12, tali condizioni

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Vedi ad esempio l'enclave di Qalqiliya, citata anche dalla Corte, [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 133.

⁵¹⁶ Vedi par. 1.4.

⁵¹⁷ Vedi AMNESTY INTERNATIONAL, *Surviving under siege: The impact of the movement restrictions on the right to work*, Report, settembre 2003, disponibile su: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE150012003?open&of=ENG-ISR> (ultima visita 17/01/2006).

⁵¹⁸ Articolo 4(3), vedi *supra*, n. 487.

⁵¹⁹ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, n. 510, par. 14.

non erano soddisfatte⁵²⁰. Indubbiamente, le caratteristiche fisiche e il percorso della barriera non paiono soddisfare sotto diversi aspetti il test di proporzionalità e necessità, richiesto dall'articolo 12 (3).

In primo luogo deve essere rilevato che la barriera è dislocata soprattutto entro i Territori occupati, causando così notevoli disagi alla popolazione palestinese ivi residente. Il percorso della barriera interferisce pesantemente con le comunità e le infrastrutture presenti nei Territori occupati. Uno strumento meno invasivo sarebbe parso più opportuno per la tutela di Israele e degli israeliani e sarebbe stato forse più ragionevole posizionare la barriera lungo il percorso della *Green Line*. Laddove questo non fosse stato possibile per ragioni topografiche si sarebbe potuto farla passare sul territorio israeliano. In secondo luogo, non è difficile sostenere che il percorso della barriera non fu determinato unicamente da ragioni di sicurezza nazionale, ma che influirono non poco le esigenze di protezione degli insediamenti presenti nei Territori occupati⁵²¹. La tutela degli insediamenti, la cui illegittimità è generalmente riconosciuta⁵²², non rientra certamente nelle giustificazioni riconosciute dall'articolo 12 (3) per adottare restrizioni alla libertà di movimento. Ciò non significa, come affermato in precedenza⁵²³, che la popolazione residente negli insediamenti non possa beneficiare delle garanzie riconosciute dall'ICCPR in tema di sicurezza e diritto alla vita, in particolare quanto previsto dagli articoli 6 e 9. Qualsiasi atto a tutela della sicurezza nei Territori occupati, intrapreso da Israele, dovrebbe essere valutato alla luce ed in relazione all'incombente obbligo di interrompere l'attività di insediamento e di non perpetuarne l'esistenza⁵²⁴. Inoltre l'attività di Israele nei Territori occupati deve tenere in debito conto gli interessi della popolazione locale, così come è chiaramente richiesto dall'articolo 47 dell'ICCPR, il quale recita “*nothing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the inherent right of all peoples to enjoy and utilize fully and freely their natural wealth and resources.*”.

⁵²⁰ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 136.

⁵²¹ Vedi *supra* p. 73 e ss.

⁵²² Vedi *supra* p. 68.

⁵²³ Vedi *supra*, p. 92.

⁵²⁴ Vedi ad esempio quanto stabilito nella c.d. Roadmap (A Performance-Based Roadmap to a Permanent Two-State Solution to the Israeli-Palestinian Conflict) alla voce Settlements: “Go immediately dismantles settlement outposts erected since March 2001. Consistent with the Mitchell Report, GOI freezes all settlement activity (including natural growth of settlements).”

E' al riguardo evidente che la barriera giova ad un'unica parte della popolazione presente sui Territori occupati e non risulta certamente essere edificata a salvaguardia degli interessi del popolo palestinese. Alla presenza fisica della barriera, si aggiunge anche un regime giuridico restrittivo che disciplina il transito attraverso gli accessi predisposti. In tema, il Comitato sui diritti umani dichiarò che le restrizioni imposte alla libertà di movimento devono essere guidate dal principio che il diritto è la norma, mentre la restrizione l'eccezione⁵²⁵. Nel caso della barriera sembra che il rapporto norma-eccezione si sia invertito⁵²⁶, in quanto si crea una limitazione della libertà di movimento generale, mitigata unicamente dalla presenza di accessi per garantire il transito da un lato all'altro della barriera. Il Comitato sui diritti umani sottolineò per di più che il potere di imporre restrizioni doveva fondarsi su precisi criteri e non conferire una totale discrezionalità a coloro i quali dovevano dare esecuzione a tali restrizioni⁵²⁷. Anche da questo punto di vista, le ordinanze ed i regolamenti disciplinanti l'emissione dei permessi, appaiono piuttosto carenti, mancando di specifici parametri di valutazione delle richieste e concedendo ampi poteri discrezionali agli organi preposti ad emettere tali permessi⁵²⁸. Il sistema di transito attraverso accessi, le aperture irregolari di tali accessi, la necessità di richiedere permessi per il transito e per la residenza, nonché i frequenti rifiuti a tali richieste⁵²⁹, uniti alla situazione di isolamento dei palestinesi venutasi a creare, sicuramente favoriscono un trasferimento involontario della popolazione. In tal senso il Comitato sui diritti umani ha dichiarato che l'articolo 12 dell'ICCPR offre protezione contro tutte le forme di trasferimento forzato interno ad un territorio⁵³⁰. Oltre a ciò, le persone cui è stato negato un permesso possono essere soggette a sfratto forzato e tale pratica è considerata dal Comitato una seria violazione del dettato dell'articolo 12⁵³¹. La demolizione di abitazioni durante la costruzione

⁵²⁵ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, n. 510, par. 11-15.

⁵²⁶ IDF - Order Concerning Security Directives, Judea e Samaria, n. 378, 1970, Declaration Concerning the Closure of Area Number s/2/03 (Seam Area), disponibile tradotto in inglese su: www.nad-plo.org/hborders, par. 3a: "no one may enter or stay in the seam area" (ultima visita 17/01/06).

⁵²⁷ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, n. 510, par. 11-15.

⁵²⁸ Vedi *supra*, par. 1.4 e pp. 80-81.

⁵²⁹ Vedi in generale, B'TSELEM, *Not All It Seems - Preventing Palestinians Access to their Land West of the Separation Barrier in the Tulkarm-Qalqila Area*, giugno 2004, disponibile su: http://www.btselem.org/Download/200406_Qalqiliya_Tulkarm_Barrier_Eng.Doc (ultima visita 17/01/06).

⁵³⁰ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, n. 510, par. 7.

⁵³¹ Vedi HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment n. 29, *States of Emergency*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, nel quale si affermò che i trasferimenti forzati non potevano costituire una legittima deroga ai sensi dell'articolo 4. Vedi inoltre HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Concluding Observations: Israel*, 18/08/98,

della barriera è un ulteriore fattore aggravante. Merita di essere ricordato che secondo i Principi Guida sul Trasferimento Interno⁵³², non soltanto il trasferimento forzato di popolazione, ma anche le circostanze che sono in grado di creare situazioni favorevoli al trasferimento involontario sono oggetto di preoccupazione per il diritto internazionale⁵³³.

Un ulteriore aspetto da considerare è la possibile natura discriminatoria del regime instaurato dalla barriera. L'articolo 2 (1) vieta la discriminazione nel godimento dei diritti previsti dal Patto. Il Comitato sui diritti umani ha chiarito in merito che si configurerebbe una chiara violazione del Patto se i diritti previsti all'articolo 12, paragrafi 1 e 2, subissero restrizioni attraverso distinzioni di qualsiasi genere, come in base alla razza, al colore, al sesso, alla religione, alla lingua o ad opinioni politiche, alle proprie origini nazionali o sociali, alla proprietà, alla nascita o in base ad altri status.⁵³⁴

La barriera è chiaramente uno strumento che impone limitazioni soltanto ai palestinesi, poiché il sistema dei permessi e la limitazione dell'accesso ai Territori occupati sono misure che si applicano unicamente nei loro confronti. Gli spostamenti degli israeliani e dei residenti negli insediamenti non sono soggetti ad alcuna limitazione derivante dall'emissione di permessi, a loro è concessa piena libertà di movimento e di residenza.⁵³⁵ Secondo la disciplina in materia di diritti umani, trattamenti differenziati possono a determinate condizioni, trovare giustificazione, se i criteri di tali differenziazioni sono ragionevoli e obiettivi e se il fine è il raggiungimento di uno scopo

CCPR/C/79/Add.93, par. 12, dove il Comitato affermò: "the Committee considers the demolition of homes to conflict directly with the obligation of the State Party to ensure without discrimination the right not to be subjected to arbitrary interference with one's home (art. 17), the freedom to choose one's residence (art. 12) and equality of all persons before the law and equal protection of the law (art. 26)."

⁵³² Guiding Principles on Internal Displacement, 1998, frutto del lavoro di indagine sulla materia condotto dal Rappresentante per le persone soggette a trasferimento interno nominato dal Segretario Generale delle Nazioni Unite su richiesta della Commissione per i diritti umani nel 1992.

⁵³³ Vedi Principio 5, Guiding Principles on Internal Displacement, U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2 che afferma: "All authorities and international actors shall respect and ensure respect for their obligations under international law, including human rights and humanitarian law, in all circumstances, so as to prevent and avoid conditions that might lead to displacement of persons" disponibile su: <http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d2e008c61b70263ec125661e0036f36e?Opendocument> (ultima visita 17/01/06).

⁵³⁴ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, n. 510, par. 18.

⁵³⁵ IDF - Order Concerning Security Directives, Judea e Samaria, number 378, 1970, Declaration Concerning the Closure of Area Number s/2/03 (Seam Area), disponibile tradotto in inglese su: domino.un.org/unispal.nsf/0/c6114997e0ba34c885256ddc0077146a?OpenDocument (ultima visita 17/01/06).

legittimo.⁵³⁶ Nel caso di specie, la ragionevolezza delle misure discriminatorie potrebbe in astratto dirsi sussistente. Infatti, se la minaccia che si intende fronteggiare è il pericolo per la sicurezza nazionale israeliana, rappresentato da atti terroristici compiuti da palestinesi residenti nei Territori occupati, come sostenuto da Israele⁵³⁷ e riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia⁵³⁸, la barriera ed il regime di limitazioni ad essa associato potrebbero essere considerate delle reazioni ragionevoli. E' opportuno però sottolineare che per poter ritenere legittima una misura discriminatoria tale misura deve rispondere al requisito della proporzionalità, oltre che a quello della ragionevolezza.

La barriera in quanto tale e la severità del regime ad essa connesso infliggono notevoli danni alla popolazione palestinese e possono essere considerati degli elementi che portano a considerare la misura discriminatoria non proporzionata. Le rigide limitazioni della libertà di movimento sono strettamente legate al godimento di altri diritti, come il diritto al lavoro, il diritto ad un adeguato standard di vita, comprendente il cibo, l'acqua e la casa. Tale complesso di diritti violati rende la costruzione della barriera un atto non-proporzionato al fine al quale tende. Il Comitato sui diritti umani, si esprime sulla barriera e sul regime di limitazioni da essa derivanti nei seguenti termini:

*"[...] the Committee is concerned that the construction of the "Seam Zone", by means of a fence and, in part, of a wall, beyond the Green Line, imposes additional and unjustifiably severe restrictions on the right to freedom of movement of, in particular, Palestinians living in the Occupied Territories. The "Seam Zone" has adverse repercussions on nearly all walks of Palestinian life; in particular, the wide ranging restrictions on freedom of movement disrupt access to health care, including emergency medical services, and access to water. The Committee considers that these restrictions are incompatible with article 12 of the Covenant."*⁵³⁹

Come si è anticipato in precedenza, in secondo luogo, la Corte ritenne violato dalla costruzione della barriera anche l'articolo 17 dell'ICCPR. Tale articolo protegge da interferenze

⁵³⁶ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment 18, *Non discrimination*, par. 13.

⁵³⁷ Vedi quanto sostiene il Ministero della Difesa israeliano: <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/purpose.htm> (ultima vista 17/01/06).

⁵³⁸ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 141.

⁵³⁹ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, n. 443, par. 19.

arbitrarie o illegittime nella vita familiare, nella privacy o nell'abitazione di una persona ed è strettamente collegato all'articolo 10 dell'ICESCR riguardante la protezione della famiglia come unità fondamentale della società⁵⁴⁰, richiamato anch'esso dalla Corte, e all'articolo 23 dell'ICCPR⁵⁴¹, attinente alla tutela della famiglia nei confronti di interferenze da parte dello Stato⁵⁴², quest'ultimo, invece, non menzionato nel parere della Corte. La necessaria garanzia della famiglia è affermata anche all'articolo 46 RA, il quale stabilisce il rispetto e la protezione dell'onore e dei diritti della famiglia⁵⁴³. E', inoltre, importante ricordare, come si è visto *supra*, che uno dei principi fondamentali del diritto dell'occupazione è la protezione del tessuto sociale all'interno dei territori sottoposti ad occupazione straniera⁵⁴⁴.

Nella sua "giurisprudenza" il Comitato sui diritti umani ha adottato un'interpretazione piuttosto ampia della nozione di famiglia, dichiarando che si tratta di un concetto culturalmente variabile e che comprende tutti i membri della famiglia, così come intesa nella società locale⁵⁴⁵. La barriera, separando famiglie e comunità e condizionando i contatti sociali e familiari ad un regime di permessi ed accessi, sicuramente incide negativamente sulla vita familiare tutelata dall'ICCPR. Inoltre, l'articolo 17 considera anche il diritto ad un'abitazione libera da interferenze illegittime o arbitrarie. Ciò non significa che tale norma preveda un diritto alla proprietà o il diritto a vivere in una determinata abitazione. Attraverso l'articolo 17 viene tutelato il diritto a non essere sottoposti ad intromissioni illegittime o arbitrarie nella propria abitazione. Il Comitato sui diritti umani ha affermato al riguardo che il termine abitazione deve essere inteso come "*the place where a person resides or carries out his usual occupation*"⁵⁴⁶. La garanzia offerta da tale articolo è piuttosto ampia, in quanto si estende dalla protezione fisica dell'abitazione, alla tutela del luogo di residenza di una persona. In un caso relativo all'Uzbekistan, il Comitato sui diritti umani ritenne che

⁵⁴⁰ Articolo 10(1) IESCR: "The States Parties to the present Covenant recognize that:

The widest possible protection and assistance should be accorded to the family, which is the natural and fundamental group unit of society, particularly for its establishment and while it is responsible for the care and education of dependent children. Marriage must be entered into with the free consent of the intending spouses."

⁵⁴¹ Articolo 23(1) ICCPR: "The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State."

⁵⁴² Vedi ad esempio: A.S. v. Canada, Communication n.68/1980, 31 marzo 1981, par. 8.2, CCPR/C/12/D/6 (1980).

⁵⁴³ Articolo 46 Regolamento dell'Aja: "Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected."

⁵⁴⁴ GASSER HANS PETER, *op. cit.*, n. 323, pp. 502-503.

⁵⁴⁵ UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment n. 16, 1988, par. 5.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

l'espulsione di persone residenti e la loro sistemazione in un'altra parte del Paese, costituisse una violazione del diritto ad una famiglia e a un'abitazione⁵⁴⁷. Dal momento che le persone residenti nelle *closed areas* devono ottenere un permesso per poter continuare a risiedere in quei territori e, nel caso in cui tale permesso venga loro negato, dovranno forzatamente lasciare l'area, appare indubitabile che la barriera comporti una violazione del diritto ad una abitazione ed ad una famiglia, così come inteso dal Comitato sui diritti umani.

Un ulteriore aspetto considerato dall'articolo in questione attiene alla materia delle interferenze arbitrarie e illegittime. Il Comitato sui diritti umani ritiene che tali intromissioni dovrebbero essere concordanti con la disciplina, lo scopo e gli obiettivi del Patto, e dovrebbero, in ogni caso, risultare ragionevoli nelle diverse situazioni⁵⁴⁸. La ragionevolezza dell'interferenza si manifesta nella proporzionalità allo scopo perseguito e nella necessità nel caso di specie⁵⁴⁹. L'edificazione della barriera infligge difficoltà di rilievo alla vita familiare, la separazione di membri di una stessa famiglia, o il condizionamento della gestione dei rapporti familiari tramite il sistema dei permessi e degli accessi, sicuramente sono espressione di interferenze arbitrarie nella vita familiare, ai sensi dell'articolo 17 e 23 dell'ICCPR. Inoltre, anche la documentata distruzione di case, dimore e edifici in determinate aree⁵⁵⁰, resasi necessarie per l'edificazione della barriera, risulta in contrasto con quanto stabilito dall'articolo 17, come affermato dal Comitato sui diritti umani, anche qualora la giustificazione per l'abbattimento della costruzione sia la mancanza di un permesso di edificazione⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, Concluding Observations: *Uzbekistan*, CCPR/CO/71/UZB, 2001, par. 16.

⁵⁴⁸ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *op. cit.*, n. 547, par. 4 e 8.3.

⁵⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁵⁰ B'TSELEM, *op. cit.*, n. 32, p. 24.

⁵⁵¹ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, Concluding Observations: *Israel*, 18/08/98, CCPR/C/79/Add.93, par. 24, dove si dichiara che: "(...) It also deplores the practice of demolitions, in part or in whole, of "illegally" constructed Arab homes. The Committee notes with regret the difficulties imposed on Palestinian families seeking to obtain legitimate construction permits. The Committee considers the demolition of homes to conflict directly with the obligation of the State Party to ensure without discrimination the right not to be subjected to arbitrary interference with one's home (art. 17), the freedom to choose one's residence (art. 12) and equality of all persons before the law and equal protection of the law (art. 26)." Allo stesso modo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ritenne in un caso coinvolgente una clausola equivalente, presente nella CEDU, che la deliberata distruzione di abitazioni e il rifiuto di permettere il ritorno nella propria dimora, costituiva una grave violazione del rispetto che deve essere riconosciuto alla residenza di ciascuno. L'abbattimento di case e il rifiuto di permessi di residenza sono direttamente connessi al percorso seguito dalla barriera, e devono essere considerate quindi come delle interferenze arbitrarie ai sensi dell'articolo 17 dell'ICCPR. Vedi *Selcuk and Asker v. Turkey*, Corte europea diritti dell'uomo, 24 aprile 1998, Application n. 23184/94; 23185/94, par. 86; e *Cyprus v. Turkey*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 maggio 2001, Application n. 25781/94.

L'opinione della Corte avrebbe potuto evidenziare la violazione di altre norme dell'ICCPR, come ad esempio quelle che tutelano la libertà di associazione ed assemblea (artt. 21 e 22 ICCPR), o l'equità e la correttezza procedurale di un procedimento (art. 14 ICCPR)⁵⁵². Sembra evidente che la Corte si sia limitata a sottolineare unicamente le violazioni maggiormente evidenti e più significative, ossia quelle degli articoli 12 e 17 ICCPR. Stupisce inoltre, che la Corte nel richiamare le disposizioni a garanzia del libero accesso ai luoghi santi e di culto, quali il Trattato di Berlino del 1878, il Mandato Britannico del 1922 e l'Armistizio del 1949⁵⁵³, non abbia nemmeno accennato alla tutela in materia di libertà di religione, prevista dall'articolo 18 dell'ICCPR. Il richiamo al Patto in materia di libertà religiosa, sarebbe stato indubbiamente rilevante, in quanto avrebbe reso la tutela in materia più completa, aggiungendo agli obblighi positivi a carico di Israele, previsti dal Trattato di Berlino, dal Mandato Britannico e dall'Armistizio, degli obblighi di carattere negativo, come il divieto di porre limitazioni alla manifestazione del proprio credo religioso, salvo qualora queste siano previste dalla legge e risultino necessarie per la protezione della sicurezza e dell'ordine pubblico, della morale o dei diritti e delle libertà di altri⁵⁵⁴.

In quanto parte contraente del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, Israele è tenuto ad intraprendere misure per la progressiva e completa realizzazione dei diritti in esso contenuti, impiegando al massimo le risorse a sua disposizione⁵⁵⁵. E' interessante sottolineare a tale proposito, che Israele, nel *report* presentato al Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, fornì statistiche indicanti il godimento dei diritti sanciti nel Patto da parte dei coloni israeliani presenti nei Territori occupati, ma negò il godimento degli stessi diritti ai palestinesi residenti nei medesimi Territori⁵⁵⁶. La Corte affrontò la tematica delle violazioni del Patto sui diritti economici, sociali e

⁵⁵² Per un'analisi di tali possibili violazioni vedi OXFORD PUBLIC INTEREST LAWYERS (OXPI) FOR THE ASSOCIATION FOR CIVIL RIGHTS IN ISRAEL (ACRI), *op. cit.*, n. 309, par. 204-233.

⁵⁵³ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 129.

⁵⁵⁴ Articolo 18(3) ICCPR: "Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others."

⁵⁵⁵ Articolo 2(1) ICESCR: "Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures."

⁵⁵⁶ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 112 vedi inoltre UN ECSOR , 19° sessione, 53° incontro, par. 8, UN.Doc.E/C.12/1/Add.27, 1998, dove il

culturali limitandosi semplicemente ad elencare le disposizioni ritenute violate, senza nemmeno citarne il contenuto⁵⁵⁷. Anche in questo caso, è necessaria un'indagine della tematica che vada al di là di quanto affermato dalla Corte con estrema brevità. Le prime disposizioni richiamate dalla Corte furono gli articolo 6 e 7 ICESCR a tutela del diritto al lavoro, i quali includono il diritto di ciascuno ad avere l'opportunità di guadagnarsi il necessario per provvedere alla propria sussistenza, attraverso un lavoro scelto e accettato liberamente.

Al riguardo si può pensare che, data la già fortemente degradata situazione economica palestinese⁵⁵⁸, qualsiasi restrizione di tali diritti richieda una giustificazione più forte rispetto a quella che sarebbe sufficiente in una situazione economica regolare. In ogni caso però è necessario valutare se la barriera ed il regime ad essa connesso siano conformi a ciò che prevedono gli articoli 6 e 7 ICESCR e se eventuali restrizioni possano dirsi giustificate. In primo luogo è opportuno sottolineare che secondo il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, il diritto al lavoro è essenziale per la realizzazione degli altri diritti umani e costituisce un elemento imprescindibile della dignità umana⁵⁵⁹. L'articolo 6 ICESCR riconosce in termini generali il diritto al lavoro, mentre l'articolo 7 ICESCR ne sviluppa la dimensione individuale stabilendo il diritto di ciascuno al godimento di condizioni di lavoro giuste e favorevoli, ed in particolare il diritto a condizioni di lavoro sicure⁵⁶⁰. Secondo l'interpretazione offerta dal Comitato il diritto al lavoro genera tre diversi tipi di obbligazioni a carico degli Stati parte: gli obblighi di rispettare, di proteggere e di dare attuazione al diritto. L'obbligo di rispettare il diritto al lavoro si concretizza nell'astenersi

Comitato dichiarò: "The Committee notes with concern that the Government's written and oral reports included statistics indicating the enjoyment of the rights enshrined in the Covenant by Israeli settlers in the occupied territories but that the Palestinian population within the same jurisdictional areas were excluded from both the report and the protection of the Covenant. The Committee is of the view that the State's obligations under the Covenant apply to all territories and populations under its effective control. The Committee therefore regrets that State party was not prepared to provide adequate information in relation to the occupied territories."

⁵⁵⁷ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 130.

⁵⁵⁸ REPORT OF THE MISSION TO THE HUMANITARIAN E EMERGENCY POLICY GROUP OF THE LOCAL AID COORDINATION COMMITTEE, *op. cit.*, n. 319, SPECIAL RAPPORTEUR OF THE COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *op. cit.*, n. 292, e REPORT DEL SECRETARY-GENERAL, *op. cit.*, n. 2. UN SPECIAL CO-ORDINATOR, *The Impact of Closure and Other Mobility Restrictions on Palestinian Productive Activities 1 Jan 2002–30 June 2002*, ottobre 2002, disponibile su: <http://www.un.org/News/dh/mideast/econ-report-final.pdf> (ultima visita 17/01/06).

⁵⁵⁹ COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULURAL RIGHTS, General Comment n. 18, *The Right to Work*, E/C.12/GC/18, par. 1, disponibile su: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/493bee38093458c0c12571140029367c/\\$FILE/G0640313.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/493bee38093458c0c12571140029367c/$FILE/G0640313.pdf) (ultima visita 14/02/06).

⁵⁶⁰ *Ibid.*, par. 2.

dall'interferire direttamente o indirettamente nel godimento del diritto. L'obbligo di proteggere impone agli Stati parte di adottare misure che impediscano l'interferenza di soggetti terzi nel godimento del diritto, mentre l'ultima obbligazione richiede agli Stati parte di attivarsi per garantire, facilitare e promuovere il diritto al lavoro⁵⁶¹. Nel Commento generale n. 3 il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali dichiarò che sugli Stati parte dell'ICESCR incombe un'obbligazione imprescindibile di assicurare il soddisfacimento dei livelli minimi essenziali di ciascun diritto contenuto nel Patto. Con riferimento al diritto al lavoro, tale obbligazione imprescindibile include il dovere di assicurare una protezione non discriminatoria e paritaria di tale diritto e quindi: a) assicurare l'accesso all'occupazione, in particolare alle categorie disavvantaggiate e marginalizzate; b) evitare l'adozione di misure che comportino trattamenti discriminatori e ineguali in settori pubblici o privati a svantaggio dei gruppi o degli individui svantaggiati e marginalizzati, o che indeboliscano i meccanismi per la protezione di tali soggetti; c) adottare e implementare una strategia occupazionale nazionale che permetta di affrontare le problematiche di lavoratori e datori di lavoro in modo partecipato e trasparente⁵⁶². Chiarito il contenuto giuridico del diritto è opportuno considerare gli elementi fattuali concernenti la barriera che portarono la Corte a dichiarare la violazione degli articoli 6 e 7 ICESCR. In primo luogo va sottolineato che il livello di disoccupazione nei Territori occupati varia, a seconda delle stime, dal 30 al 50 per cento⁵⁶³. La Banca Mondiale dichiarò che 92.000 palestinesi dall'inizio della seconda *Intifada*, avevano perso il loro lavoro in Israele e nelle colonie Israeliane, mentre altre 105.000 occupazioni erano state perse nel resto dei Territori occupati. In un così precario contesto economico, non è difficile dedurre che la barriera ha notevoli effetti negativi. Le restrizioni al movimento, imposte dalla barriera, influiscono anche sugli spostamenti degli agricoltori e dei lavoratori verso i loro campi, posti dall'altro lato della barriera. Si stima che i lavoratori in queste condizioni siano il 20 per cento della forza lavoro Palestinese, determinando quindi rilevanti danni all'economia dei Territori occupati⁵⁶⁴. B'Tselem individuò 36 comunità palestinesi, la cui popolazione totale ammontava a 72.200

⁵⁶¹ *Ibid.*, par. 22.

⁵⁶² *Ibid.*, par. 31.

⁵⁶³ UN SPECIAL CO-ORDINATOR, *op. cit.*, n.558, p. 14.

⁵⁶⁴ PALESTINIAN ENVIRONMENTAL NGOS NETWORK, *The Apartheid Barrier Campaign: Report No 1*, Gerusalemme novembre 2002, p. 17, disponibile su: <http://www.pengon.org/wall/wall.pdf>. (ultima visita 17/01/06).

persone, che risultavano maggiormente danneggiate dalla separazione dalla terra coltivabile⁵⁶⁵. L'esistenza della barriera, gli orari d'apertura degli accessi poco chiari e le difficoltà per ottenere i permessi per entrare nella *Seam Area*, sono fattori che rendono complicato l'accesso degli agricoltori e dei lavoratori ai terreni posti oltre la barriera. Per portare veicoli o pernottare nella *Seam Area* sono richiesti permessi aggiuntivi che aggravano ulteriormente il raggiungimento delle terre. Un esempio illustrativo di tali restrizioni, preparato dal *Palestinian Centre of Human Rights*, dimostrò che a 70 agricoltori da Jayyous, che attraversarono la barriera il 5 ottobre 2003 per portare il raccolto prelevato nell'altra parte della barriera, venne negato il permesso di ritornare per nove giorni⁵⁶⁶. Ad interi villaggi sono stati concessi permessi per coltivare la terra che riconoscono solo due giorni nell'arco dell'intero anno da trascorrere nei propri terreni dall'altro lato della barriera⁵⁶⁷. La conseguenza di tali limitazioni è il forte declino della produttività agricola e della produzione alimentare, dal momento che le terre, i campi e i raccolti rimangono incolti. Inoltre la barriera limita l'accesso degli agricoltori palestinesi ai mercati dove possono vendere i loro prodotti. Alcune delle principali città in cui tali prodotti erano venduti, al momento, sono separate dalle zone di produzione dalla barriera. Lo *Humanitarian and Emergency Policy group* dichiarò che la barriera può avere come effetto quello limitare fortemente gli scambi commerciali, di aumentare i costi delle transazioni, ridurre gli investimenti⁵⁶⁸ ed impedire la circolazione dei beni. La barriera ha delle forti ricadute anche su coloro i quali dipendono, direttamente o indirettamente, dal settore agricolo, così come sui lavoratori per cui la libertà di movimento è essenziale per raggiungere il luogo di lavoro. Fu riportato che a Qalqiliya, tra i 600 e 700 esercizi commerciali e imprese, furono costretti a chiudere causa la costruzione della barriera⁵⁶⁹. In aggiunta, altre 110 imprese a Nazlat'Issa e Barta'a

⁵⁶⁵ B'TSELEM, *op. cit.*, n. 32, p. 10.

⁵⁶⁶ TROOP PAUL, *The Reality and Legality of Israel's Wall*, in *Electronic Intifada*, 24 novembre 2003 disponibile su: <http://electronicintifada.net/cgi-bin/artman/exec/view.cgi/7/2207> (ultima visita 17/01/06).

⁵⁶⁷ BROOKS JAMES, *Fence or Machine of War*, in *ZNet*, 17 novembre 2003, disponibile su: www.zmag.org/content/print_article.cfm?itemID=4514§ionID=22 (ultima visita 17/01/06).

⁵⁶⁸ "May severely constrain...commercial exchange, raising transaction costs and dampening investment", REPORT OF THE MISSION TO THE HUMANITARIAN E EMERGENCY POLICY GROUP OF THE LOCAL AID COORDINATION COMMITTEE, *op. cit.*, n. 319, par. 23.

⁵⁶⁹ SPECIAL RAPPOREUR OF THE COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *op. cit.*, n. 292, par.10 e PALESTINIAN INDEPENDENT COMMISSION FOR CITIZENS' RIGHTS, *Creeping Annexation - The Israeli Separation Wall and its Impact on the West Bank*, Special Reports Series (23), giugno 2003, p. 17, disponibile su: <http://www.piccr.org/publications/wall.pdf> (ultima visita 17/01/06).

al-Sharqiya furono distrutte, per permettere la costruzione della barriera⁵⁷⁰. Un sempre maggiore numero di palestinesi è costretto a cercare lavoro al di fuori dei Territori occupati e di Israele stesso, obbligati ad emigrare dalle loro case e villaggi alla ricerca di lavoro altrove. Fu calcolato che tra i 6.000 e 8.000 residenti di Qalqiliya abbandonarono la città per tentare di trovare lavoro⁵⁷¹. Una stima afferma che causa l'edificazione della barriera, approssimativamente, ci sarà una riduzione di 6.500 posti di lavoro, sebbene sia difficile quantificare esattamente delle perdite future⁵⁷². L'aumento della disoccupazione è un aspetto molto sensibile della situazione occupazionale palestinese, in quanto non va dimenticato che una famiglia palestinese è, in media, composta dalle 6 alle 8 persone, se residente nella striscia di Gaza, e da 5/6 persone se residente in Cisgiordania⁵⁷³. Circa il 47 per cento della popolazione della Cisgiordania e di Gaza, poi, ha un'età di 14 anni o inferiore, mentre il 57 per cento ha un'età di 19 anni o meno⁵⁷⁴, e dunque risulta essere estremamente giovane. Il tasso annuale di crescita della popolazione è piuttosto alto, pari al 4.7 per cento in Cisgiordania e al 5.4 per cento nella Striscia di Gaza⁵⁷⁵. La perdita del lavoro interessa, dunque, un'ampia fetta della popolazione palestinese. Dall'analisi di tali dati emerge come il governo israeliano non abbia adempiuto alle obbligazioni derivanti dal diritto al lavoro, così come dichiarate dalla Commissione. In particolare, la costruzione della barriera interferisce con il godimento del diritto riconosciuto alla popolazione palestinese e quindi con l'obbligo di rispetto del diritto al lavoro. Inoltre, si può ritenere che la barriera ed il regime ad essa associato violino gli articoli 6 e 7 ICESCR anche dal punto di vista dell'obbligo incombente sullo Stato parte di garantire una protezione dell'occupazione non discriminatoria e quindi di evitare l'adozione di misure che abbiano come risultato trattamenti discriminatori ed iniqui. In base a quanto appena affermato, appare inoltre difficile sostenere la giustificabilità delle restrizioni imposte al diritto al lavoro da parte della barriera, specialmente considerando il necessario rispetto della proporzionalità della

⁵⁷⁰ PALESTINIAN INDEPENDENT COMMISSION FOR CITIZENS' RIGHTS, *op. cit.*, n. 569, p. 11.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁷² PALESTINIAN ENVIRONMENTAL NGOS NETWORK REPORT, disponibile su: www.pengon.org/wall/fact-may-2003.pdf (ultima visita 17/01/06).

⁵⁷³ UN DEVELOPMENT PROGRAM, *Programme of Assistance to the Palestinian People*, disponibile su: <http://www.papp.undp.org/en/02/index.htm> (ultima visita 17/01/06).

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ *Ibid.*

misura. Alla luce di tali valutazioni, la posizione assunta dalla Corte in merito appare perfettamente condivisibile.

Ulteriori disposizioni ritenute violate dalla Corte sono l'articolo 10, riguardante la protezione della famiglia, che si collega a quanto affermato in tema nell'ICCPR⁵⁷⁶, e l'articolo 11, concernente la garanzia di un adeguato standard di vita⁵⁷⁷. Tale ultimo articolo riconosce il diritto a ciascun individuo ad un adeguato livello di vita che includa alimentazione, vestiario ed alloggio adeguati, nonché al miglioramento continuo delle proprie condizioni di vita. E' inoltre sancito il dovere incombente sugli Stati Parte, di garantire la libertà dalla fame, anche attraverso il miglioramento dei metodi di produzione, conservazione e distribuzione delle derrate alimentari, in modo da ottenere l'accrescimento e l'utilizzazione più efficaci delle risorse naturali. La giurisprudenza del Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha chiarito che un peggioramento generale delle condizioni di vita e di abitazione, direttamente attribuibile alle decisioni politiche e legislative prese dagli Stati Parte e in assenza di misure compensative, è incompatibile con le obbligazioni derivanti dal Patto⁵⁷⁸. Proprio in ragione di tale affermazione, la barriera appare essere una misura incompatibile con il dettato dell'articolo 11 ICESCR. La barriera, infatti, ha pesantemente colpito lo standard di vita di molti palestinesi, interferendo in diversi aspetti della vita quotidiana, dalla libertà di movimento ai diritti proprietari, alla salute, le abitazioni, l'educazione e l'occupazione. A tale proposito, la Banca Mondiale aveva previsto le gravi conseguenze sull'economia palestinese che la barriera avrebbe determinato, causa la forte

⁵⁷⁶ Vedi *supra*, p. 121.

⁵⁷⁷ Articolo 11 ICESCR: "1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.

2. The States Parties to the present Covenant, recognizing the fundamental right of everyone to be free from hunger, shall take, individually and through international co-operation, the measures, including specific programmes, which are needed:

(a) To improve methods of production, conservation and distribution of food by making full use of technical and scientific knowledge, by disseminating knowledge of the principles of nutrition and by developing or reforming agrarian systems in such a way as to achieve the most efficient development and utilization of natural resources;

(b) Taking into account the problems of both food-importing and food-exporting countries, to ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to need."

⁵⁷⁸ UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment n. 4, 1991, UN Doc E/1992/23, par 11.

dipendenza dal mercato del lavoro israeliano e l'inaccessibilità di terre coltivabili e acqua⁵⁷⁹. La barriera influisce negativamente anche sulla distribuzione dei minimi servizi sociali e dell'assistenza medica⁵⁸⁰. Essa inoltre incide su stili di vita già precari, in cui il 67.6 per cento delle famiglie vive al di sotto della soglia di povertà⁵⁸¹, dove quasi 2.5 milioni di persone vivono con meno di 2 US\$ al giorno⁵⁸² e la disoccupazione si attesta attorno al 50 per cento⁵⁸³. La gravità della situazione sicuramente non viene alleviata dalla costruzione della barriera che determina invece un inasprimento delle problematiche socio-economiche dei Territori occupati, a netto sfavore delle condizioni di vita del popolo palestinese. Inoltre, i diversi fattori riguardanti la confisca e la distruzione di terreni agricoli, le limitazioni imposte al lavoro agricolo, agli accessi all'acqua ed ai mercati, combinandosi assieme, danno vita ad un serio aggravamento dei problemi attinenti alla sicurezza alimentare. Il *World Food Program* dichiarò che la costruzione della barriera in Cisgiordania aveva generato 25.000 nuovi riceventi assistenza alimentare⁵⁸⁴, in aggiunta alle centinaia di migliaia già dipendenti dall'assistenza alimentare⁵⁸⁵. Il diritto ad un'abitazione inoltre, è essenziale alla realizzazione di un adeguato standard di vita, dal momento che esso coinvolge tematiche riguardanti l'occupazione, l'educazione, la salute e la vita culturale⁵⁸⁶. Israele dichiarò che, durante la prima fase di costruzione della barriera, non fu distrutta alcuna casa⁵⁸⁷. Al contrario B'Tselem riportò che furono emanati almeno 280 ordini di demolizione⁵⁸⁸, riguardanti comunità vicine alla barriera, apparentemente sulla base della mancanza di permessi di costruzione. Molti palestinesi sono costretti, direttamente o indirettamente, a lasciare le proprie abitazioni, a seguito degli effetti che la barriera ha sull'occupazione l'accesso al cibo. L'abbattimento di case per la costruzione della barriera è parte di una più ampia e sistematica pratica adottata da Israele nei

⁵⁷⁹ REPORT OF THE MISSION TO THE HUMANITARIAN E EMERGENCY POLICY GROUP OF THE LOCAL AID COORDINATION COMMITTEE, *op. cit.*, n.319, par. 10-11.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, par. 37-40 e B'TSELEM REPORT, *op. cit.*, n. 32.

⁵⁸¹ HUMAN DEVELOPMENT REPORT, *Human Development Indicators, West Bank and Gaza Strip*, 2004, p. 61, disponibile su: <http://home.birzeit.edu/dsp/research/publications/2005/ch2.pdf> (ultima visita 17/01/06).

⁵⁸² UN DEVELOPMENT PROGRAM, *op. cit.*, n. 573.

⁵⁸³ UN SPECIAL CO-ORDINATOR, *op. cit.*, n. 558, p.5 e HUMAN DEVELOPMENT REPORT, *op. cit.*, n. 581, p. 59.

⁵⁸⁴ REPORT DEL SECRETARY-GENERAL, *op. cit.*, n. 2, par 25.

⁵⁸⁵ UN SPECIAL CO-ORDINATOR, *op. cit.*, n. 558, p. 3.

⁵⁸⁶ UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *op. cit.*, n. 578, par. 1.

⁵⁸⁷ ISRAELI MINISTRY OF DEFENCE, *Facts and Figures*, 13 agosto 2003, disponibile su: www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/news.htm (ultima visita 17/01/06).

⁵⁸⁸ B'TSELEM REPORT, *op. cit.*, n. 31, p. 26.

Territori occupati che aumenta la precarietà del diritto ad un’abitazione. L’UNRWA⁵⁸⁹ dichiarò che alla fine del 2004, 721 abitazioni erano state abbattute da Israele unicamente nella Striscia di Gaza, creando 1.123 famiglie senza tetto⁵⁹⁰. Anche nel caso del diritto sancito dall’articolo 11 gli elementi fattuali sembrano comprovarne la violazione. Il giudizio della Corte appare quindi ragionevole, anche se carente, come già affermato in precedenza, di argomentazioni a suo sostegno.

La Corte affermò l’esistenza di una violazione anche dell’art. 12 concernente il diritto alla salute.⁵⁹¹ La norma riconosce il diritto di ogni individuo a godere delle migliori condizioni di salute fisica e mentale che sia in grado di conseguire. Il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha affermato che il diritto alla salute coinvolge un ampio spettro di fattori socio-economici, i quali promuovono le condizioni nelle quali gli individui possono condurre una vita salutare, e ha esteso tale diritto a tutti gli aspetti inerenti alla salute, come il cibo e la nutrizione, l’abitazione, l’accesso alla sicurezza e all’acqua potabile e ad un’igiene adeguata, alla sicurezza delle condizioni di lavoro, e ad un ambiente salubre⁵⁹². Il diritto alla salute è fondamentale per garantire il rispetto degli altri diritti umani ed a sua volta dipende dalla realizzazione degli altri diritti. Perciò le restrizioni precedentemente evidenziate, imposte al diritto al lavoro e ad un adeguato standard di vita, di alimentazione e di abitazione possono direttamente influire sul peggioramento della salute della popolazione sottoposta a tali limitazioni, in particolar modo per quanto riguarda i soggetti più deboli quali madri, bambini ed anziani. Il diritto alla salute include il diritto all’accesso alle strutture sanitarie equo e non discriminatorio⁵⁹³ e non è derogabile in caso di emergenza pubblica⁵⁹⁴. La barriera determina una serie di conseguenze negative legate al diritto alla salute, quali la riduzione o

⁵⁸⁹ United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East.

⁵⁹⁰ UNRWA REPORT, 1 luglio 2004 - 30 giugno 2005, UN Doc.A/60/13 Suppl. n. 13, p. 51, disponibile su: <http://www.un.org/unrwa/publications/pdf/comgen-report2005.pdf> (ultima visita 17/01/06).

⁵⁹¹ Articolo 12 ICESCR: “1.The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.

2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for:

(a) The provision for the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child;

(b) The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene;

(c) The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases;

(d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness.”

⁵⁹² UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment n. 14, 2000, UN Doc E/C.12/2000/4, par. 4.

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ *Ibid.*, par. 47.

il venir meno della possibilità di accesso alle strutture sanitarie, i ritardi o l'impossibilità di raggiungere personale medico in caso di emergenza e le difficoltà nel movimento del materiale sanitario e dei professionisti sanitari⁵⁹⁵. L'ufficio Centrale di Statistica palestinese dichiarò che la barriera aveva già separato ben 30 località, isolandole dai servizi sanitari⁵⁹⁶. Anche in tale frangente è condivisibile l'affermazione della Corte circa la violazione da parte della barriera del diritto alla salute della popolazione residente nei Territori occupati, essendo innegabile il venir meno di alcune delle garanzie offerte dal disposto dell'articolo 12 ICESCR e tenendo a mente che tale diritto è classificato come inderogabile, e quindi pienamente valido anche in situazioni di emergenza pubblica.

Un ultimo elemento preso in considerazione dalla Corte attiene il diritto all'educazione, sancito dagli articoli 13 e 14 dell'ICESCR. Ai sensi dell'articolo 13 l'istruzione deve mirare al pieno sviluppo della personalità umana e del senso della sua dignità e rafforzare il rispetto per i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali⁵⁹⁷. L'articolo 14 invece prescrive l'obbligo a carico degli

⁵⁹⁵ UNRWA REPORT, *op. cit.*, n. 590, p. 25.

⁵⁹⁶ REPORT DEL SECRETARY-GENERAL, *op. cit.*, n. 2, par. 23.

⁵⁹⁷ Articolo 13 ICESCR:” 1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to education. They agree that education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of its dignity, and shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms. They further agree that education shall enable all persons to participate effectively in a free society, promote understanding, tolerance and friendship among all nations and all racial, ethnic or religious groups, and further the activities of the United Nations for the maintenance of peace.

2. The States Parties to the present Covenant recognize that, with a view to achieving the full realization of this right:

(a) Primary education shall be compulsory and available free to all;

(b) Secondary education in its different forms, including technical and vocational secondary education, shall be made generally available and accessible to all by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;

(c) Higher education shall be made equally accessible to all, on the basis of capacity, by every appropriate means, and in particular by the progressive introduction of free education;

(d) Fundamental education shall be encouraged or intensified as far as possible for those persons who have not received or completed the whole period of their primary education;

(e) The development of a system of schools at all levels shall be actively pursued, an adequate fellowship system shall be established, and the material conditions of teaching staff shall be continuously improved.

3. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to choose for their children schools, other than those established by the public authorities, which conform to such minimum educational standards as may be laid down or approved by the State and to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

4. No part of this article shall be construed so as to interfere with the liberty of individuals and bodies to establish and direct educational institutions, subject always to the observance of the principles set forth in paragraph 1 of this article and to the requirement that the education given in such institutions shall conform to such minimum standards as may be laid down by the State.”

Stati Parte, di garantire un'istruzione primaria obbligatoria e gratuita⁵⁹⁸. Gli Stati devono assicurare l'accesso all'istruzione, senza discriminazioni a nessun livello ed in particolare per i più vulnerabili⁵⁹⁹. Il diritto all'educazione è indispensabile alla realizzazione degli altri diritti⁶⁰⁰. Gli Stati devono continuamente migliorare le condizioni materiali del personale docente⁶⁰¹, dal momento che l'insegnamento ha un effetto diretto sulla qualità dell'educazione⁶⁰². Al riguardo il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha dichiarato che *“there is a strong presumption of impermissibility of any retrogressive measures taken in relation to the right to education.”*⁶⁰³ Qualsiasi misura regressiva deve essere *“fully justified”* e può essere adottata esclusivamente a seguito di un'attenta valutazione di tutte le alternative possibili.⁶⁰⁴ Gli Stati devono anche evitare quelle misure che possano ostacolare o impedire il godimento del diritto e adottare azioni positive che assistano gli individui e le comunità nell'esercizio di tale diritto⁶⁰⁵. La barriera ha influito notevolmente sul diritto all'educazione, in particolare per ciò che concerne l'accessibilità fisica e le condizioni di lavoro del personale docente. L'Ufficio di Statistica palestinese riportò che la barriera aveva separato 22 località dagli istituti scolastici⁶⁰⁶. L'UNICEF riportò che almeno 1300 scuole erano state distrutte da coprifuochi, assedi e chiusure dell'area⁶⁰⁷. L'UNRWA dichiarò che le loro attività educative in Cisgiordania e Gaza erano notevolmente limitate dall'imposizione di coprifuochi, limitazioni nella circolazione e negazioni del passaggio ai *checkpoints*⁶⁰⁸. E' facile quindi constatare come Israele sia venuto meno ai propri obblighi di tutela scolastica nei confronti degli studenti palestinesi non intervenendo a garantire un accesso libero all'istruzione. Qualora

⁵⁹⁸ Articolo 14 ICESCR: “Each State Party to the present Covenant which, at the time of becoming a Party, has not been able to secure in its metropolitan territory or other territories under its jurisdiction compulsory primary education, free of charge, undertakes, within two years, to work out and adopt a detailed plan of action for the progressive implementation, within a reasonable number of years, to be fixed in the plan, of the principle of compulsory education free of charge for all.”

⁵⁹⁹ UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment n. 13, 1999, UN Doc E/C.12/1999/10, par. 1.

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ ICESCR, Articolo 13(2)(e).

⁶⁰² UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *op. cit.*, n. 599, par. 27.

⁶⁰³ *Ibid.*, par. 45.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.*, par. 47.

⁶⁰⁶ REPORT DEL SECRETARY-GENERAL, *op. cit.*, n. 2, par. 23.

⁶⁰⁷ UNICEF, *At a glance: occupied Palestinian Territory*, disponibile su: <http://www.unicef.org/infobycountry/oPt.html> (ultima visita 17/01/06).

⁶⁰⁸ UNRWA Report, *op. cit.*, n. 590, p. 55.

invece, Israele fosse riuscito a conciliare la costruzione della barriera con le garanzie previste dagli articoli 13 e 14 ICESCR, il suo comportamento non avrebbe potuto dirsi inadempiente per ciò che concerne le obbligazioni derivanti da tali articoli. È inoltre opportuno sottolineare che data la forte presunzione di inammissibilità espressa dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturali circa l'adozione di misure regressive in tale materia, Israele avrebbe dovuto fornire delle prove che attestassero l'attenta considerazione di misure alternative e la piena giustificabilità di quelle adottate alla luce del massimo utilizzo delle risorse a sua disposizione. Questi elementi però non sono stati forniti nel corso del procedimento, ancorché trattandosi di un'opinione consultiva Israele non fosse tenuto a farlo, né tantomeno rientrano nelle dichiarazioni pubbliche e formali effettuate dai rappresentanti israeliani consultabili della Corte. Ciò è peraltro comprensibile se si considera la netta opposizione di Israele all'applicabilità degli strumenti in tema di diritti umani⁶⁰⁹.

La Corte poi espresse una posizione generale in merito alle limitazioni imposte al godimento dei diritti sociali, culturali ed economici e ne dichiarò l'incompatibilità con il perseguimento del benessere generale in una società democratica⁶¹⁰, come sancito nell'articolo 4 dell'ICESCR⁶¹¹:

Per quanto riguarda le violazioni della ICRC, infine, la Corte internazionale di Giustizia menzionò alcune norme concernenti le materie analizzate dall'ICESCR e dell'ICCPR, quali quelle in merito allo stile di vita, all'educazione e alla salute, che nella Convenzione venivano trattate con particolare riguardo alla situazione infantile⁶¹². Le disposizioni richiamate sono l'articolo 16, in materia di tutela della vita privata, l'articolo 24 riguardante il diritto alla salute, l'articolo 26, concernente la tutela della sicurezza sociale e l'articolo 28, in tema di diritto all'educazione.

Per tali ragioni la Corte dichiarò che la costruzione della barriera costituiva una violazione degli obblighi posti a carico degli Stati, derivanti dalla disciplina in materia di diritti umani applicabile al caso di specie⁶¹³. In particolare la Corte riscontrò la violazione del diritto a non essere

⁶⁰⁹ Vedi *supra*, n. 476.

⁶¹⁰ *Ibid.*

⁶¹¹ Articolo 4 ICESCR: "The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society."

⁶¹² [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* advisory opinion](#), 9 luglio 2004, par. 131.

⁶¹³ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* advisory opinion](#), 9 luglio 2004, par. 137.

soggetti ad interferenze arbitrarie o illegittime nella propria vita familiare (articolo 17 ICCPR) e del diritto alla libertà di movimento, sancito dall'articolo 12 ICCPR. Con riguardo a tale ultima disposizione la Corte considerò l'eventuale legittimità delle restrizioni derivanti dalla costruzione della barriera, ma giunse a negare la sussistenza dei requisiti di proporzionalità e di minor intrusività richiesti affinché una restrizione possa dirsi legittima. Poi dichiarò che la barriera impediva l'esercizio da parte della popolazione palestinese del diritto al lavoro, alla salute, all'educazione ed a un adeguato standard di vita, così come proclamati dall'ICESCR e dall'ICRC. Infine sottolineò la mancata corrispondenza tra le limitazioni imposte ai diritti contenuti nell'ICESCR e lo scopo di promozione del benessere in una società democratica, stabilito dall'articolo 4 ICESCR.

3.5 La costruzione della barriera alla luce del diritto alla legittima difesa

3.5.1 Il concetto di legittima difesa nel diritto internazionale: caratteristiche e presupposti.

Chiarita la sussistenza di numerose violazioni del diritto umanitario ed in tema di diritti umani derivanti dalla costruzione della barriera, la Corte affrontò la tematica della sussistenza di possibili cause di giustificazione, *in primis* la legittima difesa, per l'illegittimità della barriera e le violazioni da essa discendenti.

Il mantenimento dell'ordine pubblico è uno dei compiti essenziali di qualsiasi sistema giuridico, sia esso nazionale o internazionale.⁶¹⁴ All'interno del sistema delle Nazioni Unite tale funzione si fonda sulle disposizioni contenute nell'articolo 2 (3)⁶¹⁵ e (4)⁶¹⁶ della Carta delle Nazioni Unite e nel loro fondamentale corollario, l'articolo 51⁶¹⁷. Le garanzie offerte dal combinato disposto di tali articoli riguardano però soltanto il mantenimento di un "*minimum public order*", ovvero la protezione di interessi primari quali la libertà dall'aggressione e il diritto alla legittima difesa come sanzione, mentre quello che viene definito come "*optimum order*" si concretizza in un ambiente consensuale e non discriminatorio nel quale tutti gli individui possano realizzare i propri interessi e i propri valori.⁶¹⁸ Ciò nonostante entrambe le tipologie di ordine pubblico sono necessarie alla realizzazione della pace⁶¹⁹, per come essa è intesa nel sistema delle Nazioni Unite⁶²⁰. L'articolo 2 (3) e (4) della Carta delle Nazioni Unite, codificando in parte il preesistente diritto

⁶¹⁴ MALLISON THOMAS E MALLISON SALLY, *op. cit.*, n. 282, p. 291.

⁶¹⁵ Articolo 2 (3) Carte Nazioni Unite: "The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles.

3. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered."

⁶¹⁶ Articolo 2(4) Carta Nazioni Unite: "All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations."

⁶¹⁷ Articolo 51 Carta Nazioni Unite: "Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security."

⁶¹⁸ MC DOUGAL MYRES S. E FELICIANO FLORENTINO, *op. cit.*, n. 355, p. xxvii-xxviii.

⁶¹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰ KACZOROWSKA, ALINA, *op. cit.*, n. 51, p. 384 e RANDELZHOFFER, in SIMMA, *The Charter of United Nations: a commentary*, vol. 1, Oxford, 2002, p. 789.

consuetudinario⁶²¹, vieta il ricorso alla forza da parte degli Stati per dirimere le controversie tra essi intercorrenti. Qualsiasi utilizzo della forza al di fuori dei propri confini è incompatibile con il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e con lo sviluppo di relazioni amichevoli tra gli Stati⁶²².

La Corte di Giustizia avallò un'interpretazione piuttosto ampia del contenuto dell'articolo 2 (3) e (4) nel *Corfu Channel Case* ove rigettò le affermazioni della Gran Bretagna di non aver minacciato né l'integrità territoriale né l'indipendenza politica dell'Albania, la quale in tale occasione non subì alcuna perdita territoriale né alcuna violazione della propria indipendenza politica. In quella circostanza la Corte dichiarò che il divieto di uso della forza non copriva unicamente le operazioni su larga scala che minacciavano l'integrità territoriale o l'indipendenza politica, ma bensì tutti gli usi della forza, dal momento che erano contrari agli obiettivi delle Nazioni Unite⁶²³. Nel successivo *Nicaragua Case*, la Corte, dichiarando che la disciplina contenuta nell'articolo 2 (4) era parte dello *jus cogens* e dunque trovava applicazione nei confronti di qualsiasi Stato a prescindere dall'appartenenza alle Nazioni Unite, affermò che tale articolo veniva in rilievo unicamente nel caso di ricorso alla forza nelle relazioni internazionali nei confronti di altri Stati, e non riguardava il legittimo diritto all'utilizzo della forza nella repressione dei disordini interni⁶²⁴.

Se si esclude la possibilità di un intervento del Consiglio di Sicurezza ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, l'unica eccezione al divieto dell'uso della forza armata nelle relazioni internazionali è la sussistenza di una situazione che giustifichi la legittima difesa, individuale o collettiva, prevista dall'articolo 51. Sussiste quindi tra articolo 2 (4) e articolo 51 una forte correlazione che però non si esaurisce in un'identità di ambito di applicazione, nel senso che

⁶²¹ RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p.117.

⁶²² Articolo 1 Carta Nazioni Unite: "The Purposes of the United Nations are:

1.To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace;

2.To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace."

⁶²³ *Corfu Channel Case: United Kingdom v. Albania (Merits)*, 15 dicembre 1949, ICJ Reports 4 1949, par. 35, dove la Corte sottolinea inoltre che anche delle lesioni temporanee della integrità territoriale o dell'indipendenza politica di un altro Stato, costituivano una violazione dell'articolo 2(4) della Carta delle Nazioni Unite.

⁶²⁴ *Nicaragua Case: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, 27 giugno 1986, ICJ Reports 14 1986.

non a tutti i ricorsi alla forza armata contrari all'articolo 2 (4) è possibile reagire in legittima difesa⁶²⁵. La diversa ampiezza delle due disposizioni è resa evidente anche dall'utilizzo di differenti espressioni, nello specifico, attacco armato nell'articolo 51 e minaccia o utilizzo della forza, nell'articolo 2 (4). Tenendo a mente che la legittima difesa viene classificata dall'articolo 51 come un diritto e dunque in quanto tale è rinunciabile⁶²⁶, la diversità di linguaggio dei due articoli sopra citati può indurre a ritenere che fino al momento in cui si verifica un attacco armato agli Stati sia richiesto di non ricorrere alla legittima difesa. In ragione della posizione di preminenza rivestita dal Consiglio di Sicurezza nel sistema di difesa collettiva delle Nazioni Unite⁶²⁷, allo Stato colpito dall'utilizzo della forza di un altro Stato che non raggiunga l'intensità dell'attacco armato, è richiesto rivolgersi al Consiglio per qualificare la violazione dell'articolo 2 (4) come una rottura della pace. In tal caso potranno essere adottate le misure previste ai sensi degli articoli 41 e 42 della Carta delle Nazioni Unite⁶²⁸. Unicamente quando l'uso della forza è ascrivibile ad un attacco armato lo Stato colpito può legittimamente ricorrere alla legittima difesa. Anche in tale caso, però, lo Stato colpito vede limitata la propria autorità sotto diversi aspetti. *In primis* deve sussistere una necessità attuale, e non meramente presunta o fittizia, per ricorrere all'uso della forza in legittima difesa⁶²⁹. La necessità, in tali circostanze, è tradizionalmente interpretata in senso restrittivo per evitare il crearsi di una concezione di legittima difesa illimitata che potrebbe fornire la copertura formale ad atti di aggressione⁶³⁰. Se tale requisito è soddisfatto e quindi la situazione rende necessario il ricorso alla legittima difesa, quest'ultima deve conformarsi al rispetto del principio di proporzionalità⁶³¹ e, perciò, la reazione dello Stato colpito deve essere proporzionale al carattere e alla tipologia dell'attacco armato⁶³². Ciò porta a concludere che i mezzi impiegati per difendersi debbano essere strettamente necessari a respingere l'attacco, ma il principio di proporzionalità non richiede che le armi utilizzate in legittima difesa debbano essere esattamente comparabili a quelle

⁶²⁵ RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 790.

⁶²⁶ DINSTEIN YORAM, *War, aggression and Self-Defence*, Cambridge, 2001, pp. 161-163.

⁶²⁷ CONFORTI BENEDETTO, *op. cit.*, n. 56, p. 177.

⁶²⁸ RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 790.

⁶²⁹ MALLISON THOMAS E MALLISON SALLY, *op. cit.*, n. 282, pp. 296-297.

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ Sulla diversa nozione di proporzionalità nel diritto umanitario e con riguardo alla legittima difesa vedi VENTURINI GABRIELLA, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare i diritto internazionale*, Milano, 1988, pp. 33, 160-165.

⁶³² *Ibid.*, RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 790 e KACZOROWSKA, ALINA, *op. cit.*, n. 51, p. 400.

utilizzate per l'attacco⁶³³. I principi di proporzionalità e necessità, benché non siano espressamente menzionati dall'articolo 51, risultano di estrema importanza per la disciplina del diritto alla legittima difesa e, secondo la dottrina maggioritaria, ogni ricorso alla legittima difesa vi è soggetto⁶³⁴. Di conseguenza, un'azione di legittima difesa conforme al diritto internazionale si limita alla repressione di un attacco armato e non intraprende misure punitive o di rappresaglia. Da ultimo lo Stato che agisce in legittima difesa deve darne immediatamente comunicazione al Consiglio di Sicurezza ed è obbligato a porre fine alle proprie operazioni militari qualora il Consiglio adotti delle misure necessarie al mantenimento della pace internazionale.⁶³⁵ Tale requisito è la prova del fatto che la legittima difesa prevista dall'articolo 51 è intesa come una misura sussidiaria,⁶³⁶ ma l'inattività manifestata per lungo tempo dal Consiglio di Sicurezza circa l'esercizio delle sue specifiche funzioni in materia ha determinato l'invocazione della legittima difesa come base giuridica regolare e non eccezionale. Di conseguenza, il dovere di notifica e quello di interruzione delle misure difensive sono rimasti a lungo privi di rilevanza pratica⁶³⁷.

L'articolo 51 descrive la legittima difesa come un *inherent right*, locuzione traducibile in italiano come diritto naturale e parallelamente in francese come *droit naturel*. La scelta di questa definizione sembra rimandare al concetto di diritto naturale settecentesco, ma ciò appare tuttavia ingiustificato⁶³⁸. Si potrebbe sostenere che il diritto alla legittima difesa è *inherent* non nel senso dello *jus naturale*, ma bensì in quanto connaturato alla sovranità degli Stati. Anche da questo punto di vista, però, la giustificazione non sembra plausibile, dal momento che la sovranità degli Stati è un concetto dal contenuto variabile in funzione del livello di sviluppo del sistema giuridico internazionale nei diversi momenti storici⁶³⁹. Appare al contrario, plausibile l'interpretazione offerta dalla Corte nel *Nicaragua Case* ove attribuì all'aggettivo *inherent* un valore connesso al diritto consuetudinario⁶⁴⁰. Secondo l'opinione della Corte i redattori della Carta delle Nazioni Unite,

⁶³³ RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 805.

⁶³⁴ *Ibid* e MALLISON THOMAS E MALLISON SALLY, *op. cit.*, n. 282, p. 294, GRAY CHRISTINE, *International law and the use of force by States*, Oxford, 2004, p. 120, dove si afferma che: "as part of the basic core of self-defence, all States agree that self-defence must be necessary and proportionate."

⁶³⁵ RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 790.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 804.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ DINSTEIN YORAM, *op. cit.*, n. 626, p. 163.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 164.

⁶⁴⁰ *Nicaragua Case*, *supra* n. 624, par. 94.

consapevoli dell'esistenza del diritto alla legittima difesa nelle norme consuetudinarie, volevano semplicemente dare rilievo a tale preesistenza. Il fatto che la legittima difesa esista sia nel diritto consuetudinario sia nel diritto dei trattati non significa però che il concetto abbia la stessa valenza in entrambi i settori. Alcuni autori, infatti, sostengono che il concetto di legittima difesa presente nel diritto consuetudinario sia più ampio rispetto a quello enunciato nel diritto pattizio e, in particolare, ritengono che a livello consuetudinario sia ammesso il ricorso alla legittima difesa preventiva, ossia anticipatoria rispetto all'avverarsi di un attacco armato⁶⁴¹. Tali autori affermano che la legittima difesa preventiva sarebbe una misura legittima nel rispetto delle condizioni dichiarate nel *Caroline Case*⁶⁴², ossia "*the necessity of that self-defence is instant, overwhelming and leaving no choice of means, and no moment for deliberation.*".

Il ricorso alla legittima difesa di fonte consuetudinaria non conduce però all'ampliamento del diritto contenuto nell'articolo 51⁶⁴³, dal momento la dottrina maggioritaria ritiene che l'articolo 51 stesso abbia influenzato il contenuto della legittima difesa consuetudinaria⁶⁴⁴. La nozione di legittima difesa preventiva risulta palesemente in contrasto con l'articolo 51, il quale fa espresso riferimento alla situazione in cui "*an armed attack occurs*". Inoltre tale tesi mal si coniuga con l'oggetto e lo scopo del concetto di legittima difesa, il quale si sostanzia nella riduzione al minimo dell'utilizzo unilaterale della forza nelle relazioni internazionali⁶⁴⁵. Dato che la presunta imminenza di un attacco armato non potrebbe essere valutata con l'impiego di mezzi obiettivi, qualsiasi decisione sul punto finirebbe per essere lasciata alla totale discrezionalità dello Stato interessato. In tal senso il rischio di un abuso di tale discrezionalità mina, di fatto, la necessaria interpretazione restrittiva del concetto di legittima difesa. Ne deriva che l'articolo 51 deve essere letto come proibitivo della legittima difesa preventiva⁶⁴⁶. Si noti al riguardo che l'utilizzo stesso della locuzione attacco armato è volutamente limitativo dell'oggetto della legittima difesa, poiché i

⁶⁴¹ MALLISON THOMAS E MALLISON SALLY, *op. cit.*, n. 282, pp. 297, SINGH NAGENDRA E MCWHINNEY EDWARD, *Nuclear weapons and contemporary international law*, Dordrecht, 1989, p. 87, KACZOROWSKA, ALINA, *op. cit.*, n. 51, p. 397, OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW, *Peace*, vol. 1, 9° ed., 1992, p. 421 dove definisce la legittima difesa preventiva "normally unlawful" ma "not necessarily unlawful in all circumstances".

⁶⁴² *Caroline Case*, 1837, BFSP 1137-1138.

⁶⁴³ RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 803.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, pp. 792-793.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 803.

⁶⁴⁶ *Ibid.* e DINSTEIN YORAM, *op. cit.*, n. 626, p. 166.

redattori della Carta preferirono questa espressione al più ampio termine aggressione, peraltro utilizzato altrove nel documento⁶⁴⁷.

La legittima difesa è dunque ammissibile unicamente quando un attacco armato è già stato sferrato. Inoltre è importante ricordare che la locuzione “*when an armed attack occurs*” volge a favore della tesi per cui la legittima difesa può essere esercitata unicamente nell’immediatezza di un attacco armato⁶⁴⁸. Qualora l’attacco sia cessato e non vi sia il fondato pericolo di ulteriori attacchi, il diritto alla legittima difesa si è esaurito⁶⁴⁹. La tesi della disciplina della legittima difesa contenuta nell’articolo 51 come esclusiva, fu confermata dalla Corte di Giustizia nel *Nicaragua Case*, ove si affermò che l’esistenza di un attacco armato è *conditio sine qua non* all’esercizio legittimo del diritto di legittima difesa individuale e collettiva⁶⁵⁰. Avendo la Corte, sottolineato nella medesima questione, il nesso sussistente tra legittima difesa pattizia e consuetudinaria attraverso la qualifica di *inherent*, si deduce che la Corte considerò, per quanto attiene il requisito dell’attacco armato, il diritto alla legittima difesa consuetudinario coincidente con il medesimo concetto stabilito nell’articolo 51 della Carta⁶⁵¹.

La nozione di attacco armato rappresenta dunque un concetto chiave per l’analisi del diritto alla legittima difesa. La locuzione “attacco armato”, come affermato in precedenza⁶⁵², non è

⁶⁴⁷ Nel contesto degli scopi delle Nazioni Unite, articolo 1(1), della sicurezza collettiva, articolo 39 e degli accordi regionali 53(1).

⁶⁴⁸ Se però, l’attacco in questione consiste in una serie di successivi attacchi, il requisito dell’immediatezza diventa assai problematico. Sul punto, vi è una teoria, definita dell’accumulazione degli eventi (*Accumulation-of-events theory*), la quale sostiene che nel caso in cui uno Stato subisca una serie di attacchi terroristici, ognuno dei quali di lieve intensità e dagli effetti modesti, la legittimità del ricorso alla legittima difesa deve essere valutato considerando la serie di attacchi come un tutt’uno. Se la serie di attacchi è ininterrotta e coerente, in opposizione ad un insieme di incidenti sporadici, la teoria dell’accumulazione degli eventi sostiene che ciò consiste in un continuato attacco allo Stato. Di conseguenza, non è necessario dimostrare l’imminenza di un ulteriore attacco per agire legalmente in legittima difesa. Nel *Oil Platforms Case* gli Stati Uniti invocarono un simile argomento per giustificare il loro attacco del 19 ottobre 1987, sul Reshadat Complex in risposta all’attacco missilistico a Sea Isle City. Gli USA dichiararono che quello fu “only the latest in a series of unlawful armed attacks by Iranian forces against United States”. *Islamic Republic of Iran v. United States of America*, ICJ Reports 2003, par. 48. Nel rigettare tale argomento, la Corte di Giustizia manifestò una certa apertura nei confronti della tesi degli eventi accumulate, in quanto dichiarò che “even taking cumulatively,.....these incidents do not seem to the Court to constitute an armed attack on the United States.”, *Ibid.*, par. 64. In generale sulla dottrina dell’accumulazione degli eventi, vedi GREENWOOD CRISTOPHER, *International law and the United States’ air operation against Libya*, in *West Virginia Law Review*, 1987, vol. 89.

⁶⁴⁹ KIRSTEN SCHMALENBACH, *The Right of Self-Defence and The “War on Terrorism” One Year after September 11*, in *German Law Journal*, 2002, vol. 3, n. 9, par. 11.

⁶⁵⁰ *Nicaragua Case*, *supra*, n. 624, p. 110, par. 211.

⁶⁵¹ RANDELZHOFFER, in *SIMMA*, *op. cit.*, n. 620, p. 793.

⁶⁵² Vedi *supra*, p. 138.

equivalente al concetto di aggressione, ma nonostante questo i due concetti sono strettamente connessi, e ciò risulta evidente nella traduzione francese di attacco armato (*agression armée*). La Carta delle Nazioni Unite richiama entrambi i concetti senza però, delimitarli specificatamente e, dunque, per tale ragione, si è cercato di delineare una definizione di questi termini fin dal 1950, prima all'interno dell'ILC e poi attraverso quattro comitati speciali dell'Assemblea Generale. Tale compito fu portato a termine con l'adozione da parte dell'Assemblea Generale della risoluzione 3314, del 14 dicembre 1974, avente ad oggetto appunto, la Definizione di Aggressione⁶⁵³. La problematica di comprendere il significato del termine attacco armato, però, non trovò piena soddisfazione nella risoluzione 3314, la quale si presta meglio a definire il concetto di aggressione contenuto nell'articolo 39 piuttosto che quello di attacco armato di cui all'articolo 51. Ciò è reso evidente dalle affermazioni contenute nel Preambolo ai paragrafi 3 e 4, così come nell'articolo 6, secondo le quali la definizione non contiene alcuna disciplina in merito alla legittima difesa in risposta ad un attacco armato⁶⁵⁴. Inoltre la volontà di non comprendere l'attacco armato nella definizione di aggressione è messa in luce anche dai lavori preparatori della Definizione, dai quali emerge la posizione di diversi Stati, tra cui in particolare Stati Uniti, Regno Unito, Unione Sovietica e Giappone, a favore di una differenziazione dei concetti⁶⁵⁵.

Ne deriva comunque che, benché sussista una certa incertezza nella definizione di attacco armato, è comunque possibile affermare che esso ha ad oggetto un contenuto più ristretto della nozione di aggressione⁶⁵⁶. La Definizione di Aggressione risulta quindi poco adatta per definire l'attacco armato, mentre non priva di aspetti illuminanti è la decisione nel *Nicaragua Case*, ove la

⁶⁵³ Risoluzione assemblea Generale, n. 3314, 14 dicembre 1974, 2319° incontro plenario, disponibile su: <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/739/16/IMG/NR073916.pdf?OpenElement> (ultimo accesso 25/01/06).

⁶⁵⁴ Par. 3 Preambolo: "calls upon all States to refrain from all acts of aggression and other uses of force contrary to the Charter of United Nations and to the Declaration of Principles of International Law concerning Friendly relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of United Nations"; Par. 4 Preambolo: "calls the attention of the Security Council on the Definition of Aggression, as set out below, and recommends that it should, as appropriate take account of that Definition, as guidance in determining, in accordance with the Charter, the existence of an act of aggression"; Articolo 6 della Definizione di Aggressione: "Nothing in this definitions shall be construed as in any way enlarging or diminishing the scope of the Charter, including including its provision concerning cases in which the use of force is lawful".

⁶⁵⁵ Cfr. dichiarazioni fatte dal rappresentante USA (UN. Doc A/AC.134/SC.113, SC.105 p. 17 e SC.108 p.43), dal Regno Unito (UN. Doc A/AC.134/SC.113) dai rappresentanti Giapponesi (UN. Doc A/AC.134/SC.112) e dall'Unione Sovietica (UN. Doc A/AC.134/SC.105, p. 16).

⁶⁵⁶ RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 795.

Corte di Giustizia affermò che “*there appears now to be general agreement on the nature of the acts which can be treated as constituting armed attacks.*”⁶⁵⁷ E’ bene, infatti, sottolineare che ancorché un attacco armato presupponga sempre una violazione dell’articolo 2 (4) della Carta, non è vero il contrario, e dunque non tutte tali violazioni della pace costituiscono un attacco armato. Un attacco armato può dirsi esistente solo qualora la forza sia impiegata su larga scala e comporti degli effetti sostanziali⁶⁵⁸. In tal senso, la Corte dichiarò nel *Nicaragua Case* che gli incidenti frontalieri, come l’incursione di una forza armata addetta al pattugliamento nel territorio di un altro Stato, possono rientrare nell’uso della forza in violazione dell’articolo 2 (4), ma non costituiscono un attacco armato ai sensi dell’articolo 51, in ragione della loro differente gravità⁶⁵⁹. Lo Corte dichiarò comunque che uno Stato soggetto all’uso della forza armata da parte di un altro Stato, che però non varca la soglia dell’attacco armato, è comunque legittimato a ricorrere a delle contromisure. La Corte non indicò, però, in tale occasione quali contromisure sarebbero state legittime⁶⁶⁰.

Nonostante non vi sia perfetta corrispondenza tra il concetto di aggressione e quello di attacco armato, la Definizione contenuta nella risoluzione dell’Assemblea Generale può in ogni caso offrire indicazioni utili all’interpretazione della locuzione “attacco armato”⁶⁶¹. L’articolo 3 della Definizione di Aggressione contiene una lista di circostanze in cui si manifesta un atto di aggressione, la maggior parte delle quali, a specifiche condizioni, possono essere utilizzate per definire anche il concetto di attacco armato⁶⁶². Per esempio, gli atti di invasione o attacco da parte delle forze armate di uno Stato nel territorio di un altro Stato⁶⁶³, così come l’utilizzo di armi oltre la frontiera o il bombardamento del territorio straniero⁶⁶⁴, rappresentano i classici casi di attacco armato, se si manifestano su larga scala e determinano degli effetti rilevanti tali da non essere considerati dei meri incidenti frontalieri. Queste ipotesi rispecchiano il tradizionale concetto di

⁶⁵⁷ *Nicaragua Case*, *supra*, n. 624, p. 103, par. 195.

⁶⁵⁸ RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 796.

⁶⁵⁹ *Nicaragua Case*, *supra*, n. 624, p. 103, par. 195, ove si afferma che: “The Court sees no reasons to deny that, in customary law, the prohibition of armed attacks may apply to the sending by a State of armed bands to the territory of another State, if such an operation, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident had it been carried out by regular armed forces.”

⁶⁶⁰ *Nicaragua Case*, *supra*, n. 624, p. 110, par. 210.

⁶⁶¹ RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 796.

⁶⁶² Per un’analisi generale della questione vedi RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, pp. 796-802.

⁶⁶³ Vedi articolo 3(a) della Definizione di Aggressione.

⁶⁶⁴ Vedi articolo 3(b) della Definizione di Aggressione.

legittima difesa in risposta ad un attacco armato proveniente da uno Stato⁶⁶⁵. Vi sono tuttavia ipotesi di utilizzo della forza armata in cui uno Stato non agisce direttamente, bensì è coinvolto solo indirettamente. In materia di attribuzione di un atto o di un'omissione ad uno Stato, la regola principale è quella secondo la quale la condotta degli organi di uno Stato che agiscono in veste ufficiale è attribuibile allo Stato di cui sono parte. Sono considerati organi di uno Stato tutti i soggetti che adempiono ad una funzione legislativa, esecutiva o giudiziaria all'interno di uno Stato.⁶⁶⁶ Le difficoltà sorgono qualora si debba attribuire una condotta eseguita da una persona che manca di un'investitura ufficiale da parte dello Stato, ma che agisce comunque in un rapporto di connessione con lo Stato. Sul punto, vengono in rilievo l'uso della forza da parte di gruppi militari non ufficiali e il coinvolgimento dello Stato nella loro attività.

L'articolo 3 (g) della Definizione di Aggressione⁶⁶⁷ fu interamente richiamato dalla Corte di Giustizia nel *Nicaragua Case* e ne fu in tale occasione dichiarato il valore consuetudinario⁶⁶⁸. La Corte non ritenne sussistente alcuna ragione per negare che la proibizione di un attacco armato si applicasse anche all'invio da parte di uno Stato di bande armate sul territorio di un altro Stato. La condizione posta era che tale operazione, in ragione della sua ampiezza e dei suoi effetti, qualora fosse stata eseguita da forze armate regolari, sarebbe potuta essere classificata come un attacco armato piuttosto che un mero incidente frontaliero⁶⁶⁹. La Corte, nel *Nicaragua Case*, sottolineò l'importanza dell'elemento del controllo da parte dello Stato sulla specifica operazione paramilitare, nel corso della quale erano avvenute le presunte violazioni.⁶⁷⁰ In quella decisione la Corte affermò che benché il concetto di attacco armato includesse l'invio da parte di uno Stato di bande armate nel

⁶⁶⁵ Vedi BROWNIE IAN, *International Law and the Use of Force*, Oxford, 1963, p. 373.

⁶⁶⁶ REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, 23 aprile - 1 giugno e 2 luglio - 10 agosto 2001, A/56/10, disponibile su: <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm> (ultima visita 25/01/06) Articolo 4 del Report sulla Responsabilità degli Stati per Atti Internazionalmente Illegittimi (parte riguardante la responsabilità degli Stati, disponibile su: <http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/english/chp4.pdf> (ultima visita 25/01/06)).

⁶⁶⁷ Articolo 3(g) Definizione di Aggressione: "The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, or its substantial involvement therein."

⁶⁶⁸ Sulla problematica del richiamo dell'articolo 3(g) in toto, comprendendo quindi anche il "coinvolgimento sostanziale", vedi RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 801.

⁶⁶⁹ *Nicaragua Case*, *supra*, n. 621, p. 103, par. 195. Tale posizione sembra ampiamente condivisibile dal momento che, nel caso di invio di bande armate, il legame con lo Stato è sufficientemente stretto e la relazione si avvicina molto a quella degli organi di fatto con lo Stato. Vedi REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666, Articolo 8.

⁶⁷⁰ *Nicaragua Case*, *supra*, n. 624, p. 64, par. 115.

territorio di un altro Stato, la fornitura di armi e altri sostegni a tali bande non poteva essere equiparata ad un attacco armato.⁶⁷¹ In senso conforme, la Corte non ritenne che l'assistenza ai ribelli nelle forme di fornitura di armi o altri supporti logistici raggiungesse il livello di coinvolgimento per poter definire tali attività come un attacco armato⁶⁷². Il giudizio della Corte, sebbene molto discusso all'epoca⁶⁷³, era in linea con la generale ostilità della comunità internazionale nei confronti delle dichiarazioni di Israele⁶⁷⁴ e del Sud Africa⁶⁷⁵, in base alle quali le incursioni oltre le frontiere alla ricerca di terroristi o insorti potevano rientrare entro l'ambito di applicazione dell'articolo 51⁶⁷⁶.

Il giudizio espresso dalla Corte nel *Nicaragua Case* fu rivisto dalla Camera di Appello del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (ICTY), nel caso *Tadic* del 15 luglio del 1999⁶⁷⁷. Citando le affermazioni dell'*US-Mexican Claim Commission*⁶⁷⁸, dell'*Iran-United States Claim Tribunal*⁶⁷⁹ e della Corte europea di diritti dell'uomo⁶⁸⁰, il Tribunale per la ex Jugoslavia dichiarò che il diritto internazionale per ricondurre l'operato di gruppi militari o paramilitari ad uno Stato, non richiedeva lo stesso livello di controllo statale necessario al fine di classificare gli

⁶⁷¹ *Ibid.*, par. 126-127.

⁶⁷² *Ibid.*, par. 104.

⁶⁷³ Vedi ad esempio il dissenso espresso dal giudice Schwebel, p. 348-352, par. 174-181, nel *Nicaragua Case*, disponibile su: http://www.icj-cij.org/icjwww/icasen/inus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627_jurisdiction_dissenting_Schwebel.pdf (ultima visita 25/01/06), HIGGINS ROSALYN, *Problems and Process International Law and How We Use It*, New York, 1994, pp. 250-251, ROSTOW EUGENE, *Disputes Involving the Inherent Right to Self-Defense*, in DAMROSCH LORI. FISLER (ED.), *The International Court of Justice at Crossroads*, New York, 1987, p. 264.

⁶⁷⁴ Cfr. ad esempio, SCOR, 36th year, 2292nd mtg, 17 luglio 1981, UN Doc. S/PV.2292, p. 5, par. 54: "under international law, if a State is unwilling or unable to prevent the use of its territory to attack another State, that latter State is entitled to take all necessary measures in its own defence" (Mr. Blum, rappresentante di Israele). Per maggiori dettagli vedi ALEXANDROV STANIMIR, *Self-Defense against the Use of Force in International Law*, The Hague, 1996, p. 174.

⁶⁷⁵ Vedi per esempio UNYB 1981, p. 217, UNYB 1980, p. 263, vedi inoltre ALEXANDROV STANIMIR, *op. cit.*, n. 674, p. 180, KÜHN RICK, *Terrorism and the Right of Self-Defence*, in *African Yearbook International Law*, 1980, p. 42.

⁶⁷⁶ Vedi GRAY CHRISTINE., *op. cit.*, n. 634, pp. 160 e ss.

⁶⁷⁷ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Appeals Chamber, Judgment, 15 luglio 1999, *Prosecutor v. Tadic*, par. 115, ove si dichiara che: "The 'effective control' test enunciated by the International Court of Justice was regarded as correct and upheld by Trial Chamber II in the Judgement. The Appeals Chamber, with respect, does not hold the *Nicaragua* test to be persuasive." disponibile su: <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/index.htm> (ultima visita 25/01/06).

⁶⁷⁸ *United States v. Mexico (Stephens Case)*, Report of International Arbitral Awards, Vol. 4, pp. 266-267, *Ibid.*, par. 125.

⁶⁷⁹ *Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 17 Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, 1987, vol. 4, p. 92, *Ibid.*, par. 126.

⁶⁸⁰ *Loizidou v. Turkey (Merits)*, Judgment, 18 dicembre 1996, par. 63, ECHR Reports of Judgements and Decisions 1996 VI, p. 2216-2235.

individui come organi di fatto. Per poter attribuire le attività di un gruppo militare o paramilitare ad uno Stato, doveva essere provato che lo Stato esercitava un totale controllo sul gruppo, non solo attraverso attività di equipaggiamento e finanziamento, ma anche coordinando o contribuendo nella generale pianificazione delle sue attività militari. Unicamente in tali casi lo Stato poteva essere ritenuto internazionalmente responsabile per la condotta illegittima del gruppo⁶⁸¹. Al contrario se uno Stato semplicemente era a conoscenza dell'esistenza o tollerava la condotta di individui privati, l'attribuzione di tale condotta allo Stato non poteva trovare giustificazione nel diritto internazionale⁶⁸². L'ILC criticò la posizione sostenuta dal Tribunale penale per la *ex* Jugoslavia, e ciò risulta evidente negli Articoli sulla Responsabilità degli Stati, stilati dalla stessa commissione⁶⁸³, ma né l'ILC né l'ICTY nel caso *Tadic* misero in discussione l'assunto sul quale il *Nicaragua Case* si fondava⁶⁸⁴, ossia il fatto che la legittima difesa potesse essere esercitata unicamente contro attacchi armati che fossero commessi da Stati, o imputabili ad uno Stato in ragione della sua influenza nel controllo dei responsabili degli attacchi⁶⁸⁵.

Tale interpretazione restrittiva ha peraltro cominciato a perdere adesioni nel mondo della letteratura giuridica⁶⁸⁶. Per quanto riguarda la pratica internazionale, poi, un certo numero di Stati dalla fine degli anni novanta cominciò ad avallare la tesi di un'interpretazione estensiva del concetto di legittima difesa, inizialmente sostenuta unicamente da Israele e Sud Africa. Tra gli Stati che dichiararono di aver esercitato o di avere il diritto di esercitare la legittima difesa contro attacchi armati sferrati da soggetti non statali, anche qualora la loro condotta non fosse attribuibile ad un

⁶⁸¹ ICTY, *supra* n.677, par. 131, confermato da ICTY Appeals Chamber, Judgment, Prosecutor v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (Aka "Pavo"), Hazim Delic And Esad Landžo(Aka "Zenga") (*Celebici Case*), 20 Febbraio 2001, par. 13 e ss, disponibile su: <http://www.un.org/icty/celebici/appeal/judgement/index.htm> (ultima visita 25/01/06).

⁶⁸² REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666, Articolo 11.

⁶⁸³ Cfr. *Ibid.*, par. 8 del commento esplicativo sull'articolo 8.

⁶⁸⁴ Per osservazioni circa l'opportunità di evitare un conflitto tra il caso *Tadic* e il *Nicaragua Case* vedi la Separate Opinion del giudice Shahabuddeen nel caso *Tadic*, par. 17-24, disponibile su: <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/tad-asj000126e.pdf> (ultima visita 25/01/06).

⁶⁸⁵ Vedi Separate Opinion del giudice Kooijamans nel caso sulla costruzione della barriera, nella quale afferma che: "The traditional understanding [...] had been the generally accepted interpretation for more than 50 years", par. 35, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 25/01/06).

⁶⁸⁶ Si veda ad esempio STAHN CARSTEN, "*Nicaragua is Dead, Long Live Nicaragua*" – *the Right to Self-defence Under Art. 51 UN-Charter and International Terrorism* in C. WALTER ET AL.(EDS), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlino, 2004, p. 827, CASSESE ANTONIO, *Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2001, vol. 12, issue 5, p. 993, FRANK THOMAS, *Terrorism and the right of self-defence*, in *AJIL*, 2001, vol. 95, issue 4, p. 840, e MURPHY D. SEAN, *Self defence and Israel wall advisory opinion: an ipse dixit from the ICJ ?*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, p. 64.

altro Stato secondo i principi del *Nicaragua* o del *Tadic Case*, figurano l'Iran⁶⁸⁷, la Russia, e gli Stati Uniti⁶⁸⁸, mentre Israele mantenne semplicemente la propria posizione favorevole⁶⁸⁹.

Gli sviluppi più recenti della materia rimandano a quanto successo l'11 settembre del 2001 a New York e alla conseguente reazione della comunità internazionale che parve confermare la possibilità di agire in legittima difesa contro un attacco non attribuibile ad un altro Stato. In particolare, tale sviluppo del diritto alla legittima difesa sembra derivare principalmente da due risoluzioni del Consiglio di Sicurezza, la 1368 e la 1373⁶⁹⁰. Tali risoluzioni, però, per quanto concerne la disciplina della legittima difesa sono estremamente ambigue e contraddittorie⁶⁹¹. In particolare, dopo aver ribadito nel preambolo il diritto alla legittima difesa collettiva e individuale, nel primo paragrafo operativo, la risoluzione 1368 definisce quanto avvenuto l'11 settembre come una minaccia alla pace internazionale e quindi non un attacco armato che possa giustificare l'azione in legittima difesa. Riferimenti alla minaccia alla pace e alla legittima difesa sono contenuti anche nella risoluzione 1373. Come Cassese ha osservato, sembrerebbe che nel giro di pochi giorni praticamente tutti gli Stati (tutti i membri del Consiglio di Sicurezza, tutti i membri della NATO diversi da quelli presenti in Consiglio di Sicurezza, e tutti quelli che non opposero obiezioni in merito al ricorso all'articolo 51) siano giunti alla conclusione di assimilare un attacco terroristico compiuto da un'organizzazione terroristica ad un attacco armato compiuto da uno Stato, permettendo così alle vittime dell'attacco di ricorrere alla legittima difesa⁶⁹². Sicuramente la risposta della comunità internazionale agli attacchi terroristici ha modificato il tradizionale approccio nei confronti dell'articolo 51, aggiungendo "*a complete new element*",⁶⁹³ ma appare prematuro affermare che l'articolo 51 non richieda più come requisito alcun coinvolgimento di uno

⁶⁸⁷ Cfr. UN Doc. S/1999/781, dove l'Iran giustificò la propria incursione oltre il confine in Iraq, mirante a reprimere il movimento MKO.

⁶⁸⁸ Cfr. UN Doc. S/1998/780, per l'invocazione dell'articolo 51 da parte degli USA allo scopo di bombardare le basi di Al Qaeda in Sudan e Afghanistan. Per ulteriori dettagli vedi LOBEL JULES, *The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan*, in *Yale Journal of International Law*, 1999, vol. 24, p. 537.

⁶⁸⁹ Cfr. UN Doc. S/7887, p. 4, per l'invocazione da parte di Israele della legittima difesa al fine di giustificare i raids antiterroristici in Siria, avvenuti nell'ottobre 2003. Per un'analisi della reazione internazionale vedi GRAY CHRISTINE, *op. cit.*, n. 634, p. 174-175.

⁶⁹⁰ S/Res/1368(2001), 12 settembre 2001 e S/Res/1373(2001), 28 settembre 2001, entrambe adottate all'unanimità, disponibili su: <http://www.un.org/Docs/scres/2001/sc2001.htm> (ultima visita 25/01/06).

⁶⁹¹ CASSESE ANTONIO, *op. cit.*, n. 686, p. 996.

⁶⁹² *Ibid.*, pp. 996-997.

⁶⁹³ Separate Opinion del giudice Kooijamans, par. 35.

Stato⁶⁹⁴ e possa essere invocato contro qualsiasi attacco armato, indipendentemente dalle caratteristiche del soggetto attaccante⁶⁹⁵. Tale affermazione è sostenibile soprattutto se si considera che questa nuova lettura dell'articolo 51 non offre spiegazioni del perché nel reagire contro un attacco sferrato da attori non statali, si possa interferire e ledere la sovranità territoriale dello Stato ospitante tali soggetti⁶⁹⁶. Ciò che si può affermare con certezza è che l'elaborazione tradizionale del concetto di legittima difesa, enunciata nel *Nicaragua Case*, non è più generalmente accettata⁶⁹⁷. La pratica internazionale degli Stati, dalla fine degli anni '90, tende verso un'interpretazione più liberale, secondo la quale la legittima difesa include anche l'adozione di misure implicanti l'uso della forza dirette contro organizzazioni terroristiche operanti sul territorio di un altro Stato. Ciò implicherebbe uno standard di imputabilità più rigido in ragione del quale gli Stati che offrono rifugio a organizzazioni terroristiche nel proprio territorio sarebbero degli obbiettivi legittimi di atti militari in legittima difesa.

3.5.2 L'ammissibilità del ricorso alla legittima difesa come causa di giustificazione per l'edificazione della barriera nei Territori palestinesi occupati.

Appurato il contenuto giuridico del diritto alla legittima difesa e le sue recenti evoluzioni, è necessario esaminare se tale concetto possa venire legittimamente invocato da Israele per giustificare la costruzione della barriera nei Territori palestinesi occupati.

Quando nel 1943-1944 il *London Committee (the Informal Inter-Allied Committee)* discusse il futuro della nascente Corte Internazionale di Giustizia, si adoperò affinché si evitasse qualsiasi politicizzazione della Corte. Una delle principali preoccupazioni era la necessità di escludere tutte le possibili strumentalizzazioni della Corte nel caso dovesse affrontare delle questioni di natura

⁶⁹⁴ *Contra*, MURPHY D. SEAN, *op. cit.*, n. 686, p. 64.

⁶⁹⁵ TAMS CHRISTIAN J., *Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case*, in *European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, issue 5, par. 3B.

⁶⁹⁶ DELBRÜCK JOST, *The Fight Against Global Terrorism: Self-Defense or Collective Security as International Police Action?*, in *German Yearbook of International Law*, 2001, vol. 44, issue 9, pp. 18 e ss..

⁶⁹⁷ Vedi Separate Opinion del giudice Kooijamans, par. 35.

prettamente politica.⁶⁹⁸ Nei sessanta anni successivi la pubblicazione del rapporto del Comitato, tale preoccupazione fu ampiamente ripresa, soprattutto in relazione a quella materia che è comunemente considerata come la più politicizzata, ossia il tema dell'uso della forza nelle relazioni internazionali. Stati coinvolti in controversie internazionali così come commentatori dichiararono che le questioni coinvolgenti l'uso della forza tra Stati erano generalmente al di fuori della giurisdizione della Corte⁶⁹⁹, che la Corte non si trovava in una posizione favorevole per dirigere dei conflitti in atto e quindi non doveva esercitare la sua giurisdizione su tali questioni⁷⁰⁰, oppure che i conflitti armati ricadevano entro l'esclusiva giurisdizione degli organi politici⁷⁰¹. Altri, in maniera più cauta, affermarono che il contributo principale nella soluzione pacifica delle controversie che la Corte era in grado di offrire riguardava i settori tecnici (e dunque non politici) del diritto internazionale, mentre non poteva affrontare in modo appropriato le questioni politiche⁷⁰². E' però significativo porre in evidenza il fatto che né in passato, né nella sua giurisprudenza più recente la Corte ha tentato di evitare di pronunciarsi su controversie che implicavano l'analisi dell'uso della forza da parte degli Stati⁷⁰³. Di conseguenza, la maggior parte della disciplina in merito all'uso della

⁶⁹⁸ Sul lavoro del Committee vedi MARTSON GEOFFREY, *The London Committee and the Statute of the International Court of Justice*, in LOWE VAUGHAN E FITZMAURICE MALGOSIA (EDS.), *Fifty years of the International Court of Justice*, Cambridge, 1996, p. 40.

⁶⁹⁹ Vedi ad esempio l'argomentazione dell'Iran, nell'*Hostage Case* (ICJ Reports 3, 1980) p. 8, par. 10, dove si afferma che: "that the Hostage crisis represented only a marginal and secondary aspect of an overall problem..., which involves 25 years of continual interference by the United States in the internal affairs of Iran ... and numerous crimes perpetrated against the Iranian people, contrary to... all international and humanitarian norms". Per un commento vedi GREENWOOD CRISTOPHER, *The International Court of Justice and the Use of Force*, in LOWE VAUGHAN E FITZMAURICE MALGOSIA (EDS.), *Fifty years of the International Court of Justice*, Cambridge, 1996, pp. 373, 374-375.

⁷⁰⁰ Vedi in particolare la sesta obiezione preliminare della Nigeria nel *Land and Maritime Boundary case*, 25 marzo 1999, ICJ Reports 275 1999, pp. 317-319, par. 95-102; analogamente la quarta obiezione preliminare degli Stati Uniti nel *Nicaragua Case* (Jurisdiction and Admissibility), affrontata nei paragrafi 99-101 della sentenza della Corte, ICJ Report 392, 1984, par. 436-438. Per un'analisi di questi e altri casi vedi GRAY CHRISTINE, *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, vol. 14, p. 867.

⁷⁰¹ Vedi *Nicaragua case*, *supra*, n. 624, pp. 431-436, par. 89-98, e pp. 438-441, par. 102-108 (seconda, terza e quinta obiezione preliminare degli Stati Uniti), e vedi inoltre il *Land and Maritime Boundary case*, *supra*, n. 700, pp. 304-309, par. 61-73 (terza obiezione preliminare della Nigeria).

⁷⁰² Vedi ad esempio, C. DE VISSCHER, *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton, 1957, pp. 331-332, CHAYES ABRAM, *A Common Lawyer Looks at International Law*, in *Harvard Law Review*, 1965, vol. 78, p. 1409, BAXTER ROBERT, *The International Court of Justice: Introduction*, in *Virginia Journal of International Law*, 1971, vol. 11, p. 292, e inoltre SUGIHARA TAKANE, *The Judicial Function of the International Court of Justice with Respect to Disputes Involving Highly Political Issues*, in A.S. MULLER ET AL.(EDS), *The International Court of Justice. Its Future after Fifty Years*, The Hague, 1997, p. 117.

⁷⁰³ Vedi GRAY CHRISTINE, *op. cit.*, n. 700. Il caso del Cameroun (Nigeria Case ICJ Reports 303, 2002) può essere considerato un'eccezione. In tale circostanza la Corte non affrontò le argomentazioni delle parti fondate sulle presunte

forza nelle relazioni interstatali è il prodotto dell'interpretazione ed applicazione delle norme consuetudinarie e della Carta delle Nazioni Unite operate dalla Corte di Giustizia. Inoltre, è bene sottolineare che non vi fu nemmeno una reale riluttanza da parte degli Stati a sottoporre all'attenzione della Corte le questioni coinvolgenti elementi controversi, come l'uso della forza⁷⁰⁴. Fin dall'inizio della sua attività, e sempre di più attorno alla fine degli anni novanta, gli Stati presentarono alla Corte questioni riguardanti, direttamente o indirettamente, la materia. Nel primo caso di giurisprudenza contenziosa, il *Corfu Channel Case*, la Corte colse l'opportunità di sottolineare il divieto assoluto di utilizzo della forza⁷⁰⁵. Nel 1986, l'uso della forza rappresentò il punto nodale di un altro controverso giudizio della Corte, il *Nicaragua Case*, dove essa chiarì il significato della norma di carattere consuetudinario implicante la proibizione dell'uso della forza, adottando un'interpretazione restrittiva del concetto di attacco armato⁷⁰⁶ e optando per un'altrettanto ristretta lettura della "*private force*"⁷⁰⁷. Recentemente nell'*Oil Platforms Case* la Corte dichiarò di voler enunciare la propria posizione circa i limiti giuridici dell'utilizzo della forza armata, in un momento in cui tali limiti si trovavano sottoposti ad un'enorme pressione⁷⁰⁸. Dati questi precedenti e presupposti, non stupisce che la Corte nell'opinione sulla barriera, colse l'occasione per pronunciarsi sulla legittima difesa, peraltro invocata da Israele.

Nell'ottobre 2003, il rappresentante permanente di Israele alle Nazioni Unite fornì delle spiegazioni all'Assemblea Generale circa il perchè Israele stesse costruendo una barriera di centinaia di chilometri, situata prevalentemente nei Territori occupati. Tra le altre cose l'ambasciatore Dan Gillerman dichiarò:

violazioni dell'articolo 2(4) della Carta delle Nazioni Unite. Sul punto vedi GRAY CHRISTINE, *op. cit.*, n. 700, pp. 882-884.

⁷⁰⁴ GRAY CHRISTINE, *op. cit.*, n. 700, p. 904.

⁷⁰⁵ Vedi *supra*, p. 137.

⁷⁰⁶ Vedi *supra*, p. 137.

⁷⁰⁷ *Nicaragua Case*, *supra*, n. 624, p. 64-65, par. 115 e p. 104, par. 195.

⁷⁰⁸ Vedi Separate Opinion del giudice Simma nel *Oil Platform Case*, p. 1. L'approccio della Corte in tale caso fu duramente criticato in quanto non lo si riteneva necessario per decidere la controversia, e andava oltre il *petitum* dell'Iran. Vedi sul punto, Separate Opinion del giudice Kooijmans, par. 29, Separate Opinion del giudice Buergenthal, par. 13-14, Separate Opinion del giudice Owada, par. 14 e ss, tutte disponibili su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iop/iopframe.htm> (ultima visita 25/01/06).

*“A security fence has proven itself to be one of the most effective non-violent methods for preventing terrorism in the heart of civilian areas. The fence is a measure wholly consistent with the right of States to self-defence enshrined in article 51 of the Charter. International law and Security Council resolutions, including resolution 1368(2001) and 1373(2001), have clearly recognized the right of States to use force in self-defence against terrorist attacks, and therefore surely recognize the right to use non-forcible measures to that end.”*⁷⁰⁹

La Corte affrontò la questione della legittima difesa, dopo aver dichiarato che la costruzione della barriera costituiva un'azione non conforme a diversi obblighi giuridici derivanti dagli strumenti normativi internazionali cui Israele era vincolato⁷¹⁰. Di conseguenza, l'aspetto della legittima difesa fu analizzato dalla Corte in quanto circostanza che avrebbe potuto impedire l'illegittimità degli atti compiuti da Israele. Come il giudice Buergenthal osservò⁷¹¹, la natura scriminante della legittima difesa fu riconosciuta dall'articolo 21 degli Articoli sulla Responsabilità degli Stati per gli Atti Internazionalmente Illegittimi, stilati dall'ILC⁷¹². Tale articolo infatti prevede che l'illegittimità di un atto di uno Stato venga meno qualora l'atto costituisca una giustificata misura di legittima difesa, adottata in conformità alla Carta delle Nazioni Unite⁷¹³.

Nel paragrafo 139 dell'opinione, la Corte rigettò l'applicabilità della legittima difesa al caso in oggetto in maniera piuttosto decisa e succinta. Richiamando quanto disposto dall'articolo 51 della Carta, essa sostenne che tale disposizione riconosceva un *“inherent right of self-defence”* nel caso di un attacco armato da parte di uno Stato nei confronti di un altro Stato. La Corte sottolineò che Israele non aveva dichiarato che gli attacchi nei suoi confronti erano imputabili ad un altro Stato. Israele esercitava, inoltre, il controllo sui Territori palestinesi occupati e aveva affermato che la minaccia contro la quale la barriera veniva edificata proveniva proprio da tali territori. La Corte sostenne che ciò portava a concludere che la situazione nel caso specifico era differente da quella

⁷⁰⁹ UN.Doc. A/ES-10/PV.21, p. 6.

⁷¹⁰ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 138.

⁷¹¹ Vedi Declaration del giudice Buergenthal, par. 4, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 25/01/06).

⁷¹² REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666.

⁷¹³ REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666, Articolo 21: “The wrongfulness of an act of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations.”

contemplata dalle risoluzioni 1368 e 1373, e quindi Israele non poteva invocarle per sostenere la tesi dell'azione in legittima difesa. La Corte perciò concluse che l'articolo 51 era irrilevante⁷¹⁴.

Nei *Written Statements* presentati alla Corte, numerosi Stati riconobbero il diritto di Israele di proteggere i propri cittadini⁷¹⁵ e ciò fu avallato dalla Corte, la quale riconobbe che Israele doveva fronteggiare molteplici indiscriminati e mortali atti di violenza contro la propria popolazione civile, ed aveva il diritto ed il dovere di reagire al fine di proteggere la vita dei propri cittadini. Le misure che Israele era legittimato ad intraprendere, dovevano ciò nonostante, risultare conformi al diritto internazionale⁷¹⁶. In questo senso, il riconoscimento da parte della Corte del diritto di uno Stato di difendere i propri cittadini non equivale né implica necessariamente il ricorso alla legittima difesa. Così come non tutti gli usi della forza non possono essere considerati attacchi armati, anche le misure adottate come reazione devono essere differenziate a seconda delle situazioni⁷¹⁷. Tuttavia, è opportuno mettere in evidenza che nessuno dei *Written Statements* posti all'attenzione della Corte, affrontò nello specifico la questione della legittima difesa, nonostante supportassero la pretesa di Israele di costruire la barriera agendo proprio in legittima difesa⁷¹⁸. Le considerazioni della Corte su tale materia portano ad esaminare quattro diversi aspetti della questione: in primo luogo la provenienza di un attacco armato da un altro Stato, in secondo luogo la

⁷¹⁴ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 139.

⁷¹⁵ Vedi ad esempio i seguenti *Written Statements* presentati alla Corte: *Written Statement* del Canada (29 gennaio 2004), *Statement* del Governo della Repubblica Federale della Germania, pp. 5-6 (gennaio 2004), *Statement* del Governo dell'Irlanda p. 2, par. 1.4 (gennaio 2004), *Written Statement* della Malaysia, pp. 52-53, par. 148-149 (30 gennaio 2004), *Statement* del Governo del Regno dei Paesi Bassi, pp. 3-4, par. 8 (30 gennaio 2004), *Written Statement* della Palestina, p. 100, par. 226 (30 gennaio 2004), *Written Statement* della Repubblica del Senegal, p. 2 (n.d.), *Written Statement* della Repubblica del Sud Africa, p. 17, par. 43 (30 gennaio 2004). Una posizione analoga fu espressa nel *Written Statement* dell'Unione Europea, del 30 gennaio 2004, alla quale si allinearono gli Stati di Cipro, della Repubblica Ceca, dell'Estonia, della Lettonia, della Lituania, dell'Ungheria, di Malta, della Polonia, della Slovacchia e della Slovenia.

⁷¹⁶ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 141.

⁷¹⁷ Vedi *supra* p. 137.

⁷¹⁸ La tematica della legittima difesa venne affrontata espressamente dal *Legal Memorandum* presentato dalla Repubblica Araba d'Egitto, p. 39 (gennaio 2004), e nei *Written Statement* della Repubblica Francese, pp. 12-13, par. 51 (30 gennaio 2004), *Written Statement* del Libano, p. 9, par. 44 (30 gennaio 2004), *Written Statement* della Malaysia, pp. 52-53, par. 146-151 (30 gennaio 2004), *Written Statement* della Palestina, pp. 232-234, par. 529-534 (30 gennaio 2004), *Written Statement* del Regno dell'Arabia Saudita, pp. 19-21, par. 31-34 (30 gennaio 2004), *Written Statement* del Senegal, p. 2 (n.d.), *Written Statement* della Repubblica del Sud Africa, pp. 12-18, par. 30-34. Fu inoltre considerata nelle udienze orali dalla Palestina, ICJ Doc.CR 2004/1, pp. 44-45 (23 febbraio 2004) (Prof. Georges Abi-Saab), dal Belize, ICJ Doc CR 2004/3, pp. 26-27, par. 40-43 (24 febbraio 2004) (Prof. Jean-Marc Sorel), da Cuba, *ibid.*, p. 40 (Abelardo Moreno Fernandez), dalla Giordania, *ibid.*, p. 56, par. 9 (Sir Arthur Watts), e dalla Lega degli Stati Arabi, ICJ Doc, CR 2004/5, P. 30 (25 febbraio 2004) (Prof. Micheal Bothe).

rilevanza del controllo sui territori dai quali si dichiara provenire l'attacco, in terzo luogo, l'attinenza delle risoluzioni 1368 e 1373 del Consiglio di Sicurezza, ed infine l'estrema brevità della trattazione da parte della Corte.

Per quanto riguarda il primo punto, la Corte, dal testo dell'articolo 51, dedusse che la legittima difesa poteva essere esercitata solamente contro un attacco armato di uno Stato nei confronti di un altro Stato⁷¹⁹. In base alle circostanze del caso, ciò significava che Israele non poteva invocare la legittima difesa, poiché gli attacchi, che avevano origine entro i Territori palestinesi occupati, non erano classificabili come attacchi armati provenienti da un altro Stato. Tale posizione sollevò le critiche del giudice Buergenthal il quale, nella sua *declaration*, osservò che stando al testo dell'articolo 51, la legittima difesa non era dipendente dall'esistenza di un attacco armato da parte di uno Stato⁷²⁰. Così si esprime anche la giudice Higgins, ma lei proseguì osservando che il requisito dell'attacco da parte di uno Stato era un prodotto della decisione della Corte nel *Nicaragua Case*⁷²¹. Sebbene la giudice ammise che ciò doveva essere considerato come “*a statement of the law as it now stands*”, conservò delle riserve circa la ragionevolezza di tale posizione⁷²². Indubbiamente l'approccio della Corte è in linea con il proprio precedente, il *Nicaragua Case*, ma ciò comporta che la trattazione della materia può, ad un'analisi superficiale del Parere, sembrare incoerente con l'operato della comunità internazionale e con le presunte modifiche sostanziali del diritto internazionale dopo l'11 settembre 2001⁷²³. La necessaria imputabilità degli attacchi armati ad uno Stato, per giustificare una reazione in legittima difesa, può apparire anacronistica nel mezzo di una guerra globale al terrorismo⁷²⁴, ma se contestualizzata nella situazione israelo-palestinese, dischiude un significato estremamente attuale. Per riuscire ad apprezzare pienamente la posizione della Corte, è necessario considerare le singole parti del suo

⁷¹⁹ “Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State”, [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) *advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 139.

⁷²⁰ Declaration giudice Buergenthal, par. 6.

⁷²¹ Separate Opinion giudice Higgins, par. 33, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 25/01/06).

⁷²² Per le obiezioni del giudice in merito al *Nicaragua Case* vedi HIGGINS ROSALYN, *op. cit.*, n. 673, pp. 250-251.

⁷²³ Vedi *supra*, p. 151.

⁷²⁴ Vedi il sito della Casa Bianca, USA: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/12/100dayreport.html> (ultima visita 25/01/06) e CLARKE RICHARD, *Storia della prima guerra globale*, in *Corriere della Sera*, 10 luglio 2005, disponibile su: http://www.corriere.it/Primo_Piano/Documento/2005/07_Luglio/11/clarke.shtml (ultima visita 25/01/06).

argomentare non come delle entità a sé stanti, ma bensì all'interno di un discorso generale e strettamente connesse le une alle altre. Per tale ragione, l'affermazione dell'imputabilità ad uno Stato degli attacchi armati va letta in connessione al secondo aspetto preso in considerazione dalla Corte, ovvero il controllo di Israele sui Territori occupati.

La Corte, nel paragrafo 139 del Parere, sottolineò che Israele esercitava un controllo sui Territori palestinesi occupati e che le minacce in ragione delle quali si giustificava la costruzione della barriera, avevano origine proprio all'interno di tali Territori. In tale frangente, la Corte avrebbe potuto essere sicuramente più chiara nello spiegare la relazione tra l'esercizio del controllo sui Territori palestinesi e la legittimità dell'invocazione della legittima difesa, evitando così possibili fraintendimenti. Il giudice Kooijmans correttamente dichiarò che la legittima difesa *"is a rule of international law and thus refers to international phenomena"*⁷²⁵ e tale affermazione, dalla logica stringente, non appare suscettibile di alcuna contestazione dal momento che è indubbio che l'articolo 51 non possa giustificare reazioni contro attacchi armati, qualunque sia la loro gravità, commessi all'interno di uno Stato dai cittadini di quello Stato⁷²⁶. Il vero problema tuttavia è il riconoscimento di quali circostanze rendono un attacco armato sufficientemente internazionale da innescare il diritto alla legittima difesa, contemplato dall'articolo 51 oppure, detto in altri termini, quando un attacco armato diventa un *"international phenomena"*. Il giudice Buergenthal si esprime scetticamente riguardo alla posizione della Corte, in base alla quale Israele non poteva fare ricorso all'articolo 51 dal momento che esercitava il controllo sui Territori occupati. Egli, in particolare, sottolineò che qualunque cosa il termine "controllo" significasse, dati gli attacchi cui Israele era soggetto, i Territori occupati non erano propriamente parte di Israele e dunque ciò dovrebbe giustificare delle misure prese in esercizio del diritto alla legittima difesa⁷²⁷. La giudice Higgins inoltre dichiarò che non riusciva a comprendere la visione della Corte secondo la quale una Potenza occupante perde il diritto a difendere i propri cittadini situati nello Stato, se gli attacchi provengono dai territori occupati, territori che non sono stati annessi e che sono sicuramente "altro" rispetto ad Israele⁷²⁸. Formalmente gli attacchi che hanno origine nei Territori occupati provengono da "fuori"

⁷²⁵ Separate opinion giudice Kooijmans, par. 36.

⁷²⁶ Vedi *supra*, p. 137.

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ Separate Opinion giudice Higgins, par. 34.

Israele, e cioè da un territorio straniero, la qual cosa introduce un elemento di internazionalità alla circostanza. Inoltre, la Corte nel corso di tutto il Parere sottolineò il carattere internazionale delle relazioni israelo-palestinesi, evidenziando per esempio il diritto del popolo palestinese all'autodeterminazione⁷²⁹ e alla partecipazione al procedimento⁷³⁰, o l'applicazione delle norme di diritto internazionale umanitario ai Territori occupati⁷³¹. Sotto questo profilo l'accusa della giudice Higgins di ineguagliabile formalismo⁷³² appare giustificabile, così come la sua incomprendimento, condivisa dal giudice Buergenthal⁷³³, circa il perché la "Palestina" possa essere un'entità sufficientemente internazionale da essere invitata a partecipare al procedimento e da beneficiare della disciplina del diritto internazionale umanitario, ma non possa essere un'entità altrettanto sufficientemente internazionale per rendere applicabile il divieto di attacchi armati agli altri Stati⁷³⁴.

Innanzitutto gli attacchi che si originano in Cisgiordania e nella striscia di Gaza sono classificabili come "*international phenomena*" ed è indubbio che i Territori palestinesi occupati siano giuridicamente distinti da Israele. Ciò nonostante l'affermazione che l'articolo 51 è inapplicabile al caso di specie rimane comunque valida e corretta, ma l'argomento principale a sostegno di tale tesi ha poco a che vedere con il carattere internazionale o meno degli attacchi. Esso attiene in realtà allo *status* dei Territori palestinesi. La stessa Corte di Giustizia affermò altrove nel Parere che tali territori erano occupati, governati dalla disciplina in tema di occupazione⁷³⁵. In senso conforme, l'Alta Corte di Israele dichiarò che l'autorità del comando militare derivava dalla disciplina internazionale in tema di occupazione, in quanto Israele manteneva l'area in una situazione di occupazione bellica⁷³⁶. Il dovere principale di una Potenza d'occupazione è specificato

⁷²⁹ Sul punto vedi *oltre*, par. 3.6.

⁷³⁰ Vedi Ordine del 19 dicembre 2003, [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 118.

⁷³¹ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 101.

⁷³² Separate Opinion giudice Higgins, par. 34.

⁷³³ Declaration del giudice Buergenthal, par. 6.

⁷³⁴ Separate Opinion giudice Higgins, par. 34.

⁷³⁵ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 89-101.

⁷³⁶ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, 30 giugno 2004, par.23 e *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, 15 settembre 2005, par. 14, entrambe disponibili su: <http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/framesetSrch.html> (ultima visita 25/01/06).

nell'articolo 43 RA⁷³⁷, dichiarato da entrambe le Corti, quella israeliana⁷³⁸ e quella internazionale⁷³⁹, applicabile al caso di specie. Tale articolo, che costituisce il fondamento dell'intera disciplina dell'occupazione⁷⁴⁰, impone alla Potenza occupante il dovere di adoperarsi per il governo dei territori occupati e di assicurare il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblici al loro interno.⁷⁴¹ Tale disposizione conferisce dunque la responsabilità del mantenimento dell'ordine, della punizione dei crimini e della protezione delle vite e delle proprietà presenti nei territori che occupa⁷⁴². Di conseguenza, come correttamente evidenziato dal *Written Statement* della Palestina, è necessario impedire una “*impermissible confusion*”⁷⁴³ tra *ius in bello* e *ius ad bellum*, che al contrario devono essere mantenuti separati⁷⁴⁴. L'inapplicabilità della disciplina della legittima difesa, *ius ad bellum*, deriva quindi dalla applicazione *de iure* riconosciuta dalla Corte, della Convenzione di Ginevra e dunque, a prescindere dall'essere “altro” dei Territori palestinesi occupati, gli strumenti di difesa a disposizione della Potenza occupante, in quanto tale, sono quelli

⁷³⁷ Articolo 43 Regolamento dell'Aja: “The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.”

⁷³⁸ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04, 30 giugno 2004, par. 23 e *Mara'abe v. The Prime Minister of Israel*, HCJ 7957/04, 15 settembre 2005, par. 14, entrambe disponibili su: <http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/framesetSrch.html> (ultima visita 25/01/06). Entrambe le Corti ne sottolinearono il carattere consuetudinario.

⁷³⁹ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 89. Anche la Corte di Giustizia ne sottolineò il carattere consuetudinario.

⁷⁴⁰ GASSER HANS PETER, *op. cit.*, n. 323, p. 549.

⁷⁴¹ Una disposizione simile è riscontrabile nell'articolo 64 della Convenzione di Ginevra: “The penal laws of the occupied territory shall remain in force, with the exception that they may be repealed or suspended by the Occupying Power in cases where they constitute a threat to its security or an obstacle to the application of the present Convention. Subject to the latter consideration and to the necessity for ensuring the effective administration of justice, the tribunals of the occupied territory shall continue to function in respect of all offences covered by the said laws.

The Occupying Power may, however, subject the population of the occupied territory to provisions which are essential to enable the Occupying Power to fulfil its obligations under the present Convention, to maintain the orderly government of the territory, and to ensure the security of the Occupying Power, of the members and property of the occupying forces or administration, and likewise of the establishments and lines of communication used by them.”

Inoltre, l'articolo 27(4) della Convenzione di Ginevra riconosce il diritto alle parti in lotta di adottare le misure di controllo e sicurezza necessarie alla tutela delle persone protette: “However, the Parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war.”

⁷⁴² *Hostages Trial: The United States of America vs. Wilhelm List et. al*, 1948, Law Reports of Trial of War Criminals, vol. 8, p. 57, 1949.

⁷⁴³ ICJ Doc CR 2004/3, *supra*, n. 718, pp. 44-45.

⁷⁴⁴ Vedi *Written Statement* della Palestina, par. 534, “The entitlement of States to use force is accommodated and regulated by the law of war, the *jus in bello*. The Fourth Geneva Convention permits forcible measures against civilian population, subject to strict limits. That exhausts the legal rights of an Occupying Power. A State may not use all of its powers under the Fourth Geneva Convention and the Laws of War and then decide that those powers are inadequate and then invoke the more general right of self-defence, which belongs to the *jus ad bellum*.”

previsti dalla disciplina sull'occupazione. Considerando che lo *status* di Cisgiordania e Gaza è stato riconosciuto essere quello di Territori occupati, la possibilità di ricorrere alla legittima difesa si è esaurita dato che si è già fatto uso della forza e quindi la disciplina rilevante è quella del diritto internazionale umanitario, lo *ius in bello*⁷⁴⁵. Le disposizioni in tema di mantenimento dell'ordine pubblico previste dagli strumenti di *ius in bello* disciplinanti il regime di occupazione, determinano il venir meno della rilevanza della disciplina generale concernente il ricorso alla forza contro un attacco armato. L'impossibilità dell'applicazione dello *ius ad bellum* in situazioni di conflitto e di occupazione deriva dall'operare del principio di eguaglianza nel diritto umanitario⁷⁴⁶. Tale principio, infatti, implica che non possano essere utilizzati elementi di *ius ad bellum* per interpretare ed applicare lo *ius in bello*⁷⁴⁷. Proprio perché queste partizioni del diritto riflettono due sfere di competenza differenti, se si consentisse allo *ius ad bellum* di giustificare azioni rientranti nell'ambito di applicazione dello *ius in bello* l'intero sistema del diritto umanitario perderebbe di significato. Ogni soggetto potrebbe invocare la clausola della legittima difesa in contesti come i conflitti armati o l'occupazione bellica per rendere inapplicabile la disciplina del diritto umanitario che, di per sé, è invece del tutto estranea rispetto a considerazioni di legittimità del ricorso alla forza.

Chiarita l'irrilevanza dell'articolo 51, sarebbe stato opportuno che la Corte avesse valutato la legittimità della costruzione della barriera alla luce delle disposizioni di *ius in bello* concernenti il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblici, in modo da offrire utili chiarificazioni riguardo all'estensione e ai limiti dei diritti della Potenza occupante nel corso di un'occupazione prolungata.

La corretta qualificazione dei Territori come altro rispetto ad Israele avrebbe inoltre potuto determinare l'applicazione del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*, ovvero il dovere di ogni Stato di non consentire che il proprio territorio sia utilizzato per atti contrari ai diritti di altri

⁷⁴⁵ SCOBIE IAN, *Words my mother never taught me "In defence of the International Court"*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, p. 84.

⁷⁴⁶ Sulla distinzione tra *ius in bello* e *ius ad bellum* si veda il paragrafo 5 del Preambolo al Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra che recita: "Reaffirming further that the provisions of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and of this Protocol must be fully applied in all circumstances to all persons who are protected by those instruments, without any adverse distinction based on the nature or origin of the armed conflict or on the causes espoused by or attributed to the Parties to the conflicts."

⁷⁴⁷ PERTILE MARCO, *op. cit.*, n. 349, p. 729.

Stati⁷⁴⁸. Qualora l'ANP non riuscisse a esercitare la dovuta diligenza nell'impedire che gli attacchi terroristici, provenienti dal proprio territorio, abbiano luogo, si potrebbe affermare la sua responsabilità internazionale per tale incapacità. L'applicazione di tale principio, però, indubbiamente presuppone la possibilità di controllare il territorio in questione, ossia il diritto di esercitare, escludendo qualsiasi altro Stato, le funzioni di uno Stato⁷⁴⁹. La Palestina non può tuttavia chiamarsi uno Stato, ma piuttosto un territorio occupato al cui interno Israele deve garantire l'ordine. Risulterebbe quindi illogico concludere che Israele possa ricorrere alla legittima difesa per reagire a delle azioni che denotano degli evidenti disordini, per i quali è però internazionalmente responsabile Israele stesso⁷⁵⁰.

Un ultimo elemento connesso allo *status* dei territori sottoposti ad occupazione, attinente al riconoscimento da parte della Corte dell'illegittimità degli insediamenti israeliani, in quanto violazioni dell'articolo 49(6) della Convenzione di Ginevra⁷⁵¹, merita delle considerazioni. La Giordania nel suo *Written Statement* e Arthur Watts, nel corso delle udienze orali, misero in evidenza che la costruzione della barriera non poteva essere giustificata sulla base della legittima difesa a protezione degli insediamenti, dal momento che tali insediamenti erano illegittimi⁷⁵². Israele dichiarò, riferendosi all'Autorità Palestinese, che la considerazione che non era concesso ad una parte ottenere rimedi da un organo giurisdizionale nel caso in cui abbia agito illecitamente derivava dal principio generale secondo il quale nessuno può ottenere vantaggi dai propri errori⁷⁵³. Tale principio, però, è perfettamente applicabile all'atteggiamento tenuto da Israele stesso, quando, in relazione alle parti della barriera che circondano gli insediamenti, dichiara che rappresentano misure adottate in legittima difesa. Dal momento che la barriera è eretta a protezione degli insediamenti, ciò significa che protegge delle situazioni derivanti da comportamenti scorretti per i quali Israele è ritenuto internazionalmente responsabile. La legittima difesa rappresenta una causa

⁷⁴⁸ *Corfu Channel Case*, *supra*, n. 623, p. 22.

⁷⁴⁹ *Island of Palmas (Miangas) Case*, *Netherlands v. United States*, Permanent Court of Arbitration, 1928, Sole Arbitrator: Max Huber, 2 U.N. Rep. Int'l Arbitral Awards 829.

⁷⁵⁰ Vedi SCOBIE IAN, *op. cit.*, n. 745, p. 83.

⁷⁵¹ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 120 e vedi *supra*, p. 68.

⁷⁵² *Written Statemt della Giordania*, p. 144-145, par. 5.283-5.284 e ICJ.Doc CR 2004/3, *op. cit.*, n. 714, p. 57, par. 9.

⁷⁵³ *Written Statement di Israele*, p. 114, par. 9.4 e in generale, pp. 113-114, par. 9.3-9.4.

di giustificazione utilizzata per scriminare comportamenti che sarebbero altrimenti illeciti⁷⁵⁴. Assolvere uno Stato dalla propria responsabilità per un atto illegittimo adottato a causa di un proprio precedente comportamento a sua volta illegittimo determina indubbiamente una circostanza in cui si consente di trarre profitto dai propri errori⁷⁵⁵.

Un ulteriore aspetto considerato dalla Corte nella valutazione della legittima difesa attiene alla rilevanza delle risoluzioni 1368 e 1373, del Consiglio di Sicurezza. Il giudice Buergenthal sottolineò che tali risoluzioni definivano gli atti di terrorismo internazionale come delle minacce alla pace ed alla sicurezza internazionale, e, per tale ragione, riaffermando il diritto alla legittima difesa collettiva e individuale risultavano rilevanti nel caso di specie, dato che non ponevano alcuna limitazione alla loro applicazione solo nei confronti di attacchi terroristici compiuti da attori statali⁷⁵⁶. La Corte, però, dichiarò l'irrelevanza di tali risoluzioni basandosi sul controllo esercitato da Israele nei Territori occupati, piuttosto che sulla natura dei responsabili degli attacchi⁷⁵⁷. Questa posizione sembra essere condivisa dal giudice Kooijmans, il quale nella sua *separate opinion* ribadisce la trascurabilità delle risoluzioni perché attengono ad atti di terrorismo internazionale che costituiscono una minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale, e dunque non risultano estendibili alla situazione in cui gli atti terroristici provengono da Territori in cui Israele esercita il proprio controllo⁷⁵⁸. La questione della rilevanza delle due risoluzioni non destò l'attenzione di molti, infatti, fu richiamata unicamente in due *Written Statements*, quello della Malaysia e quello del Sud Africa. Mentre la Malaysia dichiarò semplicemente che la costruzione della barriera andava al di là degli obblighi di Israele nel fronteggiare il terrorismo sanciti dalle risoluzioni 1368 e 1373, in quanto non comprendenti l'adozione di misure extraterritoriali⁷⁵⁹, il Sud Africa sottolineò anch'esso la diversità sussistente tra le circostanze contemplate dalle risoluzioni e quelle fronteggiate da Israele⁷⁶⁰, ma nel fare ciò si spinse in un'analisi più dettagliata. Pur riconoscendo

⁷⁵⁴ Vedi *supra*, p. 151.

⁷⁵⁵ SCOBIE IAN, *op. cit.*, n. 745, p. 84.

⁷⁵⁶ Declaration giudice Buergenthal, par. 6.

⁷⁵⁷ "Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory. The situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368(2001) and 1373(2001)", [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 139.

⁷⁵⁸ Separate Opinion giudice Kooijmans, par. 36.

⁷⁵⁹ Vedi Written Statement della Malaysia, p. 53, par. 149.

⁷⁶⁰ Vedi Written Statement del Sud Africa, p. 17, par. 40.

che entrambe le risoluzioni, nei loro rispettivi preamboli, dichiarano che qualsiasi atto di terrorismo deve essere considerato come una minaccia alla pace ed alla sicurezza internazionale, il Sud Africa concentrò la propria attenzione sulla parte operativa della risoluzione 1373, la quale afferma il dovere degli Stati di intraprendere le misure necessarie per impedire la commissione di atti terroristici⁷⁶¹. Il paragrafo 2 (g) della medesima risoluzione prevede che gli Stati devono impedire il movimento dei terroristi attraverso effettivi controlli ai confini e verifiche delle carte di identificazione e dei documenti di viaggio. Il Sud Africa correttamente si chiese se tali metodi di controllo degli spostamenti dei terroristi potessero fungere da giustificazione per la costruzione della barriera ed essendo due tipologie di misure estremamente differenti, il Sud Africa optò per una risposta negativa⁷⁶². Le considerazioni del giudice Kooijmans e quelle del Sud Africa, pur giungendo alla medesima conclusione, si fondano su posizioni differenti. Il giudice, infatti, contesta l'applicabilità delle risoluzioni in base ad argomentazioni circa il valore delle stesse e dunque rimanendo ad un livello generale ed astratto. Al contrario il Sud Africa scende ad analizzare nel merito le disposizioni delle risoluzioni, e per tale via giunge a negarne la rilevanza, però in tale caso da un punto di vista concreto. Se Israele avesse adottato delle misure di controllo dei terroristi differenti, e sicuramente meno invasive della barriera, probabilmente secondo l'argomentare del Sud Africa sarebbero risultate legittime in base alle previsioni della risoluzione 1373. Dal punto di vista del giudice Kooijmans non sarebbe nemmeno necessario intraprendere una valutazione nello specifico delle misure, poiché la situazione di occupazione da parte di Israele dei Territori palestinesi renderebbe totalmente irrilevanti le risoluzioni che trovano applicazione in circostanze in cui il terrorismo è un "*international phenomena*", nel senso di originarsi al di fuori del controllo di uno Stato.

La Corte, limitando la propria posizione ad un'affermazione telegrafica, non offre molti spunti di rielaborazione della questione e dunque obbliga a prudenti deduzioni, quali la constatazione che la posizione del giudice Kooijmans rispecchia meglio l'intendimento della Corte, orientato decisamente a sottolineare la specificità del fenomeno Israeliano-Palestinese, rispetto al più generico concetto di terrorismo internazionale.

⁷⁶¹ Security Council Resolution 1373, par. 2(b).

⁷⁶² "It is submitted....that these provisions are couched in too general terms to justify a specific act like the construction of the Separation Wall, which per se violates principle of international law", Written Statement del Sud Africa, par. 42.

E' utile, inoltre, riportare la perplessità della giudice Higgins in merito al fatto che "*non-forcible measures*" possano rientrare nel concetto di legittima difesa così come tradizionalmente inteso⁷⁶³. Tale dubbio è chiaramente supportato sia dagli sviluppi del divieto di uso della forza nelle relazioni internazionali sia dalla logica della Carta delle Nazioni Unite. La legittima difesa è universalmente considerata come un'eccezione alla proibizione dell'uso della forza, prevista dalla Carta delle Nazioni Unite⁷⁶⁴. Come Dinstein ha evidenziato, il diritto alla legittima difesa era giuridicamente privo di significato, quando gli Stati potevano liberamente ricorrere all'uso della forza. Solo con l'avvento delle restrizioni nell'uso della forza la legittima difesa divenne rilevante in quanto giustificazione giuridica all'utilizzo della stessa.⁷⁶⁵ Nessuna misura priva del connotato dell'uso della forza può essere quindi classificata come esercizio della legittima difesa, ai sensi dell'articolo 51. Se tali misure comportano la violazione da parte dello Stato di un'obbligazione cui è tenuto, per potersi dire giustificate devono presentarsi come delle contromisure, secondo quanto previsto dall'articolo 22 degli Articoli sulla Responsabilità degli Stati dell'ILC⁷⁶⁶. Gli Stati non sono, però, liberi di intraprendere qualsiasi azione loro considerino essere una contromisura. L'articolo 50 del Report dell'ILC chiarisce che le contromisure non devono danneggiare, *inter alia*, gli obblighi a protezione dei diritti umani o altre obbligazioni prescritte da norme perentorie, come il diritto all'autodeterminazione⁷⁶⁷. Di conseguenza, dato che la Corte dichiarò che la barriera danneggiava il godimento da parte della popolazione Palestinese di numerosi diritti umani⁷⁶⁸ e, a

⁷⁶³ Separate Opinion del giudice Higgins, par. 35.

⁷⁶⁴ Vedi REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666, commento all'articolo 21 e RANDELZHOFFER, in SIMMA, *op. cit.*, n. 620, p. 789.

⁷⁶⁵ "The evolution of the idea of self-defence in international law goes "hand in hand" with prohibition of aggression." DINSTEIN YORAM, *op. cit.*, n. 626, p. 161.

⁷⁶⁶ REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666, Draft Article 22: "The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded in and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State."

⁷⁶⁷ REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666, Draft Article 50(1): "Countermeasures shall not affect:

(a) The obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations;

(b) Obligations for the protection of fundamental human rights;

(c) Obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals;

(d) Other obligations under peremptory norms of general international law.

Nel commento all'articolo 40, l'ILC definisce l'obbligo di rispettare il diritto all'autodeterminazione, una norma perentoria.

⁷⁶⁸ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 134.

fortiori, la costruzione della barriera “*severely impedes the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination, and is therefore a breach of Israel’s obligation to respect that right*”⁷⁶⁹, Israele non può invocare nemmeno la dottrina delle contromisure come giustificazione che lo discolpi dalla responsabilità per la costruzione della barriera.

Infine non è possibile evitare di rimarcare la brevità della trattazione della questione della legittima difesa da parte della Corte ed è difficile non concordare con Murphy, il quale considera la pronuncia della Corte “*startling in its brevity*”⁷⁷⁰. Scobbie, pur riconoscendo la natura telegrafica⁷⁷¹ del paragrafo 139, tentò di difendere l’approccio della Corte, affermando che la materia non era sostenuta in modo esaustivo dai partecipanti e che la Corte possedeva ampia discrezionalità nel rispondere ad una richiesta di parere consultivo⁷⁷². Indubbiamente, la Corte, sia nei procedimenti consultivi che in quelli contenziosi, è libera di soffermarsi e analizzare nel dettaglio gli aspetti che ritiene maggiormente significativi, ma è altresì vero che, particolarmente nei procedimenti consultivi, l’autorevolezza di una sua pronuncia dipende dalla persuasività dei ragionamenti ne che stanno alla base. La questione della legittima difesa rappresenta un concetto estremamente attuale e ampiamente discusso e, dal momento che la Corte decise di rispondere alle invocazioni, effettuate quasi esclusivamente da Israele⁷⁷³, in merito alla legittima difesa, sarebbe stato sicuramente preferibile un atteggiamento come quello tenuto dalla stessa Corte nell’*Oil Platform Case*, ove venne effettuata un’analisi dettagliata della materia.

La trattazione della Corte circa la questione della legittima difesa appare alquanto problematica, nel senso che ancorché la conclusione cui giunse sia perfettamente condivisibile, non può dirsi certo supportata da argomenti chiari e lineari. In particolare, la Corte avrebbe potuto fare a ricorso ad un principio, quello di proporzionalità, per rigettare, senza addentrarsi in considerazioni di dettaglio piuttosto complesse (verso le quali peraltro dimostrò un atteggiamento di ritrosia), il ricorso alla legittima difesa di Israele. Come si è ampiamente dimostrato nel paragrafo precedente, una misura adottata in legittima difesa deve essere proporzionata per potersi dire giustificata, e la

⁷⁶⁹ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 122.

⁷⁷⁰ MURPHY D. SEAN, *op. cit.*, n. 686, p. 62.

⁷⁷¹ SCOBIE IAN, *op. cit.*, n. 745, p. 87.

⁷⁷² *Ibid.*

⁷⁷³ Vedi *supra*, p.152.

valutazione della proporzionalità va effettuata con riguardo alle circostanze concrete che sono alla base dell'adozione della misura⁷⁷⁴. Su tali presupposti, l'invocazione di Israele della legittima difesa avrebbe potuto essere respinta abbastanza facilmente in quanto non era affatto ovvio che Israele, per reagire agli attacchi, dovesse necessariamente costruire una barriera. Inoltre, come suggerì anche il giudice Higgins, era difficile credere che la barriera, per essere realmente efficace, dovesse seguire il percorso tracciato da Israele che in larga parte attraversa i Territori occupati e ne comporta la divisione⁷⁷⁵. Dati i limiti stringenti del test della proporzionalità, questo da solo sarebbe bastato per respingere l'invocazione dell'articolo 51. Inoltre, l'utilizzo del test della proporzionalità sarebbe stato perfettamente in sintonia con l'analisi effettuata dalla Corte circa la sussistenza della necessità⁷⁷⁶.

Per concludere si può affermare che il paragrafo 139 dell'opinione e, più in generale, l'approccio della Corte alla tematica della legittima difesa, sono in linea con il giudizio della stessa Corte nell'*Oil Platform Case*. Considerate congiuntamente, entrambe le decisioni riaffermano in modo estremamente sicuro la lettura restrittiva della legittima difesa, adottata nel *Nicaragua Case*. La Corte nel Parere sulla barriera manifesta la sua riluttanza ad abbracciare un'interpretazione più ampia dell'articolo 51, che riconoscerebbe il diritto alla legittima difesa contro attacchi armati provenienti da attori non statali non controllati né diretti da altri Stati.

3.5.3 La costruzione della barriera alla luce della causa di giustificazione dello stato di necessità.

La legittimità della costruzione della Barriera fu esaminata anche in relazione al possibile ricorrere di un'altra causa di giustificazione, lo stato di necessità. La necessità non può essere generalmente invocata per giustificare atti altrimenti illegittimi, salvo che tali atti rappresentino l'unico mezzo per la salvaguardia di un interesse essenziale contro un imminente e grave

⁷⁷⁴ Vedi *supra*, p. 138.

⁷⁷⁵ Separate Opinion del giudice Higgins, par. 35, ove dichiara che: "even if it were an act of self-defence, properly so called, it would need to be justified as necessary and proportionate. While the wall does seem to have resulted in a diminution on attacks on Israeli civilians, the necessity and proportionality for the particular route selected, with its attendant hardships for Palestinians uninvolved in these attacks, has not been explained."

⁷⁷⁶ Vedi *oltre*, par. 3.5.3.

pericolo⁷⁷⁷. Il ricorso alla necessità può essere giustificato unicamente su basi eccezionali, e ciò è confermato sia dalla formulazione stessa dell'articolo 25 degli Articoli sulla Responsabilità degli Stati dell'ILC, richiamato dalla Corte nel caso in oggetto,⁷⁷⁸ sia dal giudizio della Corte nel caso *Gabcikovo-Nagymaros Project*⁷⁷⁹.

Nel presente Parere la Corte, dichiarò che i requisiti per l'invocazione della necessità non erano stati soddisfatti in quanto ritenne che la costruzione della barriera lungo il percorso prescelto, non rappresentava l'unico mezzo per tutelare l'interesse di Israele nei confronti del pericolo invocato per giustificare l'edificazione della barriera⁷⁸⁰. In tal senso è opportuno sottolineare che la necessità non può essere invocata da uno Stato qualora esso abbia contribuito a determinare tale necessità⁷⁸¹; quest'ultimo aspetto fu confermato anche dalla Corte di Giustizia nel caso *Gabcikovo-Nagymaros Project*⁷⁸². Considerando questo elemento, appare ancora più difficile giustificare l'edificazione della barriera, dal momento che tale costruzione è un mezzo impiegato da Israele per salvaguardare la posizione dei propri coloni e dei propri cittadini e che esso stesso ha contribuito a porli in pericolo incentivando l'illegittimo insediamento nei Territori occupati.

⁷⁷⁷ REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666, Articolo 25(1).

⁷⁷⁸ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 140.

⁷⁷⁹ *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, 25 settembre 1997, I.C.J. Reports 1997, p. 40, par. 51.

⁷⁸⁰ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 140.

⁷⁸¹ REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666, Articolo 25(2).

⁷⁸² "Even if had been established that there was, in 1989, a state of necessity linked to the performance of the 1977 Treaty, Hungary would not have been permitted to rely upon the state of necessity in order to justify its failure to comply with its treaty obligations, as it had helped, by act or omission to bring it about", *Gabcikovo-Nagymaros Project*, *supra*, n. 779, par. 57.

3.6 La barriera e il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese

3.6.1 L'ambito di applicazione e la portata del diritto all'autodeterminazione.

Israele, in quanto Stato parte del sistema delle Nazioni Unite e dei Patti sui diritti umani, è tenuto a garantire il rispetto delle disposizioni contenute nella Carta e nei Patti, tra cui figura anche il diritto all'autodeterminazione.

Il principio di eguaglianza dei diritti e di autodeterminazione dei popoli⁷⁸³ è considerato come uno dei principi essenziali del diritto internazionale contemporaneo⁷⁸⁴. Il concetto di autodeterminazione, o il principio *latu sensu*, rappresenta una nozione di filosofia politica, le cui origini possono essere fatte risalire alle Rivoluzioni francese e americana⁷⁸⁵, successivamente sviluppatesi fino ad essere inserita nel sistema giuridico internazionale in veste di norma di diritto internazionale, o principio *strictu sensu*. Il primo strumento giuridico internazionale in cui fu inserito il concetto di autodeterminazione fu la Carta delle Nazioni Unite, ove viene menzionato agli articoli 1 (2), come fine cui l'intera Organizzazione tende, e all'articolo 55, come principio per la cui promozione le Nazioni Unite devono adoperarsi. Proprio l'utilizzo di termini quali "principio" e "fine" portarono a sostenere il valore meramente programmatico dell'autodeterminazione, la quale non poteva configurarsi come diritto esercitabile⁷⁸⁶. Tale approccio venne però messo in discussione dalla pratica degli organi delle Nazioni Unite, espressasi attraverso risoluzioni del Consiglio di Sicurezza e dell'Assemblea Generale⁷⁸⁷, attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia⁷⁸⁸ fino all'adozione dei Patti sui diritti umani⁷⁸⁹, ove

⁷⁸³ Articolo 1(2) Carta delle Nazioni Unite.

⁷⁸⁴ *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)* Judgement 30 giugno 1995, ICJ Report 4, 1995, p. 102, par. 29.

⁷⁸⁵ DOEHRING, in SIMMA, *The Charter of United Nation: a commentary*, vol. 1, pp. 50-51 e KACZOROWSKA, ALINA, *op. cit.*, n. 51, pp. 316- 319.

⁷⁸⁶ DOEHRING, in SIMMA, *op. cit.*, n. 785, pp. 48-49.

⁷⁸⁷ Tra le più significative vedi GA Resolution 1514 (XV), GA Resolution 2535B(XXIV), GA Resolution 2672(XXV).

⁷⁸⁸ Cfr. *inter alia*, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 advisory opinion*, 21 giugno 1971, ICJ Reports 1971, *Nicaragua Case: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, 27 giugno 1986, ICJ Reports 14 1986, *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)* Judgement 30 giugno 1995, ICJ Report 4, 1995.

⁷⁸⁹ Articolo 1 ICCPR e articolo 1 ICESCR. Inoltre riconosciuto anche dall'articolo 20 dell'African Charter on Human and Peoples' Rights 1981.

l'autodeterminazione fu classificata espressamente come un diritto collettivo e dunque gli si attribuì una base giuridica indipendente. Nonostante però l'esistenza del diritto all'autodeterminazione sia stata ampiamente riconosciuta e si sia sottolineato anche il suo valore consuetudinario,⁷⁹⁰ la definizione del suo contenuto rimane ancora una questione dibattuta⁷⁹¹. In particolare, partendo dall'affermazione che tutti i popoli hanno diritto all'autodeterminazione⁷⁹², è necessario comprendere cosa si intenda per popoli e in cosa si concretizzi l'autodeterminazione.

Per quanto attiene alla prima questione, la classificazione di un gruppo di persone come popolo è funzionale al contenuto del diritto all'autodeterminazione stesso. Il diritto internazionale tradizionalmente presume che i bisogni di un popolo possano essere soddisfatti entro i confini di un'entità statale, poiché si ritiene che la sovranità statale sia in grado di gestire in maniera appropriata la vita delle persone presenti nell'ambito territoriale in cui si esercita. In circostanze normali, il diritto all'autodeterminazione quindi opera in modo passivo e rimane inattivo, al di sotto del mantello della sovranità⁷⁹³. L'autodeterminazione si manifesta in modo attivo in situazioni di transizione, determinate dal fallimento dell'esercizio della sovranità, e consente al popolo di ottenere una serie di benefici e protezioni giuridiche, che possono portare anche all'acquisizione di sovranità. In altre parole, il principio di autodeterminazione genera una "sovranità potenziale", che pone il popolo in questione su di un piano privilegiato, rispetto ad altri gruppi e che può condurre anche all'indipendenza, se tale popolo così sceglie⁷⁹⁴. Di conseguenza, l'entità collettiva che vuole chiamarsi popolo, ai sensi del diritto all'autodeterminazione, deve possedere delle caratteristiche che le permettano di differenziarsi da una mera entità di fatto e che, al contrario, offrano alla comunità internazionale dei parametri di valutazione sufficientemente chiari, in ragione del suo

⁷⁹⁰ DREW CATRIONA, *Self Determination, Population Transfer and the Middle East Peace Accords*, in BOWEN STEPHEN (ED), *Human rights, self determination e political changes in the occupied Palestinian territory*, The Hague, 1997, p. 120.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 122 e 131.

⁷⁹² Tale formulazione fu introdotta nella Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, annessa a UN.Doc A/RES/1514 (XV), 1960; venne successivamente utilizzata da entrambi i Patti del 1966 e riproposta nella Declaration on Principles of International Law on Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, Risoluzione dell'Assemblea Generale 2625 (XXV), UN.Doc A/5217, 1970 (d'ora in avanti citata come Dichiarazione sulle Relazioni Amichevoli tra Stati).

⁷⁹³ Vedi ad esempio, ABI-SAAB GEORGES, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours*, vol. 207, (1987-VII), p. 357.

⁷⁹⁴ GAREAU JEAN-FRANCOIS, *Shouting at the Wall: Self-Determination and the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005, vol. 18, issue 3, p. 507.

essere potenzialmente indipendente⁷⁹⁵. Per tali ragioni, il gruppo deve costituirsi, innanzitutto, di una popolazione conscia della propria identità collettiva e che percepisce se stessa come distinta da altri gruppi. Tale fattore dell'autoidentificazione, benché non sia un elemento sufficiente, è comunque necessario e viene percepito dall'esterno attraverso il riconoscimento di un apparato istituzionale che dia prova della coesione interna. Un apparato istituzionale è anche un elemento che soddisfa il secondo requisito dell'essere popolo, ovvero possedere un'organizzazione interna, e dunque un certo grado di istituzionalizzazione, per rappresentare gli scopi e le aspirazioni del popolo e poter interagire nelle relazioni con la comunità internazionale. L'ultimo requisito è un'unità territoriale identificabile, su cui il gruppo può esercitare i diritti derivanti dall'autodeterminazione. Un ragionevole titolo territoriale, fondato su presupposti razionali e su di una situazione attuale, è un ulteriore presupposto affinché un popolo possa dirsi tale e quindi avanzare delle pretese autodeterminative⁷⁹⁶. Tra popolo e territorio sussiste un legame estremamente forte, riconosciuto dal diritto internazionale, che si pone come fattore essenziale del diritto all'autodeterminazione⁷⁹⁷. In ragione di tale nesso, la visione classica dello Stato come una "scatola chiusa" all'interno del quale il diritto internazionale non poteva interferire, portava a ritenere che il termine popolo potesse riferirsi unicamente alla popolazione di uno Stato nella sua interezza, e quindi il concetto di popolo veniva giuridicamente assimilato a quello di Stato⁷⁹⁸. Secondo tale impostazione uno Stato, per definizione, poteva contenere un unico popolo, a prescindere dall'effettiva composizione della popolazione⁷⁹⁹ e quindi il concetto di popolo non

⁷⁹⁵ *Ibid*, e DOEHRING, in SIMMA, *op. cit.*, n. 785, pp. 55-56, e KACZOROWSKA, ALINA, *op. cit.*, n. 51, pp. 333-340.

⁷⁹⁶ Vedi BRILMAYER LEA, *Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation*, in *Yale Journal of International Law*, 1991, vol. 16, p. 177, e KOHEN MARCELO, *La libre determinación de los pueblos y su relación con el territorio*, in Z. DRNAS DE CLEMENT AND M. LERNER (ED.), *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, 2002, p. 859.

⁷⁹⁷ Come il Rappresentante Speciale della Commissione sui diritti umani per la situazione dei diritti umani nei Territori palestinesi occupati da Israele dal 1967, John Dugard, scrisse nel suo Rapporto (UN Doc. E/CN.4/2004/6), datato 8 settembre 2003, al paragrafo 15: "The right to self-determination is closely linked to the notion of territorial sovereignty. A people can only exercise the right of self-determination within a territory".

⁷⁹⁸ Nel suo commentario alla Carta delle Nazioni Unite, Hans Kelsen dichiarò che il passaggio presente nell'articolo 1(2) era una mera riaffermazione un pilastro che sostiene il diritto internazionale: l'autodeterminazione doveva essere considerata semplicemente come un sinonimo dell'uguaglianza sovrana degli Stati e delle obbligazioni da ciò discendenti, vista da una differente prospettiva, ovvero dall'interno dello Stato. Vedi HANS KELSEN, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Londra, 1950, pp. 99-101.

⁷⁹⁹ Vedi l'analisi di HIGGINS ROSALYN, *Self-Determination and Secession*, in DAHLITZ JULIE. (ED), *Secession and International Law: Conflict Avoidance- Regional Appraisals*, The Hague, 2003, e la critica di PELLET ALAIN, *Quel*

coinvolgeva considerazioni sociologiche, ma si definiva in relazione unicamente alla sovranità. Tale posizione venne però messa in discussione, ed infine scardinata, dall'esperienza della decolonizzazione che riguardava l'abolizione di un dominio straniero imposto ad un territorio la cui popolazione era distinta da quella dello Stato colonizzatore⁸⁰⁰. Per tale via, si giunse a ravvisare l'esistenza di un popolo a prescindere dal suo inserimento in uno Stato, e ciò contribuì al riconoscimento dei popoli indigeni come entità rientranti nella definizione di popolo ai sensi del diritto all'autodeterminazione⁸⁰¹. Non va dimenticato, però, che la definizione classica di popolo comprendeva anche le minoranze etniche presenti in uno Stato⁸⁰² e, in termini generali, tale definizione appare valida tutt'ora.

Per ciò che riguarda il secondo aspetto dell'autodeterminazione, ovvero il suo contenuto, vi è largo accordo sul fatto che l'autodeterminazione riconosca ad un'entità collettiva, il popolo appunto⁸⁰³, un diritto che è essenzialmente un diritto di scelta.⁸⁰⁴ Ciò fu confermato anche dalla Corte di Giustizia nel *Western Sahara Case* dove definì il diritto all'autodeterminazione come l'esigenza di porre attenzione alla volontà di un popolo, liberamente espressa⁸⁰⁵. Cosa il popolo possa scegliere e come possa attuare tale diritto è una materia soggetta a dibattiti dottrinali, sebbene risulti incontrovertibile che tale scelta debba riguardare il destino del popolo e, presumibilmente, il suo *status* internazionale. Nella Risoluzione dell'Assemblea Generale 1541, infatti, si dichiarò che i territori non autonomi potevano raggiungere pienamente l'autogoverno tramite uno di questi mezzi: a) la nascita come uno Stato indipendente; b) la libera unione con uno Stato indipendente; c) l'integrazione con uno Stato indipendente⁸⁰⁶. La Risoluzione dell'Assemblea Generale riguardante

avenir pour le droit des peuples a disposer d'eux-memes?, in RAMA-MONTALDO R, *Le droit international dans un monde en mutation: Liber Amicorum en hommage au professeur Eduardo Jimenez de Aréchaga*, Montevideo, 1995.

⁸⁰⁰ DOEHRING, in SIMMA, *op. cit.*, n. 785, p. 55.

⁸⁰¹ KACZOROWSKA, ALINA, *op. cit.*, n. 51, pp. 336-340.

⁸⁰² DOEHRING, in SIMMA, *op. cit.*, n. 785, p. 55.

⁸⁰³ Una definizione esaustiva di cosa sia un popolo non è ancora stata fornita, vedi DOEHRING, in SIMMA, *op. cit.*, n. 785, p. 55, KACZOROWSKA, ALINA, *op. cit.*, n. 51, p. 333 e TANCREDI ANTONELLO, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001, p. 625.

⁸⁰⁴ Vedi DREW CATRIONA, *op. cit.*, n. 790, p. 129.

⁸⁰⁵ *Western Sahara Advisory Opinion*, 16 ottobre 1975, ICJ Reports, 1975, p. 33. La Corte inoltre osservò dopo aver considerato diversi strumenti normativi internazionali, che "the application of the right of self-determination requires a free and genuine expression of the will of the peoples concerned", *Ibid.*, p. 32.

⁸⁰⁶ Risoluzione Assemblea Generale 1514, *op. cit.*, n. 792, 6° principio.

le Relazioni Amichevoli tra Stati⁸⁰⁷ poi ne aggiunse un altro, cioè la nascita in qualsiasi altro *status* politico liberamente scelto dal popolo.

Il diritto all'autodeterminazione trovò applicazione perlopiù nell'ambito della decolonizzazione⁸⁰⁸, determinando così un notevole sviluppo della disciplina riguardante tali specifiche circostanze⁸⁰⁹. Al di fuori della decolonizzazione l'autodeterminazione risulta un concetto molto meno chiaro, forse anche pericoloso⁸¹⁰, e suscettibile di manipolazioni politiche⁸¹¹. Per tali ragioni, parte della dottrina ritenne necessario offrire una lettura dell'autodeterminazione adeguata ad un contesto post-coloniale, riducendo così i presunti rischi comunemente associati al suo esercizio. In particolare, si intendeva evitare il pericolo dell'eccessiva frammentazione statale attuata attraverso secessioni incontrollate⁸¹², in ragione del requisito di universalità espresso dall'articolo 1 dell'ICCPR e dell'ICESCR con la formula "*all peoples*"⁸¹³. Tale "modello" si prefiggeva l'obiettivo di sradicare il diritto all'autodeterminazione dal contesto coloniale e di eliminarne il legame con il suo tradizionale corollario, la creazione di uno Stato. Questa operazione richiedeva una divisione del concetto di autodeterminazione in due aspetti: una dimensione esterna, fatta valere contro uno Stato, ed una dimensione interna, esercitata entro uno Stato ed espressione principale del contenuto del diritto. In questo senso, la Corte Suprema del Canada, nel rispondere a dei quesiti posti dal governo federale, dichiarò che le fonti di diritto internazionale stabilivano che il diritto all'autodeterminazione di un popolo era normalmente garantito attraverso un'autodeterminazione interna, ovvero all'interno dello Stato⁸¹⁴. Essa sottolineò che la tutela

⁸⁰⁷ Dichiarazione sulle Relazioni amichevoli tra Stati, *op. cit.*, n. 792.

⁸⁰⁸ DOEHRING, in SIMMA, *op. cit.*, n. 785, p. 52 e KACZOROWSKA ALINA, *op. cit.*, n. 51, p. 341.

⁸⁰⁹ Vedi CASSESE ANTONIO, *Self Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995 e OFUATEY-KODJOE W., *The Principle of Self-Determination in International Law*, New York, 1977. Le Nazioni Unite commissionarono anche due rapporti sul tema: CRISTESCU AURELIU, *The Right of Self-Determination. Historical and Current Development on the Basis of the United Nations instruments*, 1981, UN.Doc. E/CN.4/Sub.2/Rev.1 e GROS-ESPIELL H., *The Right of Self-Determination: Implementation of the United Nations Resolutions-A Study*, 1980, UN.Doc E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1.

⁸¹⁰ GAREAU JEAN-FRANCOIS, *op. cit.*, n. 794, p. 493.

⁸¹¹ DREW CATRIONA, *op. cit.*, n. 790, pp. 120-121.

⁸¹² Vedi GAREAU JEAN-FRANCOIS, *op. cit.*, n. 794, pp. 492-493.

⁸¹³ Articolo 1 ICCPR e ICESCR: "All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development."

⁸¹⁴ Reference re. Secession of Quebec, 1998, 11 D.L.R. (4^o) 385 (S.C.C.) par.126 (d'ora in avanti citato come Reference re Secession of Quebec 1998). Materiale riguardante la decisione della Corte Suprema del Canada sono presenti in BAYEFSKY ANNE (ED.), *Self Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned*, The Hague, 2000; e la

dell'integrità territoriale del “*parent State*” prevaleva sul diritto all'autodeterminazione⁸¹⁵. Dati questi presupposti, l'esercizio dell'autodeterminazione esterna non poteva essere considerata altro che un'eccezione alla regola generale e le conseguenze associate alla decolonizzazione, in particolar modo lo stretto legame con l'indipendenza statale, dovevano essere valutate come rimedi eccezionali piuttosto che come elementi costitutivi del principio giuridico. Secondo la Corte del Canada, il diritto all'autodeterminazione poteva condurre ad un'autodeterminazione esterna unicamente nel caso di precedenti colonie, oppure qualora un popolo fosse oppresso come ad esempio nell'ipotesi di occupazione militare, oppure ancora quando ad un gruppo definito fosse negato in maniera significativa l'accesso al governo per perseguire il proprio sviluppo politico, economico, sociale e culturale. In tutte queste tre circostanze, a dire della Corte Suprema, sussisteva il diritto per il popolo in questione, ad esercitare la propria autodeterminazione esterna, poiché gli veniva negata la possibilità di esercitare la propria autodeterminazione internamente⁸¹⁶. In altre parole, tale interpretazione riconosceva il diritto all'autodeterminazione interna a tutti i popoli, mentre ad alcuni popoli era garantita anche l'autodeterminazione esterna, poiché questa rappresentava l'estrema sanzione per la violazione del diritto all'autodeterminazione interna, qualora tutti gli altri strumenti a disposizione fossero falliti. Per tale via si giunge ad estendere l'ampiezza del diritto all'autodeterminazione *ratione personae*, includendo categorie ulteriori rispetto a quelle dei popoli coloniali, ma contemporaneamente si restringe il contenuto del diritto *ratione materiae*, limitando il diritto di scelta del gruppo. Questo modello viene però criticato⁸¹⁷ sotto diversi aspetti tra cui, *in primis*, il fatto che limitando l'avverarsi delle ipotesi di secessione solo alle situazioni espressamente previste, ovvero in caso di fallimento dell'autodeterminazione interna, si giungerebbe all'assurda conclusione per cui, non essendoci alcuna norma internazionale che proibisce la secessione⁸¹⁸, il popolo detentore del diritto di autodeterminazione potrebbe vedersi

decisione è disponibile su: http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1998/vol2/texte/1998scr2_0217.txt (ultima visita 01/02/06).

⁸¹⁵ Reference re. Secession of Quebec 1998, par. 131.

⁸¹⁶ *Ibid.*, par. 138.

⁸¹⁷ GAREAU JEAN-FRANCOIS, *op. cit.*, n. 794, pp. 489-521.

⁸¹⁸ Come dimostrato in CHRISTAKIS THEODORE, *Le droit à l'autodetermination en dehors des situations de decolonisation*, Aix-Marseille, 1999, la dottrina e la comunità internazionale riconoscono che la secessione non è nè incoraggiata nè proibita dal diritto internazionale. Quindi dalla mancanza di un divieto, si può dedurre che la creazione di uno Stato è sempre possibile, anche in assenza di un'autorizzazione giuridica specifica. Vedi inoltre, TANCREDI ANTONELLO, *op. cit.*, n. 803, pp. 852-854.

negato il diritto a secedere mentre, un gruppo che non rientra nella definizione di popolo prevista dalla formulazione dell'autodeterminazione, potrebbe secedere legittimamente senza particolari vincoli. In secondo luogo, si afferma che l'autodeterminazione interna è spesso presentata come l'opportuna espressione dell'autodeterminazione esterna, inserita nel contesto dei diritti umani e perciò filtrata dall'intervento Statale⁸¹⁹. Per tale ragione, dal momento che la caratteristica principale del diritto all'autodeterminazione è l'essere riconosciuto direttamente al popolo e che tale diritto si concretizza nel rispetto della libertà di scelta del popolo stesso, senza interventi né filtri esterni, la visione dell'autodeterminazione interna come meglio confacente allo scenario dei diritti umani poiché sottoposta ad un filtro statale, non appare rispettosa del significato autentico dell'autodeterminazione.

Quanto affermato fino ad ora mette in evidenza l'estrema complessità che si riscontra nel definire in cosa esattamente consista il diritto all'autodeterminazione. Se si ritiene che il rischio connesso all'identificazione di un diritto all'autodeterminazione post-coloniale sia rappresentato dalla possibilità di costituzione di uno Stato autonomo, è bene ricordare che l'autodeterminazione è essenzialmente diritto di scelta e che quindi l'indipendenza statale non è il necessario risultato dell'esercizio dell'autodeterminazione. La costituzione di uno Stato indipendente non è l'inevitabile prodotto dell'autodeterminazione, pur non essendo nemmeno preclusa in termini assoluti⁸²⁰. A tale riguardo è opportuno mettere in luce che esiste una dualità nel diritto all'autodeterminazione, nel senso che tale diritto deve essere garantito sia per quanto riguarda il risultato sia per ciò che attiene al procedimento⁸²¹. Vale a dire che la libertà di scegliere il proprio destino come popolo si attua nella determinazione di un risultato che si intende ottenere e nel procedimento necessario all'ottenimento del obiettivo prescelto. Per quanto riguarda il risultato, la facoltà di scelta deve essere riconosciuta interamente al popolo, essendo l'espressione del contenuto principale del diritto all'autodeterminazione, mentre il procedimento è spesso gestito da una terza parte o dal *parent State*, in ragione della loro posizione privilegiata⁸²². Riconoscere il diritto all'autodeterminazione significa comunque che la terza parte o il *parent State* hanno l'obbligo di assicurare l'instaurazione

⁸¹⁹ Vedi MCCORQUODALE ROBERT, *Human Rights and Self-Determination*, in SELLERS MORTIMER (ED.), *The New World Order: Sovereignty, Human Rights and the Self-Determination of Peoples*, Oxford, 1996, p. 9.

⁸²⁰ DREW CATRIONA, *op. cit.*, n. 790, p. 129.

⁸²¹ Vedi GAREAU JEAN-FRANCOIS, *op. cit.*, n. 794, pp. 495-496 e TANCREDI ANTONELLO, *op. cit.*, n. 803, pp. 669-673.

⁸²² *Ibid.*

di un procedimento, attraverso cui esercitare l'autodeterminazione, appropriato⁸²³ e garantito da un controllo esterno, essendo l'autodeterminazione una materia non coperta dalla clausola della *domestic jurisdiction*⁸²⁴. I risultati cui l'autodeterminazione può condurre possono essere diversi e non si esauriscono nella costituzione di uno Stato indipendente, ma comprendono anche il diritto ad esistere dal punto di vista territoriale come popolo, il diritto all'autodeterminazione interna⁸²⁵, il diritto all'integrità culturale e allo sviluppo⁸²⁶, il diritto allo sviluppo economico e sociale⁸²⁷ e il diritto alla sovranità sulle risorse naturali⁸²⁸.

La prima modalità di esercizio del diritto all'autodeterminazione è sicuramente quella maggiormente interessante nel contesto medio-orientale. In particolare, il fatto che un popolo continui ad esistere come popolo è indubbiamente una *conditio sine qua non* per la realizzazione del

⁸²³ Per esempio il procedimento può comprendere consultazioni popolari o negoziati con i legittimi rappresentanti del gruppo in questione. Vedi RAIC DAVID, *Statehood and the Law of Self-Determination*, Leiden, 2002, pp. 199-226.

⁸²⁴ Ciò determina diverse conseguenze, tra cui il requisito che la scelta deve essere libera e informata e l'espressione della volontà del popolo attraverso mezzi democratici. Vedi ad esempio il Principio 7 nella Risoluzione 1541 (XV), *Principles Which Should Guide Members in Determining Whether or Not an Obligation Exists to Transmit the Information Called for Under Article 73 of the Charter*, UN Doc. A/RES/ 1514 (XV), 1960.

⁸²⁵ Il diritto all'autodeterminazione interna può essere definito come il diritto di un popolo esistente in uno Stato, di scegliere le proprie strutture di governo interne. Vedi DOEHRING, in SIMMA, *op. cit.*, n. 785, p. 56 e Dichiarazione sulle Relazioni amichevoli tra Stati, *op. cit.*, n. 792, Principio 8 del *Final Act of the Helsinki Conference*, 1975, Principio 7 del Document of the Copenhagen Meeting of the Conference of the Human Dimension of the CSCE, 1990 e EC Declaration on the "Guidelines on Recognition of New States in Eastern Europe and in Soviet Union", riprodotta in ILM, vol. 31, p. 1486, 1991. Per ulteriori analisi vedi ROSAS ALLAN, *Internal Self-Determination*, in TOMUSCHAT (ED.), *The modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, 1993, pp. 232-252.

⁸²⁶ Vedi ad esempio l'articolo 1 dell'ICCPR e dell'ICESCR, gli articoli 2,9,13,14 e 15 dell'Universal Declaration of the Rights of the Peoples, firmata ad Algeri, 4 luglio 1976. Per ulteriori analisi vedi PROTT LYNDEL, *Cultural Rights as People Rights in International Law*, in CRAWFORD JAMES (ED.), *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, p. 93.

⁸²⁷ Il diritto di un popolo di perseguire il proprio sviluppo economico e sociale è espressamente incluso nella definizione di diritto all'autodeterminazione, vedi ad esempio Risoluzione 1541 (XV), *op. cit.*, n. 824, articolo 1 dell'ICCPR e ICESCR, Dichiarazione sulle Relazioni Amichevoli tra Stati, *op. cit.*, n. 792 ed inoltre Universal Declaration of the Rights of the Peoples, *op. cit.*, n. 826 articolo 11.

⁸²⁸ E' indiscusso che la sovranità sulle risorse naturali attenga i popoli così come gli Stati. Vedi Risoluzione dell'Assemblea Generale 1803 (XVII) 1962, articolo 1(2) dell'ICCPR e ICESCR. L'articolo 25 dell'ICCPR inoltre stabilisce che "nothing in the present Covenant shall be interpreted as impairing the inherent right of all peoples to enjoy and utilize fully and freely their natural wealth and resources." Si veda inoltre United Nations Council for Namibia Decree on the Natural Resource of Namibia, 27 settembre 1974, riprodotto in ILM, 1974, VOL. 13, PP. 1513-1514. Per l'idea che la sovranità permanente sulla ricchezza e sulle risorse naturali vedi CRISTESCU AURELIU., *op. cit.*, n. 809, p. 78 e GROS-ESPIELL H, *op. cit.*, n. 809, p. 26. La questione del diritto di un popolo sopra le proprie risorse naturali fu affrontata anche nel *Case Concerning East Timor*, *op. cit.*, n. 784. Per un'espressione di sostegno al principio della sovranità permanente sulle risorse naturali in relazione alla popolazione di Est Timor, vedi la Dissenting Opinion del giudice Weeramantry, par. 46-47 disponibile su: http://www.icj-cij.org/icjwww/icas/ipa/ipa_ijudgments/ipa_ijudgment_19950630_dissentingWeeramantry.pdf (ultima visita 01/02/06).

diritto all'autodeterminazione⁸²⁹. Benché sotto tale aspetto il diritto alla sopravvivenza e quindi la protezione contro il genocidio⁸³⁰, siano elementi sicuramente compresi nel diritto ad esistere come popolo, non sono però sufficienti per la piena realizzazione del diritto all'autodeterminazione. Un'ulteriore condizione che è necessario sia rispettata è il diritto del popolo a mantenere una presenza fisica o un collegamento con la sua terra⁸³¹. La caratterizzazione dell'autodeterminazione come un'estensione dei diritti umani rappresenta l'autodeterminazione come un diritto di un popolo a perseguire il suo sviluppo politico, economico, sociale e culturale e chiaramente tale sviluppo non può avvenire in assenza di un territorio. Tale legame del popolo con il territorio è pure alla base delle richieste di autodeterminazione esterna, la quale anche storicamente, si pensi ad esempio alla decolonizzazione, fu legata molto più alle nozioni di sovranità e di territorio piuttosto che all'ambito dei diritti umani. Oltre all'elemento territoriale, per garantire l'esistenza di un popolo e così realizzare il suo diritto all'autodeterminazione, si rende necessario il mantenimento da parte di tale popolo di una sufficiente maggioranza entro il suo territorio. Ciò è bene illustrato dal caso del *referendum* sull'autodeterminazione in Nuova Caledonia, un'ex colonia francese che entrò a far parte della lista dei territori non autonomi nel 1986⁸³². Il referendum sul futuro del territorio si tenne nel settembre 1987 e fu boicottato dagli indigeni Kanak, i quali sostenevano che il consentire l'accesso al voto alla maggioranza dei coloni violava il loro diritto all'autodeterminazione e quindi alla decolonizzazione⁸³³. Gli esiti del referendum, ampiamente a favore della popolazione di origine francese, furono ignorati dalla Assemblea Generale⁸³⁴. Successivamente fu indetto un nuovo referendum sull'autodeterminazione, ma le preoccupazioni della popolazione Kanak non furono ascoltate dal momento che vennero ammesse al voto tutte le popolazioni che erano "interessate" al

⁸²⁹ Il diritto di un popolo ad esistere è previsto dall'articolo 1 dell'Universal Declaration of the Rights of the Peoples, *op. cit.*, n. 826 e dall'articolo 20(1) dell'African Charter on Human and Peoples Rights, 1981. Si veda inoltre GOEBEL CHRISTA e MEINDERSMA CHRISTOPHER, *op. cit.*, n. 283.

⁸³⁰ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948.

⁸³¹ Vedi BRILMAYER LEA, *op. cit.*, n. 796, p. 189.

⁸³² Risoluzione dell'Assemblea Generale A/RES/41/41, 2 dicembre 1986, *Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*.

⁸³³ DREW CATRIONA, *op. cit.*, n. 790, p. 134. Fu stimato che la popolazione Kanak ammontava solo al 43% della popolazione totale della Nuova Caledonia, *ibid.*, n. 73.

⁸³⁴ Risoluzione dell'Assemblea Generale 42/79, 4 dicembre 1987 ove si dichiara che "progress towards a long-term political solution in New Caledonia requires a free and genuine act of self-determination consistent with United Nations principles and practice of self-determination and independence."

futuro del territorio⁸³⁵. Ancora una volta, l'inferiorità numerica del popolo Kanak gli impedì di decidere in merito allo status internazionale del proprio territorio.

Per tali motivi è possibile sostenere che il diritto ad esistere come popolo, attuazione del diritto all'autodeterminazione, per avere un significato reale deve comprendere il diritto di un popolo a non essere espulso dal proprio territorio⁸³⁶ e il diritto di un popolo di essere libero da forme di manipolazione demografica, come l'invio di coloni stranieri⁸³⁷.

3.6.2 La compromissione del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese in forza della costruzione della barriera.

Chiarito il concetto di autodeterminazione ed il suo ambito di applicazione, è ora opportuno verificare se al popolo palestinese sia riconosciuto tale diritto e come abbia agito la Corte a questo proposito.

La garanzia del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese fu riconosciuta dalla Corte attraverso un comportamento, messo in luce anche nel Parere⁸³⁸, precedente l'adozione del Parere stesso. In particolare, ci si riferisce all'emissione di un'ordinanza da parte della Corte, che permetteva alla Palestina di partecipare al procedimento e alle udienze orali⁸³⁹, in ragione della sua capacità di fornire informazioni sulla questione, secondo quanto previsto dall'articolo 66 dello Statuto della Corte. L'elemento rilevante riguarda il fatto che l'articolo 66 dello Statuto riconosce alla Corte il diritto di invitare al procedimento Stati o organizzazioni internazionali, al fine di fornire informazioni circa la questione che deve trattare⁸⁴⁰. L'Autorità Palestinese, rappresentante la

⁸³⁵ France-New Caledonia Matignon Accords, 16 giugno 1988.

⁸³⁶ L'Articolo 3 della Universal Declaration of the Rights of the Peoples, *op. cit.*, n. 826, ove si dichiara che: "Every people has the right to retain peaceful possession of its territory and to return to it if it is expelled."

⁸³⁷ P. THORNBERRY, *The democratic or internal aspects of self-determination with some remarks on federalism*, in TOMUSCHAT C. (EDS), *Modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, 1993, p. 21, ove si afferma che: "policies of forced resettlement, population transfer, mass expulsion and other form of demographic manipulation should be seen as a violation of self-determination."

⁸³⁸ Vedi [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 4.

⁸³⁹ Vedi *supra*, p. 18 e n. 51 per il testo dell'ordinanza.

⁸⁴⁰ Articolo 66 Statuto Corte di Giustizia: "1. The Registrar shall forthwith give notice of the request for an advisory opinion to all states entitled to appear before the Court."

Palestina, non può, però, essere di certo classificata come un'organizzazione internazionale e la Corte, attraverso l'emissione dell'ordinanza, non intendeva riconoscere la sovranità della Palestina come Stato indipendente⁸⁴¹. Sorge dunque legittimo chiedersi quale fu la motivazione che spinse la Corte ad ammettere la Palestina alla presentazione di *Written Statement* e alla partecipazione alle udienze orali, partecipazione che, è bene sottolinearlo, non incontrò l'opposizione di alcun giudice⁸⁴². La Corte giustificò il diretto coinvolgimento della Palestina sulla base del suo status di osservatore e del suo essere parte del gruppo di Stati ed enti che sponsorizzarono la richiesta dell'Assemblea Generale⁸⁴³. Lo *status* di osservatore deriva dalla qualifica, ottenuta nel 1974 da parte delle Nazioni Unite, dell'Organizzazione per la Liberazione della Palestina come un legittimo movimento di liberazione nazionale⁸⁴⁴. I privilegi connessi a tale status possono essere alla base della sponsorizzazione della risoluzione dell'Assemblea Generale, ma non riconoscono il *locus standi* di fronte alla Corte in un procedimento consultivo⁸⁴⁵. Per tale ragione è possibile affermare

2. The Registrar shall also, by means of a special and direct communication, notify any state entitled to appear before the Court or international organization considered by the Court, or, should it not be sitting, by the President, as likely to be able to furnish information on the question, that the Court will be prepared to receive, within a time limit to be fixed by the President, written statements, or to hear, at a public sitting to be held for the purpose, oral statements relating to the question.

3. Should any such state entitled to appear before the Court have failed to receive the special communication referred to in paragraph 2 of this Article, such state may express a desire to submit a written statement or to be heard; and the Court will decide.

4. States and organizations having presented written or oral statements or both shall be permitted to comment on the statements made by other states or organizations in the form, to the extent, and within the time limits which the Court, or, should it not be sitting, the President, shall decide in each particular case. Accordingly, the Registrar shall in due time communicate any such written statements to states and organizations having submitted similar statements."

⁸⁴¹ Ciò è evidente dal paragrafo 162 dell'opinione, che recita: "The "Roadmap" approved by Security Council resolution 1515 (2003) represents the most recent of efforts to initiate negotiations to this end. The Court considers that it has a duty to draw the attention of the General Assembly, to which the present Opinion is addressed, to the need for these efforts to be encouraged with a view to achieving as soon as possible, on the basis of international law, a negotiated solution to the outstanding problems and the establishment of a Palestinian State, existing side by side with Israel and its other neighbours, with peace and security for all in the region." Ancorché Israele sottolineò il possibile riconoscimento dello Stato Palestinese da parte della Corte, vedi *Written Statement* di Israele, par. 2.14-2.16.

⁸⁴² Il giudice Buergenthal esprime il suo dissenso unicamente in merito alla partecipazione del giudice Elarby, vedi *supra*, p. 34.

⁸⁴³ Vedi Ordinanza, *op. cit.*, n. 51, par. 2 e [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) *advisory opinion*, 9 luglio 2004, par. 4.

⁸⁴⁴ L'Organizzazione per la Liberazione della Palestina, riconosciuta come "the representative of the Palestinian people" nella risoluzione 3236 (XXIX) del 22 novembre 1974, fu invitata "to participate in the sessions and work of the General Assembly in the capacity of observer" lo stesso giorno attraverso la risoluzione 3237 (XXIX). Vedi risoluzione dell'Assemblea Generale A/RES/43/160, 9 dicembre 1988.

⁸⁴⁵ Tale diritto non appare nemmeno nella lista di diritti addizionali e privilegi di partecipazione alle sessioni e ai lavori dell'Assemblea Generale e delle conferenze internazionali indette sotto gli auspici dell'Assemblea o di altri organi delle

che la Corte, nel consentire ad un'entità non statale, che non era nemmeno un'organizzazione internazionale⁸⁴⁶, la partecipazione al procedimento si dimostrò estremamente sensibile alla tematica dell'autodeterminazione. La ragione di tale partecipazione può essere individuata, infatti, nella circostanza che l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina in quanto movimento di liberazione riconosciuto, fu ritenuta il legittimo rappresentante del popolo palestinese⁸⁴⁷. Poiché i palestinesi sono considerati dalle Nazioni Unite un popolo legittimato all'autodeterminazione, i loro rappresentanti furono invitati a sedere nell'Assemblea Generale in qualità di osservatori e, verosimilmente per lo stesso motivo, la Corte permise loro di prendere parte al procedimento che comportava una definizione dei loro diritti a livello internazionale. Tale apertura della Corte può rappresentare un'opportunità importante per dei gruppi, classificabili come popolo, che vogliano portare le proprie richieste all'attenzione della comunità internazionale.⁸⁴⁸

Passando a quanto affermato dalla Corte nell'opinione, deve essere innanzitutto rilevato che essa affrontò la questione dell'autodeterminazione secondo il modello adoperato nel corso dell'intero parere, ovvero prima sotto il profilo della disciplina applicabile ed in un secondo momento, analizzando le violazioni e le conseguenze derivanti da tali violazioni.

Per quanto concerne il primo aspetto, va rilevato che la Corte, nel richiamare la disciplina applicabile di diritto umanitario ed in tema di diritti umani⁸⁴⁹, non considerò l'autodeterminazione

Nazioni Unite, così come alle conferenze delle Nazioni Unite, che furono riconosciuti alla Palestina attraverso la risoluzione A/RES/52/250 del 13 luglio 1998.

⁸⁴⁶ Nel presente Parere, la Corte ascoltò le posizioni di due organizzazioni internazionali, la Lega degli Stati e l'Organizzazione della Conferenza Islamica. Vedi [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* advisory opinion](#), 9 luglio 2004 par. 6.

⁸⁴⁷ Questo ruolo è attualmente assunto dall'Autorità Palestinese. Per un'esposizione generale della questione dal punto di vista delle Nazioni Unite vedi UNITED NATIONS DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, *The Question of Palestine and the United Nations*, DPI/2276, Marzo 2003, disponibile su: <http://www.un.org/Depts/dpi/palestine/> (ultima visita 01/02/06).

⁸⁴⁸ La Corte non si comportò alla stessa maniera in precedenti opinioni consultive che riguardavano anche la tematica dell'autodeterminazione. Quando le fu richiesto di determinare le conseguenze giuridiche per gli Stati della continuata presenza del Sud Africa in Namibia (South West Africa) nonostante la risoluzione del Consiglio di Sicurezza 276 (1970) (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 advisory opinion*, 21 giugno 1971, ICJ Reports 1971) la Corte non ascoltò le dichiarazioni dei rappresentanti del popolo namibiano; analogamente non furono presentate dichiarazioni da parte dei rappresentanti del popolo Saharoui nel Western Sahara Case (*Western Sahara Advisory Opinion*, 16 ottobre 1975, ICJ Reports, 1975), nel quale si affrontò la questione dello status del territorio al tempo della colonizzazione ed i suoi conseguenti legami con gli Stati che competevano per vedersi riconosciuto un titolo in merito.

⁸⁴⁹ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* advisory opinion](#), 9 luglio 2004 par. 86-113.

come principio rientrante nella disciplina dei Patti sui Diritti umani, ma bensì in maniera autonoma e distinta. La Corte partì dunque dall'analisi dell'autodeterminazione come principio inserito nella Carta delle Nazioni Unite e, nel fare ciò, ne sottolineò la connessione con la risoluzione 2625 dell'Assemblea Generale e con il divieto di acquisizione di territori con l'uso della forza⁸⁵⁰. La Corte instaurò così un legame tra diritto all'autodeterminazione e proibizione dell'uso della forza, superando la diversa collocazione delle due discipline, la prima inserita entro gli scopi dell'Organizzazione, l'altra rientrante entro i principi d'azione enumerati nell'articolo 2 della Carta. Tale atteggiamento è in linea con quanto affermato dalla Dichiarazione sulle Relazioni amichevoli tra Stati⁸⁵¹, ove l'Assemblea Generale incorporò il principio dell'uguaglianza dei diritti e dell'autodeterminazione dei popoli nella sua elaborazione dei doveri e dei diritti imposti dalla Carta. A tale proposito è interessante notare come la Corte fece uso della Dichiarazione nell'interpretare e completare la disciplina della Carta delle Nazioni Unite, avvalorando la tesi per cui tale strumento trascenderebbe i propri limiti di risoluzione non vincolante dell'Assemblea Generale e si presterebbe ad essere considerato come un'interpretazione autentica della Carta⁸⁵². La Corte richiamò poi l'attenzione sugli obblighi discendenti da entrambi i Patti delle Nazioni Unite e riguardanti anche Israele, in quanto Stato parte⁸⁵³. Tale passaggio risulta di notevole importanza, poiché avvala il superamento della posizione prevalente al momento dell'adozione della Carta, secondo cui tra “rule” e “principle” sussisterebbe una distinzione sostanziale che limita la funzione

⁸⁵⁰ *Ibid.*, par. 88: “The Court also notes that the principle of self-determination of peoples has been enshrined in the United Nations Charter and reaffirmed by the General Assembly in resolution 2625 (XXV) cited above, pursuant to which “Every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples referred to [in that resolution]... of their right to self-determination.””

⁸⁵¹ Vedi *supra*, n. 792.

⁸⁵² DAMROSCH LORI FISLER, *Politics Across Borders: Non intervention and Non forcible Influence over Domestic Affairs*, in *AJIL*, 1989, vol. 83, issue 1, p. 9 e ELARABY NABIL, *Some reflections on the role of the Security Council and the prohibition of the use of force in international relations: article 2(4) revisited in light of recent developments*, in FORWEIN JOCHEN ABR., SCHARIOTH KLAUS, WINKELMANN INGO, WOLFRUM RUDIGER (EDS), *Verhandeln für den Frieden- Negotiating for peace, Liber Amicorum Tonoeitel*, Heidelberg, 2003, p. 54.

⁸⁵³ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 88: “Article 1 common to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights reaffirms the right of all peoples to self-determination, and lays upon the States parties the obligation to promote the realization of that right and to respect it, in conformity with the provisions of the United Nations Charter.”

di un principio a mero strumento interpretativo⁸⁵⁴. La posizione assunta dalla Corte rivela come un principio giuridico, ed il principio dell'autodeterminazione nello specifico, possa produrre conseguenze giuridiche dirette in una situazione concreta⁸⁵⁵. Nella seconda parte dello stesso paragrafo, la Corte richiamò le proprie precedenti decisioni in cui affermò la natura evolutiva del principio e l'estensione del suo ambito di applicazione oltre gli originali confini formali⁸⁵⁶. In particolare, la Corte fece riferimento all'interpretazione dell'articolo 22 (1) del Patto della Società delle Nazioni secondo il quale l'espressione "*sacred trust of civilization*" riguardava l'autodeterminazione dei popoli coinvolti nel regime dei mandati⁸⁵⁷. La formula fu ristretta a "*sacred trust*" nell'articolo 73 della Carta delle Nazioni Unite e fu prevista a favore dei territori la cui popolazione non aveva ancora raggiunto una piena autonomia⁸⁵⁸. Nel corso di una serie di casi

⁸⁵⁴ Vedi ricostruzione di ALSTON PHILIP, *Peoples Rights: their Rise and Fall*, in ALSTON PHILIP (ED), *Peoples Rights*, Oxford, 2001, p. 261 dove si afferma che "in this Charter incarnation self determination was not a right at all but only a principle."

⁸⁵⁵ Sulla nozione di "principio" vedi VIRALLY MICHEL, *Le droit international en devenir: essais écrits au fil des ans*, Parigi, 1990, pp. 195-196.

⁸⁵⁶ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 88: "The Court would recall that in 1971 it emphasized that current developments in "international law in regard to non-self-governing territories, as enshrined in the Charter of the United Nations, made the principle of self-determination applicable to all [such territories]". The Court went on to state that "These developments leave little doubt that the ultimate objective of the sacred trust" referred to in Article 22, paragraph 1, of the Covenant of the League of Nations "was the self-determination.... of the peoples concerned.[....] The Court has referred to this principle on a number of occasions in its jurisprudence. The Court indeed made it clear that the right of peoples to self-determination is today a right *erga omnes*."

⁸⁵⁷ Articolo 22 del Patto della Società delle Nazioni: "1. To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilisation and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant.

2. The best method of giving practical effect to this principle is that the tutelage of such peoples should be entrusted to advanced nations who by reason of their resources, their experience or their geographical position can best undertake this responsibility, and who are willing to accept it, and that this tutelage should be exercised by them as Mandatories on behalf of the League."

I successivi paragrafi distinguono tra i diversi tipi di amministrazione, successivamente denominati Mandati di tipo A, B o C. La Palestina venne posta sotto un Mandato di tipo A, definito nel 4 comma: "3. The character of the mandate must differ according to the stage of the development of the people, the geographical situation of the territory, its economic conditions and other similar circumstances.

4. Certain communities formerly belonging to the Turkish Empire have reached a stage of development where their existence as independent nations can be provisionally recognized subject to the rendering of administrative advice and assistance by a Mandatory until such time as they are able to stand alone. The wishes of these communities must be a principal consideration in the selection of the Mandatory."

⁸⁵⁸ Articolo 73 Carta delle Nazioni Unite: "Members of the United Nations which have or assume responsibilities for the administration of territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government recognize the principle that the interests of the inhabitants of these territories are paramount, and accept as a sacred trust the

riguardanti lo *status* del sud-ovest africano⁸⁵⁹, la Corte sviluppò una lettura del “*sacred trust*” che includeva il raggiungimento dell’autodeterminazione per le popolazioni coinvolte, ancorché la Carta a tal proposito non prevedesse nulla⁸⁶⁰. In seguito, influenzata dalle evoluzioni del diritto internazionale, la Corte estese il concetto di “*sacred trust*” anche a tutti i territori non autonomi, indipendentemente dal loro *status* formale⁸⁶¹, adattando così tale espressione ai nuovi scenari della decolonizzazione. Tale ampliamento fu poi rinforzato dall’affermazione della generale opponibilità, *erga omnes*, del diritto all’autodeterminazione⁸⁶².

Con riguardo al caso in oggetto, è necessario porre in evidenza, però, che la situazione in Cisgiordania e Gaza differisce da quelle della Namibia e del Sahara Occidentale prese in considerazione dalla Corte, dal momento che il legame con il passato coloniale è solo indiretto. Appare dunque rilevante il commento espresso dalla giudice Higgins nella sua *separate opinion* ove dichiara che la Corte per la prima volta nel caso in oggetto adottò una visione

obligation to promote to the utmost, within the system of international peace and security established by the present Charter, the well-being of the inhabitants of these territories, and, to this end:

- a. to ensure, with due respect for the culture of the peoples concerned, their political, economic, social, and educational advancement, their just treatment, and their protection against abuses;
- b. to develop self-government, to take due account of the political aspirations of the peoples, and to assist them in the progressive development of their free political institutions, according to the particular circumstances of each territory and its peoples and their varying stages of advancement;
- c. to further international peace and security;
- d. to promote constructive measures of development, to encourage research, and to co-operate with one another and, when and where appropriate, with specialized international bodies with a view to the practical achievement of the social, economic, and scientific purposes set forth in this Article; and
- e. to transmit regularly to the Secretary-General for information purposes, subject to such limitation as security and constitutional considerations may require, statistical and other information of a technical nature relating to economic, social, and educational conditions in the territories for which they are respectively responsible other than those territories to which Chapters XII and XIII apply.”

⁸⁵⁹ *International Status of South West Africa, Advisory Opinion* 11 luglio 1950, ICJ Reports 1950, *Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa*, Advisory Opinion 7 giugno 1955, ICJ Reports 1955, *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa*, Advisory Opinion 11 giugno 1956, ICJ Reports 1956 e *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276*, Advisory Opinion, 21 giugno 1971, ICJ Reports 1971.

⁸⁶⁰ Vedi HIGGINS ROSALYN, *International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes*, in *Recueil des Cours*, vol. 224 (1991-V), p. 154 dove si afferma che “the common assumption that the United Nations Charter underwrites self determination in the current sense of the term is in fact a retrospective rewriting of history.” Analogamente in NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER PATRICK E PELLET ALAIN, *Droit international public*, Parigi, 1995, 6° ed., p. 514 si afferma che “loin de promouvoir la décolonisation, la Charte organiste juridiquement le colonialisme.”

⁸⁶¹ *Western Sahara Advisory Opinion*, 16 ottobre 1975, ICJ Reports, 1975, 19, par. 162.

⁸⁶² *Case concerning East Timor (Portugal v. Australia)* Judgement 30 giugno 1995, ICJ Reports 4, 1995, p. 102, par. 29.

dell'autodeterminazione post-coloniale⁸⁶³. Pur condividendo la sua critica nei confronti dell'estrema scarsità di analisi giuridica operata dalla Corte con riferimento all'autodeterminazione, va sottolineato che la distinzione tra applicazione coloniale e post-coloniale del principio in esame mette in luce un elemento la cui importanza può non essere immediatamente percepibile. Il caso della Palestina si radica nell'ambito coloniale e avrebbe prodotto i risultati tipici della decolonizzazione, se non fosse per l'atipicità e le contraddizioni del mandato del Regno Unito⁸⁶⁴. Si potrebbe essere quindi portati a concludere che l'attuale situazione palestinese sia il frutto di un processo di decolonizzazione inceppatosi⁸⁶⁵ e che la "Questione palestinese" rappresenti una materia in cui l'interesse delle Nazioni Unite deriva dall'adozione del piano di partizione del 1948, con il quale si doveva estinguere il mandato britannico⁸⁶⁶. Analizzando la "Questione palestinese" da questa angolazione, la dislocazione e la modifica dei confini attuata dalla risoluzione che prevedeva la creazione di due Stati può essere considerata come un piccolo inconveniente nel raggiungimento di un appiannamento della questione. Stando a questa ricostruzione il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese troverebbe origine nella conclusione del mandato britannico⁸⁶⁷, ma mentre il normale svolgimento degli eventi avrebbe previsto la creazione di un'entità Palestinese entro i confini del mandato, attraverso l'adozione della risoluzione 181⁸⁶⁸ l'Assemblea Generale adottò un piano di partizione eccezionale, dovuto alla natura del mandato britannico che imponeva alla potenza mandataria il dovere di assistenza nella creazione di *a Jewish national home* in Palestina. L'attuazione di tale piano avrebbe dovuto portare alla creazione di due

⁸⁶³ Separate Opinion del giudice Higgins, par. 29-30.

⁸⁶⁴ Il mandato sulla Palestina, essendo un mandato di tipo A, garantiva al territorio un riconoscimento provvisorio della imminente sovranità, ma l'incorporazione della Balfour Declaration, richiese inoltre alla potenza detentrica del Mandato di inserire una mozione per la creazione di "a Jewish national home" in Palestina, atteggiamento che gli abitanti Arabi ritennero lesivo del loro diritto all'autodeterminazione. Vedi per esempio STRAWSON JOHN, *Mandate Ways: Self-Determination in Palestine and the "Existing Non-Jewish Communities"*, in SILVERBURG SANFORD, *Palestine and International Law: Essays on Politics and Economics*, Jefferson 2002, p. 251.

⁸⁶⁵ Vedi MAZZAWI MUSA, *Palestine and the Law. Guidelines for the Resolution of the Arab-Israeli Conflict*, Londra, 1997.

⁸⁶⁶ Ciò trova conferma nel rifiuto da parte della Corte, della contestazione secondo la quale l'opinione deciderebbe indirettamente un caso contenzioso senza il consenso di Israele. Vedi [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004, par. 49.

⁸⁶⁷ Vedi VAN DE CRAEN FRANK, *The territorial Title of the State of Israel to "Palestine": an Appraisal in International Law*, in *Revue Belge de Droit International*, vol. 14, pp. 532-535.

⁸⁶⁸ Vedi *supra*, p. 24.

Stati anziché uno e all'attribuzione di un regime internazionale a Gerusalemme⁸⁶⁹. Tale processo sarebbe dovuto sfociare nell'attribuzione di un titolo giuridico sui territori rispettivamente al nuovo Stato d'Israele e ad uno Stato Arabo.⁸⁷⁰ Le unità su cui esercitare l'autodeterminazione sarebbero dunque quelle previste inizialmente dal piano di partizione, entro i confini previsti dalla linea dell'armistizio del 1948. Analizzata da questa prospettiva, la "Questione palestinese" non si caratterizzerebbe per nulla di diverso da una circostanza di applicazione del diritto all'autodeterminazione in frangenti di decolonizzazione e si inserirebbe semplicemente nella serie di precedenti in tema⁸⁷¹. Ma l'inciso della giudice Higgins, secondo il quale le relazioni tra Israele e Palestina non possono essere inserite all'interno del quadro coloniale, è indubbiamente corretto. Il rifiuto del piano di partizione da parte della popolazione araba determinò lo scatenarsi di uno stato di agitazione che non si è ancora esaurito, e le pretese dei due fronti, palestinese e israeliano, nonostante abbiano coinvolto le Nazioni Unite per motivi all'origine coloniali, successivamente si modificarono ed assunsero delle caratterizzazioni peculiari che le distinguono dal contesto coloniale in cui sorsero. Per tale ragione Israele, che non può essere equiparato ad una Potenza coloniale, riveste invece il ruolo di Potenza occupante, e in quanto tale non può in ogni caso esercitare la sovranità sui Territori occupati⁸⁷². Nel Parere, la Corte dichiarò legittime le pretese di autodeterminazione del popolo palestinese e, dato che l'origine di tale diritto non può essere

⁸⁶⁹ Il piano fu accettato da Israele, ma rifiutato dagli Stati Arabi. A seguito della risoluzione, Israele proclamò la sua indipendenza e la guerra scoppiò. Per un'analisi vedi WRIGHT QUINCY, *The Palestine Conflict in International Law*, in KHADDURI MAJID (ED), *Major Middle Eastern Problems in International Law*, Washington, 1972, pp. 13-36.

⁸⁷⁰ Il giudice Al-Khasawneh nella sua Separate Opinion, par. 11(2), dichiarò che: "Attempts at denigrating the significance of the Green Line would in the nature of things work both ways. Israel cannot shed doubts upon the title of others without expecting its own title and the territorial expanse of that title beyond the partition resolution not to be called into question. Ultimately it is through stabilizing its legal relationship with the Palestinians and not through constructing walls that its security would be assured."

⁸⁷¹ Lo stesso si sarebbe potuto affermare per il caso di Timor Est, prima della sua risoluzione, e del Sahara Occidentale, ai giorni nostri. Ma Timor Est continuò ad essere considerato un territorio non autonomo dallo Special Committee of 24 on Decolonization, anche durante la sua occupazione da parte dell'Indonesia, e il Sahara Occidentale è ancora presente nella lista del Comitato, avendo l'Assemblea Generale riaffermato nel 1990 che questa rimane una questione di decolonizzazione che deve essere conclusa con il popolo del Sahara Occidentale, anche dopo il ritiro ufficiale della Spagna nel 1976. La Palestina non fu mai inclusa nella lista dei territori non autonomi stilata dal Comitato.

⁸⁷² L'occupazione viene così definita dall'ICRC: "A situation of occupation confers both rights and obligations on an occupying power. However, while a situation of occupation may in fact prevent a government from exercising sovereignty over part or all of its territory, this does not confer sovereign rights on the occupant. Occupation is by definition a temporary situation that interferes with, but does not diminish or terminate, the sovereign rights of the people under occupation", disponibile su: http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/htmlall/section_ihl_occupied_territory (ultima visita 02/02/06).

rintracciata nel passato coloniale della regione, si può ritenere che sia la situazione di occupazione e di dominazione straniera l'elemento su cui l'autodeterminazione palestinese si fonda⁸⁷³. Il diritto all'autodeterminazione discende dunque dal mantenimento, da parte di una Potenza occupante, della propria presenza su di un territorio che non può dichiarare proprio attraverso l'uso della forza e la situazione precedente all'occupazione, fosse essa coloniale o meno, risulta irrilevante. I confini dell'unità territoriale su cui esercitare tale diritto si definiscono in relazione all'estensione dell'occupazione che delimita la zona di territorio che non può essere legittimamente rivendicata dalla Potenza occupante. A tale proposito la *Green Line* riveste il ruolo di demarcazione dell'unità territoriale su cui i palestinesi possono esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione, distinguendo il territorio israeliano dal territorio non israeliano. La posizione assunta dalla Corte rispecchia il punto di vista espresso anche dalla maggior parte della dottrina e dagli stessi organi delle Nazioni Unite⁸⁷⁴ ed il richiamo dell'ampliamento dell'ambito di applicabilità dell'autodeterminazione a tutti i territori non autonomi serve come punto di partenza per l'ulteriore estensione a tutti i territori dove si può riscontrare “*alien subjugation, domination and exploitation*”⁸⁷⁵, a prescindere dall'esistenza di un passato coloniale. In tale senso, l'opinione della Corte rappresenta allo stesso tempo un punto di svolta ed una connessione tra l'autodeterminazione coloniale e post-coloniale, riconoscendo l'occupazione come fonte legittima di autodeterminazione e fornendo l'opportunità che anche in altre situazioni, non direttamente coinvolte dalla colonizzazione,⁸⁷⁶ venga riconosciuto tale diritto.

La Corte poi analizzò la materia dell'autodeterminazione dal punto di vista delle violazioni generate dalla costruzione della barriera. Prima di entrare nel merito di tali considerazioni, però, la Corte ribadì che la classificazione dei palestinesi come popolo non era più in discussione⁸⁷⁷. L'utilizzo dell'espressione “non più” porta a credere che vi fosse stato un periodo in cui l'identificazione della popolazione palestinese con il termine popolo ai sensi del diritto

⁸⁷³ Vedi CASSESE ANTONIO, *op. cit.*, n. 809, p. 240.

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ Separate Opinion del giudice Higgins, par. 29.

⁸⁷⁶ Come ad esempio il Tibet, sul punto si veda PARKER KAREN, *Understanding Self Determination: the Basics*, in KLY Y. N. E KLY D. (EDS.), *In pursuit of the Right of Self Determination*, Ginevra, 2001, p. 69. Ma circa dei dubbi in merito alla classificazione del caso si veda CASSESE ANTONIO, *op. cit.*, n. 809, p. 95, n. 86.

⁸⁷⁷ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 73.

all'autodeterminazione era in discussione e dunque ci si sarebbe aspettati un'analisi delle evoluzioni in materia. Invece, la Corte si limitò a ribadire una posizione, peraltro ampiamente condivisa in dottrina e dagli stessi organi delle Nazioni Unite⁸⁷⁸, e sottolineò il riconoscimento del popolo palestinese e dell'Organizzazione per la Liberazione della Palestina, come suo rappresentante, operato da Israele⁸⁷⁹, ad evidenziare che il punto non era assolutamente oggetto di contestazioni.

Dato lo stretto legame tra popolo e territorio, l'asserzione della Corte richiede delle considerazioni in merito all'unità territoriale entro cui il popolo può esercitare il proprio diritto. Se la "Questione palestinese" fosse una situazione puramente coloniale, la problematica territoriale sarebbe risolta distinguendo tra territorio della potenza coloniale e quello dell'entità non autonoma. Il divieto di modifiche territoriali unilaterali da parte della potenza coloniale e l'operare del principio dell'*uti possidetis jure*⁸⁸⁰ avrebbero assicurato la nascita di uno Stato entro i confini definiti dal mandato⁸⁸¹. La rinuncia al mandato da parte del Regno Unito, però, determinò la gestione della questione da parte delle Nazioni Unite, entro il cui ambito l'Assemblea Generale adottò il piano di partizione che riconosceva l'esistenza di due distinti popoli, ognuno dei quali

⁸⁷⁸ L'Assemblea Generale riaffermò il diritto inalienabile del popolo palestinese in Palestina tutti gli anni da quando inserì la "Questione palestinese" nella sua Agenda, nel 1974 (UNDoc. A/RES/3236 (XXIX) del 22 novembre 1974). Inoltre organi sussidiari furono creati a tale scopo, come il "Committee on the Exercise of the Inalienable Rights of the Palestinian People" (UNDOC A/RES/3376 (XXX) del 10 novembre 1975) successivamente affiancato da una "Division for Palestine Rights" operante all'interno del Segretariato, istituita in attuazione della risoluzione UNDOC A/RES/32/40(B) del 2 dicembre 1977.

⁸⁷⁹ Vedi [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 118: "As regards the principle of the right of peoples to self-determination, the Court observes that the existence of a "Palestinian people" is no longer in issue. Such existence has moreover been recognized by Israel in the exchange of letters of 9 September 1993 between Mr. Yasser Arafat, President of the Palestine Liberation Organization (PLO) and Mr. Yitzhak Rabin, Israeli Prime Minister. In that correspondence, the President of the PLO recognized "the right of the State of Israel to exist in peace and security" and made various other commitments. In reply, the Israeli Prime Minister informed him that, in the light of those commitments, "the Government of Israel has decided to recognize the PLO as the representative of the Palestinian people"."

⁸⁸⁰ Tale principio deriva dal diritto romano e fu applicato nel contesto della decolonizzazione dell'America Latina nel XIX secolo. In base a tale dottrina, quando la Spagna lasciava le sue colonie in America Latina i confini instaurati dovevano essere rispettati e non potevano venire cambiati in nessun caso. Tale disciplina fu riconosciuta come avente valore consuetudinario.

⁸⁸¹ Il legame tra *uti possidetis* e l'autodeterminazione fu affermato dalla Camera della Corte nel caso *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali)*, 22 dicembre 1986, ICJ Reports, 1986, p. 533, ove recita: "...the principle is not a special rule which pertains solely to one specific system of international law. It is a general principle, which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence, wherever it occurs."

legittimato alla creazione di un proprio Stato⁸⁸². L'obiettivo della creazione dello Stato palestinese non venne tuttavia mai raggiunto. Ciò non può essere fatto risalire alle problematiche normalmente connesse all'autodeterminazione esterna, in particolare quelle attinenti alla secessione, dal momento che Cisgiordania e Gaza non sono formalmente parte di Israele. Il Regno di Giordania, la cui annessione del territorio avvenne in circostanze discutibili e le cui pretese di sovranità furono fortemente contestate durante l'amministrazione dell'area⁸⁸³, rinunciò ufficialmente ad ogni titolo di sovranità sul territorio nel 1988, così da permettere la nascita dello Stato palestinese⁸⁸⁴. Di conseguenza, sembrerebbe che il territorio sul quale i palestinesi vogliono esercitare il proprio diritto all'autodeterminazione non sia soggetto all'esercizio di sovranità di alcuno, quindi disponibile per l'acquisizione. In realtà, è più corretto affermare che la sovranità esiste e risiede nel popolo palestinese, ancorché dal momento che questo non può esercitarla, potrebbe essere definita una sovranità in sospeso⁸⁸⁵. Tale ultimo concetto fu coniato da Sir Arnold McNair nel 1950⁸⁸⁶ riferendosi ad un passaggio presente in una disposizione del Patto in materia di mandati, ove si metteva in luce che i territori in questione avevano cessato di essere sottoposti alla sovranità dello Stato che precedentemente li governava, senza essere passati nella giurisdizione di una nuova Potenza sovrana.⁸⁸⁷ Dal momento che la popolazione dei territori sottoposti a mandato era considerata come incapace di gestirsi autonomamente⁸⁸⁸, e la creazione di un mandato non comportava né il trasferimento del territorio né il trasferimento della sovranità, nessuno né il vecchio Stato sovrano, né la nuova potenza che esercitava il mandato, né gli abitanti del territorio, potevano essere considerati i detentori della sovranità. Per tale ragione il giudice McNair, tentando

⁸⁸² Ciò era già implicito nell'annessione della Balfour Declaration, nei termini del mandato, vedi *supra*, n. 864. I documenti in questione sono consultabili in LAQUEUR WALTER E RUBIN BARRY, *The Israel-Arab reader: A Documentary History of the Middle East Conflict*, New York, 2001, p. 16 e p. 30.

⁸⁸³ Vedi MAZZAWI MUSA, *op. cit.*, n. 865 e *supra*, n. 194.

⁸⁸⁴ Si veda "King Hussein of Jordan: Disengagement from the West Bank, 31 luglio 1988, in LAQUEUR WALTER E RUBIN BARRY, *op. cit.*, n. 882.

⁸⁸⁵ Per un'analisi del concetto si veda BERMAN NETHANIEL, *Sovereignty in Abeyance: Self Determination and International Law*, in *Wisconsin International Law Journal*, 1988, vol. 7, p. 51.

⁸⁸⁶ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 advisory opinion*, 21 giugno 1971, ICJ Reports 1971, Separate Opinion del giudice Mc Nair, p. 150.

⁸⁸⁷ Né l'annessione né l'acquisizione di un titolo su di un territorio erano considerati ammissibili, poiché il mandato era esercitato su richiesta e per conto della Società delle Nazioni. Alla potenza che deteneva il mandato era giuridicamente assicurata l'autorità di amministrare il territorio e di esercitarvi un controllo effettivo, di intensità variabile a seconda delle tipologie di mandato, ma non gli era concesso di stabilirvi una piena sovranità.

⁸⁸⁸ Articolo 22(1) del Patto della Società delle Nazioni, vedi *supra* n. 857.

di spiegare dove risiedesse la sovranità in tali circostanze, tracciò un parallelismo tra il concetto del “*sacred trust of civilization*” e la disciplina anglosassone del *trust*⁸⁸⁹ e dichiarò che il sistema dei mandati istituiva una nuova relazione tra il territorio ed i suoi abitanti, da un lato, e il governo che rappresenta internazionalmente i loro interessi dall’altro, ed in tali frangenti la sovranità poteva essere considerata sospesa fino a quando gli abitanti del territorio avessero ottenuto il riconoscimento come uno Stato indipendente⁸⁹⁰.

Nonostante Israele, come si è visto, non sia una potenza coloniale e non sia soggetto alle obbligazioni di una potenza che esercita un mandato, la disciplina dell’occupazione gli impedisce di modificare unilateralmente la composizione del territorio fino a che la controversia persiste. Di conseguenza, il territorio è da considerarsi congelato entro i limiti della linea dell’Armistizio prevista nel 1949, in attesa di una soluzione della controversia tra Israele e Palestina attraverso la via dei negoziati⁸⁹¹. Ciò non significa che la *Green Line* debba inevitabilmente diventare un confine internazionale. Essa rappresenta la linea da cui partire per determinare l’estensione della presenza di Israele nei territori non-israeliani e nel 1967 divenne il limite oltrepassato il quale Israele era tenuto a ritirare le proprie truppe. L’Assemblea Generale nel richiedere il Parere alla Corte, dimostrò di essere conscia del fatto che comunque la *Green Line* non costituisce una frontiera permanente⁸⁹².

⁸⁸⁹ In particolare, l’esercizio del *trust* nell’interesse di una parte terza oppure della società, con un possesso fissato e limitato dalla legge e un divieto di appropriazione del patrimonio.

⁸⁹⁰ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 advisory opinion*, ICJ Reports 1971, Separate Opinion del giudice Mc Nair, p. 150: “The Mandate System is a new institution, a new relationship between territory and its inhabitants on the one hand and the government which represents them internationally on the other, a new species of international government, which does not fit into the old conception of sovereignty and which is alien to it.....Sovereignty over a Mandated Territory is in abeyance; if and when the inhabitants of the territory obtain recognition as an independent State.....sovereignty will revive and vest in the New State.”

⁸⁹¹ La Corte è consapevole di ciò e vi fa espresso riferimento al paragrafo 72 del parere: “In particular, one such agreement was signed in Rhodes on 3 April 1949 between Israel and Jordan. Articles V and VI of that Agreement fixed the armistice demarcation line between Israeli and Arab forces (often later called the “Green Line” owing to the colour used for it on maps; hereinafter the “Green Line”). Article III, paragraph 2, provided that “No element of the.... military or para-military forces of either Party.... shall advance beyond or pass over for any purpose whatsoever the Armistice Demarcation Lines....” It was agreed in Article VI, paragraph 8, that these provisions would not be “interpreted as prejudicing, in any sense, an ultimate political settlement between the Parties”. It was also stated that “the Armistice Demarcation Lines defined in articles V and VI of [the] Agreement [were] agreed upon by the Parties without prejudice to future territorial settlements or boundary lines or to claims of either Party relating thereto”. The Demarcation Line was subject to such rectification as might be agreed upon by the parties.”

⁸⁹² Vedi dichiarazione di Sir Arthur Watts, rappresentante della Giordania, durante le udienze orali (UN.Doc CR 2004/3) p. 64, ove viene affermato: “Thus the Green Line is the starting line from which is measured the extent of Israel’s occupation of non-Israeli territory; originating in 1949 as an armistice line, it became in 1967 the line to the

Indipendentemente dalla classificazione del territorio oltre la *Green Line*, è certo che esso non può essere considerato parte di Israele, almeno fino a che non intervenga un accordo tra le parti teso a definire dei confini internazionali. Nel frattempo il titolo dei palestinesi ad esercitare la sovranità sui Territori occupati, discendente direttamente dal loro diritto all'autodeterminazione, rimane congelato in attesa che la controversia venga risolta e l'occupazione termini.

Chiarita l'esistenza del popolo Palestinese ed il suo diritto all'autodeterminazione, la Corte analizzò se ed in che modo la barriera interferisse con tale diritto. Le interferenze nel diritto all'autodeterminazione derivanti dalla costruzione della furono identificate con il crearsi di due tipologie di erosioni, una territoriale ed una demografica. Per quanto concerne la prima, l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina dichiarò che, dal momento che la barriera si allontanava dalla *Green Line* ed era in larga parte costruita all'interno dei Territori occupati, limitava notevolmente l'area territoriale su cui il popolo palestinese era legittimato ad esercitare il diritto all'autodeterminazione ed inoltre costituiva una violazione del divieto di acquisizione di un territorio con la forza⁸⁹³. La Corte notò che l'andamento del percorso della barriera sembrava essere stato scelto a protezione dei coloni israeliani presenti nei Territori occupati⁸⁹⁴ e, sottolineando l'illegalità degli insediamenti, paventò la possibilità dell'inclusione dell'area così delimitata entro il territorio di Israele. Tale inclusione rappresenterebbe, secondo la Corte, una limitazione unilaterale dell'unità territoriale su cui il popolo palestinese può esprimere il proprio diritto all'autodeterminazione ed un'acquisizione di territori attraverso l'uso della forza in violazione del diritto internazionale⁸⁹⁵.

A proposito della seconda tipologia di erosione, quella demografica, la Corte, dopo aver dichiarato la sussistenza di numerose violazioni della disciplina dei diritti umani causate dalla costruzione della barriera e dal regime amministrativo ad essa collegato, sottolineò come un considerevole numero di palestinesi fosse già stato costretto ad abbandonare determinate aree a

Israeli side of which Israel had to withdraw its forces, and on the non-Israeli side of which territory was "occupied" by Israel. The terms of the General Assembly's request for an advisory opinion reflect that consistent United Nations position and involves no implication that the Green Line is to be a permanent frontier."

⁸⁹³ Vedi Written Statement della Palestina, p. 305.

⁸⁹⁴ [*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* advisory opinion](#), 9 luglio 2004 par. 119.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, par. 121.

seguito dell'edificazione della barriera⁸⁹⁶. La Corte poi proseguì affermando che la creazione di *enclaves* e l'isolamento di numerose zone, così come la presenza di insediamenti israeliani, determinavano un'alterazione della composizione demografica dei Territori occupati e, quindi, un ostacolo all'esercizio del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese⁸⁹⁷. Va però sottolineato che, mentre la requisizione di terreni attraverso l'uso della forza o i cambiamenti demografici attraverso trasferimenti forzati o politiche di insediamento, rappresentano indubbiamente delle violazioni del diritto internazionale, le situazioni esaminate dalla Corte in riferimento all'autodeterminazione erano leggermente differenti. La Corte, infatti, adottò un atteggiamento possibilista nei confronti, in particolare, dell'erosione territoriale, dichiarando che nonostante prestasse attenzione alle garanzie di Israele in merito al fatto che la barriera costituiva una misura temporanea e non determinava alcuna annessione⁸⁹⁸, non poteva rimanere indifferente ai timori espressi circa la relazione tra il percorso della barriera e il confine tra Israele e Palestina e circa la possibilità di integrazione degli insediamenti entro il territorio di Israele. La Corte, di conseguenza, affermò che la costruzione della barriera ed il regime ad essa associato, costituivano un *fait accompli* in ragione del fatto che potrebbero diventare permanenti. In tal caso, a prescindere dalla classificazione della barriera offerta da Israele, questa determinerebbe un'annessione *de facto*⁸⁹⁹.

In base alle espressioni utilizzate dalla Corte, la situazione che potrebbe diventare permanente e determinare un'annessione *de facto*, non si è ancora verificata e quindi la violazione di Israele è ancora *in statu nascendi*. Lo stesso ragionamento può essere riproposto, ad un livello inferiore, per l'erosione demografica, dal momento che la Corte, nonostante avesse affermato che in alcune zone uno spostamento della popolazione palestinese si era già verificato, dichiarò che la politica israeliana “*is tending to alter*” la composizione demografica dei Territori e che sussisteva quindi un rischio di ulteriori alterazioni derivante dalla costruzione della barriera e dal conseguente spostamento di persone⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, par. 133.

⁸⁹⁷ *Ibid.*, par. 122.

⁸⁹⁸ *Ibid.*, par. 116.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, par. 118 e *supra*, p. 76.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, 122 e 133.

Dall'atteggiamento tenuto dalla Corte nell'affrontare la tematica dell'autodeterminazione è possibile dedurre che, mentre l'annessione e le alterazioni demografiche integrerebbero per certo gli estremi di una violazione di diritto internazionale, anche la mera possibilità che tali eventi si verificassero, in conseguenza di un'azione unilaterale di una parte, rappresenta un'infrazione del diritto. In tal senso, non è l'acquisizione territoriale né gli spostamenti di popolazione che sono sanzionati, ma piuttosto l'intenzione di Israele di creare le circostanze che rendano possibile l'avverarsi di tali violazioni, e dunque, ciò che è propriamente considerato dalla Corte non è il risultato dell'autodeterminazione, ma il suo processo. La giudice Higgins nella sua *separate opinion* sottolineò che la barriera non aveva un impatto diretto sul risultato dell'autodeterminazione, non essendo la barriera il reale ostacolo all'esercizio del diritto, ma piuttosto l'incapacità e/o la mancanza di volontà sia di Israele sia dell'Autorità nazionale palestinese, di coordinarsi per creare le condizioni necessarie⁹⁰¹. Secondo la giudice, qualora la barriera non fosse stata edificata, il popolo palestinese non avrebbe comunque esercitato il suo diritto all'autodeterminazione e quindi la definizione della barriera come serio ostacolo all'esercizio dell'autodeterminazione appariva agli occhi del giudice Higgins espressione di un atteggiamento non realistico e non bilanciato⁹⁰².

Indubbiamente la costruzione della barriera si pone come problema dalle dimensioni più ridotte rispetto alla "Questione palestinese" in generale e nella sua complessità, ma ciò non toglie che comporti comunque delle violazioni di rilievo al diritto all'autodeterminazione, sebbene attengano al procedimento piuttosto che al risultato⁹⁰³. Una potenza coloniale si sarebbe vista imporre l'obbligo di predisporre un procedimento attraverso cui offrire alla popolazione del territorio non autonomo sottoposto al suo governo la possibilità di esercitare il diritto all'autodeterminazione. Israele, tuttavia, non è una potenza coloniale e quindi non è soggetto agli obblighi discendenti dalla disciplina della decolonizzazione, sebbene sia comunque sottoposto agli obblighi discendenti dal diritto dell'occupazione bellica e dell'autodeterminazione in generale. In particolare, pur non essendo obbligato a garantire un procedimento per giungere all'autodeterminazione, che nel caso di specie è necessario raggiungere attraverso i negoziati ed il termine dell'occupazione, ha certamente l'obbligo di non ostacolare né impedire il realizzarsi di tale

⁹⁰¹ Separate opinion del giudice Higgins, par. 30

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ Vedi *supra*, p. 171.

procedimento. L'importanza dei negoziati in tale situazione si esprime nell'impedire azioni unilaterali finalizzate alla modifica delle rispettive posizioni e dei termini dei negoziati stessi, in quanto seri intralci alla costituzione di un procedimento soddisfacente. La risposta alla domanda del giudice Kooijmans, il quale riconosce che l'edificazione della barriera costituisce un serio impedimento alla realizzazione del diritto all'autodeterminazione, ma si chiede se qualsiasi impedimento all'esercizio del diritto all'autodeterminazione rappresenti una violazione dell'obbligo di rispettarlo⁹⁰⁴, è che in tale circostanza, l'impedimento è in conflitto con un obbligo che è direttamente collegato con il diritto all'autodeterminazione, diritto che si concretizza anche nel godere di un opportuno procedimento che conduca ad esso, pure se tale procedimento si basa su negoziati⁹⁰⁵. Per tale ragione azioni unilaterali che possono impedire o pregiudicare il procedimento, come ad esempio l'insediamento e la conseguente protezione dei coloni nei Territori occupati, rappresentano una violazione del diritto. A nulla vale affermare che la misura adottata è di carattere temporaneo, in quanto la mera possibilità di un'annessione o il rafforzamento di spostamenti di popolazione, pongono Israele in violazione dell'obbligo di rispettare il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese, poiché esso ha il dovere di non compiere alcunché possa ostacolarne il godimento.

⁹⁰⁴ Separate Opinion del giudice Kooijmans, par. 32-33.

⁹⁰⁵ GAREAU JEAN-FRANCOIS, *op. cit.*, n. 794, p. 516.

Capitolo Quarto - Le responsabilità dei soggetti coinvolti così come individuate dalla Corte

4.1 I soggetti ritenuti responsabili.

La Corte affrontò la tematica delle conseguenze derivanti dall'illegalità della barriera e del regime ad essa associato sotto tre differenti profili riguardanti, rispettivamente, Israele, Stati terzi e le Nazioni Unite.

Israele fu ritenuto in obbligo di interrompere la costruzione della barriera e distruggere le parti già edificate.⁹⁰⁶ Inoltre la Corte dichiarò che il governo israeliano doveva provvedere alla *restituito in integrum* dei terreni confiscati a persone giuridiche o fisiche e, qualora ciò non fosse stato possibile, era tenuto a compensare tali persone per i danni subiti, in aggiunta all'obbligo generale di compensazione a favore di tutte le persone giuridiche o fisiche che a causa della costruzione della barriera avessero sofferto un danno materiale⁹⁰⁷. Oltre a ciò, la Corte affermò che Israele doveva abrogare tutti gli atti normativi o regolamentari adottati in funzione della barriera⁹⁰⁸ e conformarsi alla disciplina internazionale che la Corte aveva ritenuto violata dalla costruzione⁹⁰⁹.

Gli obblighi a carico di Israele previsti dalla Corte sono la diretta conseguenza del riconoscimento dell'illegalità della barriera e sotto tale profilo non manifestano alcuna peculiarità, se non fosse per il riconoscimento del diritto alla compensazione direttamente in capo alle persone danneggiate. La Corte a tale proposito richiamò il *Chorzow Case*,⁹¹⁰ ma a differenza di quanto stabilito in quella circostanza, ove l'obbligazione di eseguire una riparazione per i danni subiti era imposta ad uno Stato nei confronti di un altro Stato, nel caso della barriera la Corte impose un obbligo di compensazione ad Israele a beneficio di tutte le persone fisiche o giuridiche che avevano

⁹⁰⁶ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 150.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, par. 153.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, par. 151.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, par. 149.

⁹¹⁰ *Factory at Chorzów, Merits*, Judgment n. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, *Ibid.*, par. 152.

sofferto qualsiasi forma di danno materiale derivante dalla costruzione⁹¹¹. Ciò è pienamente conforme all'atteggiamento tenuto dalla Corte, peraltro internazionalmente dovuto, di non riconoscere all'Autorità Palestinese un ruolo paragonabile a quello di uno Stato giungendo, per tale via, ad attribuire direttamente ai palestinesi, nella loro capacità individuale, il diritto a vedersi compensati dei danni subiti senza l'intervento di un filtro statale. Questo elemento può essere letto come un'ulteriore conferma della forte considerazione da parte della Corte, dell'identità del popolo palestinese e del suo diritto all'autodeterminazione in vista della creazione di uno Stato sovrano.

Per quanto riguarda invece le obbligazioni a carico di Stati terzi la Corte dichiarò che, dato il carattere *erga omnes* di alcune obbligazioni cui Israele era venuto meno, tutti gli Stati erano tenuti a non riconoscere e a non offrire aiuto o assistenza al mantenimento della situazione creatasi a seguito della costruzione della barriera e che inoltre, gli Stati parte della Convenzione di Ginevra, ai sensi dell'articolo 1 della medesima, erano obbligati a "*ensure compliance by Israel with international humanitarian law*"⁹¹².

Infine la Corte, rivolgendosi alle Nazioni Unite, dichiarò che, in particolare l'Assemblea Generale e il Consiglio di Sicurezza, avrebbero dovuto valutare quali ulteriori strumenti sarebbero stati necessari per porre fine alla situazione di illegalità determinata dalla barriera.⁹¹³ Essa sottolineò, inoltre, l'urgente necessità per le Nazioni Unite di raddoppiare gli sforzi affinché il conflitto israeliano-palestinese giungesse ad una rapida conclusione che potesse garantire una pace duratura nella regione⁹¹⁴.

La Corte quindi, attraverso una serie di proposizioni dal contenuto abbastanza ampio, chiarì le conseguenze per gli Stati terzi, senza, però, offrire elementi utili alla loro implementazione pratica. Alle Nazioni Unite, invece, pose degli obiettivi di risultato⁹¹⁵, evitando però anche in tale caso, di indicare gli strumenti idonei a raggiungerli. Non deve tuttavia stupire che la Corte non abbia dato alcuna indicazione riguardo alle modalità con cui le Nazioni Unite o gli Stati potessero

⁹¹¹ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 153.

⁹¹² [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 159.

⁹¹³ *Ibid.*, par. 160.

⁹¹⁴ *Ibid.*, par. 161.

⁹¹⁵ "Further action is required to bring to an end the illegal situation resulting from the construction of the wall and the associated regime", *Ibid.*, par. 160 e "bring the Israeli-Palestinian conflict [...] to a speedy conclusion, thereby establishing a just and lasting peace in the region" *Ibid.*, par. 161.

adempiere alle proprie responsabilità, poiché anche in casi di giurisprudenza contenziosa la Corte sembra piuttosto restia ad indicare le azioni che gli Stati in causa devono intraprendere, in particolar modo quando le modalità per conformarsi alle proprie statuizioni rimangono essenzialmente nella discrezionalità delle parti. Per esempio l'*Haya de la Torre Case*⁹¹⁶ fu un tentativo delle stesse parti del precedente *Asylum Case*⁹¹⁷ di ottenere indicazioni su come dare attuazione all'antecedente giudizio. La Corte ritenne che l'asilo diplomatico esteso al signor Haya de la Torre dalla Colombia nella sua ambasciata a Lima fosse illegittimo e dovesse essere ritirato. La Corte riconobbe che nell'*Asylum Case* si era limitata a valutare la relazione che sussisteva tra le parti e la Convenzione dell'Avana, senza offrire indicazioni su come le obbligazioni da essa rilevate potessero essere adempiute. Notando il carattere della successiva richiesta delle parti, la Corte dichiarò di comprendere che le si chiedeva di operare una scelta tra le diverse procedimenti con cui il provvedimento d'asilo poteva essere ritirato, ma affermò anche che tale scelta era condizionata da fatti e possibilità che solo le parti erano in grado di valutare, non essendo basati su considerazioni giuridiche ma bensì su condizioni di fattibilità e di convenienza politica⁹¹⁸.

Non v'è dubbio che nel caso dell'opinione sulla barriera vi siano varie alternative possibili e diverse misure che possono dare attuazione alle obbligazioni riconosciute dalla Corte e che la Corte non possa prevederle puntualmente. Resta comunque il fatto che le responsabilità degli Stati e delle Nazioni Unite rimangono ad un livello astratto e le statuizioni della Corte assomigliano più a delle esortazioni, che a delle definizioni di doveri precisi.

4.2 Le obbligazioni *erga omnes*.

Le responsabilità individuate dalla Corte a carico degli Stati terzi e delle Nazioni Unite richiedono alcune considerazioni in merito alla natura *erga omnes* delle obbligazioni violate da Israele.

⁹¹⁶ *Haya de la Torre Case*, Judgment, 13 giugno 1951, ICJ Report, 1951, p. 71.

⁹¹⁷ *Asylum Case (Colombia/Peru)*, 20 novembre 1950, ICJ Report, 1950, p. 266.

⁹¹⁸ *Haya de la Torre Case*, op. cit., n. 916, p. 79.

A tale proposito la Corte richiamò quanto affermato nel *Barcelona Traction Case*⁹¹⁹ riguardo al fatto che determinate obbligazioni, per loro stessa natura, assumono rilievo per tutti gli Stati, i quali, in ragione dell'importanza dei diritti coinvolti, detengono un interesse giuridico in merito alla loro protezione⁹²⁰. Partendo da tale caratteristica, la Corte dichiarò il carattere *erga omnes* delle obbligazioni violate da Israele, in particolare per quanto concerne il rispetto del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese e di altri obblighi derivanti dal diritto umanitario⁹²¹. La classificazione di tali obbligazioni come *erga omnes* rappresenta, in entrambi i casi, un'evoluzione rispetto alla giurisprudenza precedente. Nel caso dell'autodeterminazione tale evoluzione si manifesta in un ampliamento dell'interpretazione adottata dalla Corte in materia, mentre per le obbligazioni di diritto umanitario si concretizza in una rivalutazione di quanto stabilito nel caso relativo all'utilizzo delle armi nucleari.

Per quanto riguarda il diritto all'autodeterminazione, la Corte andò oltre il semplice riconoscimento dell'opponibilità *erga omnes* del diritto, dichiarando il carattere *erga omnes* delle obbligazioni discendenti dalla violazione del diritto all'autodeterminazione⁹²². Affermando che il comportamento di Israele determina la violazione di obbligazioni *erga omnes*, la Corte riconobbe l'obbligo di agire internazionalmente in capo a tutta la comunità internazionale. In base a questa impostazione l'obbligo di cessazione dell'illecito deve essere attuato tramite l'intervento dell'intera comunità internazionale. La Corte quindi estese il carattere *erga omnes* del diritto all'autodeterminazione, affermato nei suoi precedenti⁹²³, anche alle obbligazioni derivanti dalla violazione di tale diritto in ragione dell'importanza sociale degli interessi coinvolti⁹²⁴.

Per quanto concerne le violazioni di diritto umanitario deve essere ricordato che nel *Nuclear Weapons Case*⁹²⁵ la Corte aveva dichiarato che la gran parte delle norme di diritto umanitario applicabili ai conflitti armati erano di importanza fondamentale per garantire il rispetto della

⁹¹⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, Second Phase, Judgment, 5 febbraio 1970, ICJ Reports 1970.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 32, par. 33.

⁹²¹ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 155.

⁹²² Vedi [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 159.

⁹²³ Vedi *supra* p. 178.

⁹²⁴ Vedi [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 159.

⁹²⁵ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 luglio 1996, I.C.J. Reports 1996(I).

persona umana e delle più basilari considerazioni di umanità. Per tale ragione dovevano essere osservate da tutti gli Stati, a prescindere dalla ratifica delle convenzioni, poiché costituivano degli “*intrasgressible principles of international customary law*.”⁹²⁶ La Corte nell’opinione in esame, dopo aver citato quanto affermato nel *Nuclear Weapons Case*, aggiunse che tali norme prevedevano delle obbligazioni di carattere *erga omnes*. Dal momento che la Corte non offrì ulteriori spiegazioni in merito al nesso sussistente tra i due concetti, si è portati a credere che l’importanza fondamentale per garantire il rispetto della persona umana e delle più basilari considerazioni di umanità riconosciuta nel caso sulle armi nucleari, ponga tali norme tra quelle la cui protezione costituisce un interesse giuridico dell’intera comunità internazionale⁹²⁷. Inoltre, dal momento che la Corte istituì una connessione diretta tra alcune norme di diritto internazionale umanitario e la sussistenza di obbligazioni *erga omnes* a carico degli Stati terzi, si potrebbe concludere che almeno le norme ritenute violate dalla Corte nel caso in oggetto, in particolar modo in tema di trattamento della proprietà e di trasferimento di parte della popolazione nei Territori occupati, rientrino tra quelle produttive di obbligazioni *erga omnes*⁹²⁸.

Per quanto attiene al significato giuridico della classificazione *erga omnes*, va sottolineato che la Corte mise in relazione tale caratteristica con le obbligazioni a carico degli Stati terzi e non delle Nazioni Unite e ciò è in linea con quanto affermato dall’articolo 41 degli articoli sulla responsabilità degli Stati⁹²⁹.

Sotto questo profilo è opportuno notare che alcuni membri della Corte, tra cui la giudice Higgins e il giudice Kooijmans, espressero delle riserve sull’opportunità di classificare le obbligazioni a carico degli Stati terzi come *erga omnes*.

La giudice Higgins ritenne che l’invocazione dell’incerto concetto *erga omnes* non risultasse necessaria dal momento che le conseguenze di non riconoscere e non offrire assistenza discendevano semplicemente dall’individuazione della Corte dell’esistenza di una situazione di

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 257, par. 79. Sul possibile significato di “*intrasgressible principles*”, vedi CONDORELLI, *Le droit international humanitaire, ou de l’exploration par la Cour d’une terra a peu près incognita pour elle*, in BOISSON DE CHAZOURNES E SANDS (EDS.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, 1998, p. 228 e ss., pp. 234-235.

⁹²⁷ MARCO PERTILE, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: A Missed Opportunity for International Humanitarian Law?*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2004, vol. 14, p. 154.

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 156.

⁹²⁹ REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666. Per il testo dell’articolo vedi *oltre*, n. 942.

illegittimità⁹³⁰. Inoltre, la classificazione di alcune norme di diritto internazionale umanitario come produttive di obbligazioni *erga omnes* era secondo la giudice, parimenti irrilevante poiché gli “*intragressible principles*” riconosciuti nel *Nuclear Weapons Case* erano generalmente vincolanti unicamente in ragione della loro natura consuetudinaria⁹³¹. La giudice osservò che il *dictum* affermato nel *Barcelona Traction Case* e ribadito dalla Corte nel paragrafo 159 dell’opinione, era “*frequently invoked more than it can bear*”, poiché lei riteneva che esso aveva ad oggetto la tematica del *locus standi*. Tale posizione è, a parere della giudice, condivisa anche dalla ILC ed espressa nel Commentario agli articoli sulla responsabilità degli Stati per gli atti internazionalmente illegittimi del 2001⁹³². La giudice fu estremamente ferma e risoluta nell’affermare che tale *dictum* non aveva niente a che vedere con l’imposizione di obbligazioni sostanziali alle parti terze di un caso⁹³³.

E’ opportuno mettere in luce che entro i confini stessi del *Barcelona Traction Case* la Corte circoscrisse, e forse, perfino contraddisse, la portata e le implicazioni di tale *dictum*⁹³⁴. La Corte, infatti, identificò i diritti umani fondamentali come produttivi di obbligazioni *erga omnes*⁹³⁵ ma successivamente sottolineò che gli strumenti in tema di diritti umani non conferivano agli Stati la capacità di proteggere le vittime di violazioni di questi diritti a prescindere dalla nazionalità⁹³⁶. E’ certamente possibile, e forse anche probabile, che tale qualificazione sia stata sostituita dai successivi sviluppi del diritto internazionale, e questa sembra essere anche la posizione espressa dall’ILC nei suoi articoli sulla responsabilità degli Stati.⁹³⁷ È comunque bene tenere a mente ciò che

⁹³⁰ Separate Opinion giudice Higgins, par. 38.

⁹³¹ *Ibid.*, par. 39.

⁹³² CRAWFORD JAMES, *The International law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 2002, Cambridge, p. 242, *Commentary to chapter III of Part Two*, ma si confronti l’affermazione del Professor Crawford nel suo Quarto Rapporto sulla Responsabilità degli Stati, ove dichiara che: “It does not seem disproportionate to allow all States to insist upon the cessation of a breach of an obligation owed to the international community as a whole. This would seem to follow directly from the Court’s dictum in *Barcelona Traction*. Whether a claimant State should be able to seek reparation “in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached” is, perhaps, less clear”, 2 aprile 2001, UN Doc A/CN.4/517, p. 16, par. 41.

⁹³³ Separate Opinion giudice Higgins, par. 37.

⁹³⁴ Sullo status, le implicazioni e l’interpretazione del *Barcelona Traction dictum* si veda RAGAZZI MAURIZIO, *The Concept of International Obligations erga omnes*, Oxford, 1997, capitolo 1, e DE HOOG ANDRÉ, *Obligations erga omnes and International Crimes*, The Hague 1996, pp. 49-53.

⁹³⁵ *Barcelona Traction case*, *op. cit.*, n. 919, p. 32, par. 34.

⁹³⁶ *Ibid.*, p. 47, par. 91.

⁹³⁷ Vedi articolo 48(1b) della Commission’s Articles on State Responsibility del 2001, riguardante l’invocazione di responsabilità da parte di uno Stato diverso da uno Stato danneggiato, ma cfr. con l’articolo 44 dove si riafferma la

il giudice Gros commentò nei *Nuclear Weapons Tests Cases*, ovvero che la presenza di posizioni conflittuali tra membri della Corte qualche volta riappare nel testo dell'opinione. Ciò può risultare pericoloso se, ad esempio, si cerca di utilizzare i paragrafi 33 e 34⁹³⁸ del *Barcelona Traction Case* senza prendere in considerazione l'esistenza di paragrafi incompatibili con essi, come i paragrafi dal 89 al 91 i quali furono effettivamente concepiti per qualificare e limitare l'ambito di applicazione delle statuizioni precedenti⁹³⁹.

Il giudice Kooijmans poi, espresse dubbi analoghi a quelli della giudice Higgins. Sebbene egli riconoscesse che nell'*East Timor Case* la Corte aveva classificato il diritto all'autodeterminazione in un contesto coloniale, come un diritto *erga omnes* e quindi opponibile a tutti, sottolineò che in quella circostanza nulla fu detto su come questo diritto dovesse essere tradotto in obbligazioni per gli Stati che non erano delle potenze coloniali⁹⁴⁰. Il giudice dichiarò che aveva notevoli difficoltà a comprendere perché una violazione di un'obbligazione *erga omnes* da parte di uno Stato dovesse necessariamente condurre ad un'obbligazione per uno Stato terzo. L'unica situazione in cui si poteva configurare una circostanza simile era quella delle obbligazioni previste dall'articolo 41 degli articoli sulla responsabilità degli Stati dell'ILC⁹⁴¹. Richiamando

regola della nazionalità delle invocazioni. Sul punto vedi SCOBIE IAN, *The invocation responsibility for the breach of "obligations under peremptory norms of general international law"*, in *European Law Journal*, 2002, vol. 13, pp. 1212-1218.

⁹³⁸ *Barcelona traction Case*, par. 33-34: "33. When a State admits into its territory foreign investments or foreign nationals, whether national or juristic persons, it is bound to extend to them the protection of the law and assumes obligations concerning the treatment afforded to them. These obligations, however, are neither absolute nor unqualified. In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature, the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*."

34. Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion*, 28 maggio 1951, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character."

⁹³⁹ *Nuclear tests (Australia v. France) case*, Judgment 20 dicembre 1974, ICJ Reports, 1974, Separate Opinion giudice Gros, p. 41, par. 24. disponibile su: http://www.icj-cij.org/icjwww/icas/iaf/iaf_ijudgment/iaf_ijudgment_19741220_gros.pdf (ultima visita 19/02/06).

⁹⁴⁰ Separate Opinion giudice Kooijmans, par. 33.

⁹⁴¹ *Ibid.*, par. 40.

l'articolo 41⁹⁴² il giudice Kooijomans, così come il giudice Al-Khasawneh⁹⁴³, superò qualsiasi potenziale distinzione concettuale tra ciò che costituisce *ius cogens* e le obbligazioni *erga omnes*⁹⁴⁴, dal momento che tale articolo attiene alle conseguenze di una seria violazione delle norme perentorie del diritto internazionale⁹⁴⁵.

L'elemento interessante è che l'articolo 41 non fu direttamente citato nell'opinione, nonostante la Corte avesse fatto uso delle espressioni in esso utilizzate. Tale mancanza di riferimento esplicito, però, non equivale ad un'assenza di discussione del tema in sede deliberativa da parte dei membri della Corte e ciò risulta evidente dal fatto che due giudici espressero delle riserve in merito nelle loro *separate opinions*⁹⁴⁶. La conclusione cui giunse la Corte nel suo complesso fu però opposta a quella sostenuta dai giudici Higgins e Kooijomans, poiché ritenne che le obbligazioni *erga omnes* erano in grado di imporre obbligazioni sostanziali a Stati terzi. L'influenza che in ciò ebbe l'articolo 41 è riscontrabile nell'affermazione contenuta al paragrafo 159 dell'opinione, ove si dichiarò che tutti gli Stati avevano il dovere “*to see to it that any impediment, resulting from the construction of the wall, to the exercise by the Palestinian people of its right to self-determination is brought to an end.*”

⁹⁴² REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, *op. cit.*, n. 666, Articolo 41(1) e (2): “1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of Article 40.

2. No State shall recognise as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of Article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.”

⁹⁴³ Separate Opinion giudice Al-Khasawneh, par. 13, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm> (ultima visita 19/02/06).

⁹⁴⁴ Ed il giudice Kooijomans è ben consapevole di tale superamento, vedi Separate Opinion giudice Kooijomans, par. 41.

⁹⁴⁵ Vedi articolo 40 degli Articoli sulla Responsabilità degli Stati dell'ILC, richiamato dall'articolo 41(1), che stabilisce: “This Chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.

A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.”

⁹⁴⁶ Questo discende dalla natura del processo deliberativo della Corte disciplinato nella sua Resolution on Internal Judicial Practice del 1976, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/ibasicdocuments/ibasictext/ibasicotherdocuments.html> (ultima visita 19/02/06). Per confrontare la risoluzione del 1976 con la precedente pratica della Corte si veda: LILICH AND WHITE, *The Deliberative Process of the International Court of Justice: a Preliminary Critique and Some Possible Reforms*, in *AJIL*, 1976, vol. 70, p. 28, ROSENNE SHABTAI, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, The Hague, pp. 225 e ss. e ROSENNE SHABTAI, *The Law and Practice of the International Court, 1920–1996*, 1997, The Hague, pp. 1562 e ss.

Riguardo al dovere di cooperazione previsto dall'articolo 41 (1) degli articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati dell'ILC, richiamato dalla Corte nel paragrafo 159 e nel dispositivo al punto D, con particolare riferimento al dovere di non riconoscere come legittima una situazione derivante da una seria violazione ai sensi dell'articolo 40, appare estremamente interessante mettere in luce la problematica posta dal giudice Kooijomans nella sua *Separate Opinion*. Egli, infatti, richiamò il commento all'articolo 41 (1) dell'ILC ove si concretizza l'obbligo previsto portando come esempi circostanze nelle quali le situazioni illegittime sono rappresentate da invocazioni giuridiche aventi ad oggetto principalmente il territorio, intese dai loro autori come aventi un significato *erga omnes*. Si fa, infatti, riferimento ai tentativi di acquisizione della sovranità su di un territorio, in violazione del diritto all'autodeterminazione⁹⁴⁷. Nonostante le situazioni illegittime presentate nel commento all'articolo siano estremamente chiare e l'affermazione di un dovere di non riconoscimento sia altrettanto logica, il giudice trovò difficoltà a comprendere il contenuto reale di tale dovere. Ciò si riflette sulla valutazione dei comportamenti tenuti dai diversi Stati coinvolti nella questione della barriera⁹⁴⁸. In particolare, il giudice correttamente mise in evidenza come, in ragione della mancanza di un contenuto concreto del dovere di non riconoscimento, fosse arduo capire se gli Stati che votarono contro o si astennero dalla votazione della risoluzione ES-10/13⁹⁴⁹, agirono in tale maniera poiché ritennero la barriera legittima e dunque, se a differenza di coloro che votarono a favore della risoluzione, tali Stati potessero essere considerati come inadempienti rispetto al dovere di non riconoscimento. La questione sollevata dal giudice Kooijomans, pur riuscendo a mettere bene in evidenza la difficoltà di dare un contenuto concreto al dovere di non riconoscimento, deve essere intesa, secondo l'opinione di chi scrive, in maniera volutamente provocatoria. Si ritiene che l'obiettivo di questa parte della *dissenting opinion* fosse innescare un'attenta valutazione delle conseguenze derivanti dall'imposizione di tale dovere a carico degli Stati. Verosimilmente il giudice non intendeva mettere in discussione la liceità del comportamento tenuto dagli Stati al momento della votazione della risoluzione ES-10/13, ma bensì era intenzionato a indirizzare l'attenzione verso la reale portata che affermazioni, come quelle espresse dalla Corte al paragrafo 159, possono avere.

⁹⁴⁷ Separate Opinion giudice Kooijmans, par. 43.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, par. 44.

⁹⁴⁹ Vedi *supra*, pp. 16.

Un ulteriore elemento di interesse risiede nel fatto che l'unico riferimento che è possibile rintracciare nel testo del Parere alla dimensione del dovere di cooperare all'interno di un'organizzazione internazionale⁹⁵⁰ lo si trova al punto E del dispositivo⁹⁵¹, adottato con il voto negativo di un solo giudice⁹⁵², anziché al punto D, ove si richiamano le responsabilità degli Stati derivanti da obbligazioni *erga omnes*⁹⁵³, adottato con il voto negativo di due giudici⁹⁵⁴. Appare dunque legittimo chiedersi se le obbligazioni *erga omnes* che determinano delle obbligazioni di carattere sostanziale a carico degli Stati terzi non vincolino allo stesso modo le organizzazioni inter-governative composte da Stati. Da questo punto di vista gli articoli dell'ILC sulla responsabilità degli stati non possono essere di grande aiuto, poiché utilizzano l'espressione "*obligations owed to the international community as a whole*" anziché la terminologia "*obligations erga omnes*", determinando un'ulteriore complicazione terminologica in materia⁹⁵⁵. Nonostante il commento all'articolo fornito dall'ILC affermi che tale disciplina intende riferirsi alla comunità internazionale di Stati nel suo complesso e, includendo il diritto all'autodeterminazione tra tale categoria di norme, il concetto comprende anche le entità cui è riconosciuto l'esercizio di tale diritto, rimane comunque poco chiaro se tali obbligazioni gravino anche sulle organizzazioni inter-governative.⁹⁵⁶

Questo porta ad analizzare, unitamente alla responsabilità primaria delle organizzazioni internazionali per le violazioni delle obbligazioni poste a loro carico, anche la tematica della relazione tra la responsabilità dell'organizzazione e quella dei suoi Stati membri. Nel procedere in

⁹⁵⁰ Vedi CRAWFORD JAMES, *op. cit.*, n. 932, al paragrafo 3 dove si dichiara che: "What is called for in the face of serious breaches is a joint and co-ordinated effort by all States to counteract the effects of these breaches" e *Ibid.*, par. 2 che si riferisce alla "co-operation [...] in the framework of a competent international organization, in particular the United Nations".

⁹⁵¹ Punto E Dispositivo: "The United Nations, and especially the General Assembly and the Security Council, should consider what further action is required to bring to an end the illegal situation resulting from the construction of the wall and the associated régime, taking due account of the present Advisory Opinion."

⁹⁵² Si esprime a sfavore solo il giudice Buergenthal.

⁹⁵³ Punto D Dispositivo: "All States are under an obligation not to recognize the illegal situation resulting from the construction of the wall and not to render aid or assistance in maintaining the situation created by such construction; all States parties to the Fourth Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949 have in addition the obligation, while respecting the United Nations Charter and international law, to ensure compliance by Israel with international humanitarian law as embodied in that Convention."

⁹⁵⁴ Si espressero a sfavore il giudice Buergenthal ed il giudice Koijmans.

⁹⁵⁵ Poiché sono utilizzati un numero eccessivo di termini per denotare concetti estremamente simili (*ius cogens* norms, obligations erga omnes, obligations owed to the international community as a whole, intransgressible principles) sorge legittimo chiedersi se non sia opportuno sfoltire tale terreno concettuale.

⁹⁵⁶ Sulla volontaria esclusione dell'espressione "obligations erga omnes" si veda CRAWFORD JAMES, *op. cit.*, n. 932, "Commentary to Article 48", p. 278, par. 8-10 e "Commentary to Article 25", pp. 184-185, par. 18.

tal senso, gli articoli dell'ILC sulla responsabilità degli Stati non possono essere presi in considerazione, poiché escludono esplicitamente questa materia dal loro ambito di applicazione⁹⁵⁷.

Dal 2002 però, la questione della responsabilità delle organizzazioni internazionali e la relazione con le responsabilità degli Stati membri, furono analizzate dall'ILC sotto la guida del Professor Gaja. Nel 2003 fu adottato dalla Commissione un progetto iniziale di articoli sul tema⁹⁵⁸. All'articolo 3 di tale documento si enunciano i principi generali della responsabilità internazionale delle organizzazioni⁹⁵⁹. Il commento a tale articolo afferma che sia per gli Stati sia per le organizzazioni internazionali, la relazione giuridica derivante da un atto internazionalmente illegittimo deve essere bilaterale, ma può coinvolgere anche la comunità internazionale nel suo complesso. In particolari circostanze, quindi, più di un soggetto può legittimamente invocare, come parte lesa o sotto altre forme, la responsabilità internazionale di un'organizzazione internazionale⁹⁶⁰. Per quanto riguarda specificatamente le Nazioni Unite, il progetto di articoli dell'ILC richiama semplicemente quanto stabilito dalla Corte Internazionale di Giustizia nell'opinione consultiva *Curamaswamy*, ossia che l'ONU può essere considerata responsabile per i danni derivanti da atti compiuti dalle Nazioni Unite stesse o da suoi agenti, operanti in veste ufficiale⁹⁶¹. Le Nazioni Unite accettarono la loro capacità di essere ritenute responsabili per un atto

⁹⁵⁷ L'articolo 57 stabilisce: "These Articles are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organisation, or of any State for the conduct of an international organisation." Per un commento a tale articolo vedi CRAWFORD JAMES, *op. cit.*, n. 932, pp. 310-311.

⁹⁵⁸ Il lavoro della Commissione sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali fu discusso nei suoi Reports presentati all'Assemblea Generale, riguardanti il suo lavoro svolto durante la sua 58° e 59° sessione. Vedi UN Doc.A/58/10 (2003), al capitolo 4 disponibile su: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2003/2003report.htm> (ultima visita 17/02/06) e UN Doc.A/59/10 (2004), al capitolo 5 disponibile su: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2004/2004report.htm> (ultima visita 17/02/06). Il Professor Gaja produsse tre reports per la Commissione: UN Doc.A/CN.4/532 (26 marzo. 2003), UN Doc.A/CN.4/541 (2 aprile. 2004) e UN Doc.A/CN.4/553* (13 maggio 2005). Questi documenti sono disponibili su: http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_11.htm#_ftn5 (ultima visita 17/02/06).

⁹⁵⁹ Articolo 3 Draft Articles on responsibility of international organizations: "Every internationally wrongful act of an international organisation entails the international responsibility of the international organisation.

There is an internationally wrongful act of an international organisation when conduct consisting of an action or omission: Is attributable to the international organisation under international law; and Constitutes a breach of an international obligation of that organisation."

Vedi INTERNATIONAL LAW COMMISSION, REPORT OF THE WORK OF ITS 55TH SESSION, UN Doc.A/58/10, pp. 45-49, e G. GAJA, First Report on Responsibility of International Organizations, UN Doc.A/CN.4/532 (26 marzo. 2003), pp. 20-21, par. 39.

⁹⁶⁰ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *op. cit.*, n. 959, p. 47, par. 7.

⁹⁶¹ *Difference relating to immunity from legal process of a special rapporteur of the Commission on Human Rights advisory opinion*, 29 aprile 1999, ICJ Reports 62, 1999, pp. 88-89, par. 66.

internazionalmente illegittimo, derivante dall'avere una personalità giuridica internazionale e quindi dall'essere detentori di diritti e obblighi⁹⁶². E' inoltre ampiamente condiviso che i danni causati in violazione di un'obbligazione internazionale e attribuibili all'operato dell'organizzazione determinano la responsabilità internazionale dell'organizzazione e il suo dovere di compensazione⁹⁶³, anche se è bene sottolineare che la responsabilità non è dipendente dall'esistenza o meno di un danno o di una perdita materiale, ma ha origine direttamente nella violazione dell'obbligazione⁹⁶⁴.

Per quanto riguarda il rapporto tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità degli Stati membri, la tematica è controversa e non è individuabile una stabile definizione delle relazioni sussistenti. Tale questione emerse anche in alcuni casi presentati all'attenzione della Corte Internazionale di Giustizia⁹⁶⁵, ma in nessuno di essi venne poi effettivamente affrontata, causa la mancanza di giurisdizione della Corte⁹⁶⁶. Inoltre, per ciò che attiene l'attribuzione della condotta di un organo di un'organizzazione come base per fondare la responsabilità di quest'ultima, anche nel caso in cui un organo agisca entro i limiti della propria competenza, la posizione dell'ILC merita di essere evidenziata. Infatti, l'ILC dichiarò che non risulta sempre certo che la condotta di un organo di un'organizzazione internazionale, agente entro il proprio ambito di competenza, venga sempre attribuita all'organizzazione in quanto tale, piuttosto che, alle dovute condizioni, agli Stati membri,

⁹⁶² Vedi ad esempio, Secretary General's Report on Administrative and Budgetary Aspects of the Financing of United Nations Peacekeeping Operations, UN Doc.A/51/389 (20 settembre 1996), riprodotto in 37 ILM, 1998, p. 702, par. 4.

⁹⁶³ Vedi Secretary General's Report, *supra* n. 962, p. 702, par. 6. La responsabilità della Comunità Europea per il mancato adempimento di un accordo fu espressamente riconosciuta della Corte Europea di Giustizia nel caso *French Republic v EC Commission*, Corte di Giustizia Europea, 9 agosto 1994, Case C-327/91, p. 63, par. 25.

⁹⁶⁴ Vedi INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *op. cit.*, n. 959, p. 46, par. 4.

⁹⁶⁵ Nel *Certain phosphate lands case: preliminary objections judgment*, 26 giugno 1992, ICJ Reports 240 1992, e nei *Legality of the use of force cases: preliminary objections judgments*, 15 dicembre 2004, ICJ Reports 2004.

⁹⁶⁶ Nel *Certain phosphate lands case: preliminary objections judgment* la Corte espressamente dichiarò di riservarsi di affrontare la questione nel merito del caso, vedi p. 258, par. 48. La tematica delle responsabilità plurime e comuni fu discussa nelle memorie scritte: Nauruan Memorial, ai paragrafi 622–630; Australian Counter-Memorial, Parte III, Capitolo III, "The Legal Consequences of Shared Responsibility", in particolare ai paragrafi 567–572; Australian Preliminary Objections, Parte III, Capitolo I, "The Nauruan Theory of Liability". Nei *Legality of use of Force Cases* i ricorsi contro la Spagna e gli Stati Uniti furono rigettati causa una manifesta carenza di giurisdizione, a livello di adozione di misure temporanee: vedi Ordinanze del 2 giugno 1999 *Yugoslavia v Spain*, 1999, II ICJ Reports 761, e *Yugoslavia v the United States*, 1999, II ICJ Reports 916. I rimanenti ricorsi inoltrati contro Belgio, Canada, Francia, Germania, Italia, Paesi Bassi, Portogallo e Regno Unito furono respinti nei *Legality of the use of force cases: preliminary objections judgments*, 15 dicembre 2004. Sulla tematica della responsabilità comune e plurima delle organizzazioni internazionali e dei loro Stati membri, si veda G. GAJA, Second Report on Responsibility of International Organizations, UN Doc.A/CN.4/451 (2 aprile 2004), pp. 3–5, par. 6–8.

qualora ad esempio si tratti di un organo collettivo, o altrimenti agli Stati della nazionalità della persona o delle persone costituenti l'organo in questione⁹⁶⁷. Tale posizione fu avvallata anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale dichiarò che gli Stati membri dell'Unione Europea rimanevano collettivamente responsabili anche per gli atti delle istituzioni della Comunità, poiché in caso contrario si sarebbe creata una scappatoia, lesiva della protezione dei diritti umani, che sarebbe diventata sempre più pericolosa a seguito dell'ampliamento dei poteri trasferiti dagli Stati membri all'Unione Europea⁹⁶⁸.

La responsabilità internazionale delle organizzazioni, poi, è disciplinata da norme che non necessariamente coincidono con quelle disciplinanti la responsabilità degli Stati⁹⁶⁹, e ciò risulta evidente dal fatto che un'organizzazione può essere considerata responsabile, anche se una condotta delittuosa non è ad essa attribuibile. Il Professor Gaja osservò che un'organizzazione poteva assumere un'obbligazione il cui adempimento dipendeva dalla condotta dei propri Stati membri. Qualora essi risultassero inadempienti, l'organizzazione poteva essere ritenuta responsabile per la violazione, senza che sussistesse la necessità di ricondurre ad essa la condotta degli Stati⁹⁷⁰.

In merito alla responsabilità delle Nazioni Unite nell'adempimento di obbligazioni *erga omnes*, i lavori dell'ILC sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali offrono delle indicazioni di rilievo, ma non sono in grado di offrire una chiarificazione esaustiva della materia. E' dunque necessario orientarsi altrove, per cercare ulteriori informazioni utili alla valutazione dell'adempimento delle obbligazioni *erga omnes* da parte dell'Assemblea Generale e del Consiglio di Sicurezza, così come stabilite dalla Corte di Giustizia nel Parere sulla barriera.

⁹⁶⁷ Vedi ILC commentario al progetto di articolo 13 adottato in prima lettura nel 1996; par. 3. L'articolo 13 prevede: "The conduct of an organ of an international organization acting in that capacity shall not be considered as an act of a State under international law by reason only of the fact that such conduct has taken place in the territory of that State or in any other territory under its jurisdiction." Sia il testo degli articoli del 1996 sia ILC commentario su tali articoli sono disponibili su: http://lciil.law.cam.ac.uk/projects/state_document_collection.php (ultima visita 17/02/06).

⁹⁶⁸ *Senator Lines v Member States of the European Community: decision*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 luglio 2000, Application n. 56672/00, p. 118, par. 48.

⁹⁶⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION commento al progetto di articolo 13, del 1996, para. 9, e vedi inoltre CRAWFORD JAMES, *op. cit.*, n. 932, *Commentary to Article 57*, p. 311, par. 4.

⁹⁷⁰ Vedi INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *op. cit.*, n. 958, *Commentary to draft Article 3*, p. 45, par. 1; Report of the work of its 56th Session, UN Doc.A/59/10, p. 101, par. 2; e G. GAJA, Second Report on Responsibility of International Organizations, UN Doc.A/CN.4/541, p. 6, par. 11.

Partendo da quanto messo in luce nel caso esaminato dalla Corte europea di diritti dell'uomo e da quanto affermato dall'ILC⁹⁷¹, è legittimo sostenere che gli Stati non possono sottrarsi alle loro obbligazioni internazionali "rifugiandosi" in un'organizzazione internazionale dotata di personalità giuridica di cui essi sono membri. Per converso, è plausibile ritenere che almeno alcune delle obbligazioni *erga omnes* vincolino direttamente le organizzazioni internazionali e che impongano dei doveri specifici all'organizzazione, differenti e ulteriori rispetto a quelli imposti agli Stati membri. In tal senso è plausibile affermare che le organizzazioni sono gravate di un'autonoma responsabilità nell'adempire ad obblighi *erga omnes*⁹⁷². Non risulta quindi inconcepibile ritenere che le organizzazioni internazionali siano destinatarie di obbligazioni *erga omnes* distinte da quelle facenti capo ai loro Stati membri, così come è plausibile affermare che le organizzazioni possano venir meno a tali obbligazioni⁹⁷³. Significativo sotto questo profilo è il caso riguardante il Cameroun settentrionale⁹⁷⁴, in cui il Cameroun sostenne che il comportamento tenuto dall'Assemblea Generale nei confronti dell'annessione del Cameroun settentrionale alla Nigeria era illegittimo in ragione del suo ruolo nella cessazione dell'amministrazione fiduciaria. Il Regno Unito, in quella circostanza, sottolineò che solamente esso e le Nazioni Unite avevano la capacità di porre fine all'amministrazione fiduciaria, dal momento che unicamente loro ne erano parte⁹⁷⁵. Tale circostanza dimostra che è quantomeno concepibile la possibilità che l'Assemblea Generale possa agire in violazione dell'autodeterminazione, e quindi in violazione di un'obbligazione *erga omnes*,

⁹⁷¹ Vedi *supra*, n. 968.

⁹⁷² Questa è una questione che si presenta in modo particolarmente intenso quando le Nazioni Unite assumono l'amministrazione di un territorio, vedi ad esempio, ABRAHAM ELIZABETH, *The Sins of the Saviour: Holding the United Nations Accountable to International Human Rights Standards for Executive Order Detentions in its Mission in Kosovo*, in *American University Law Review*, 2003, vol. 52, issue 5, p. 1291, e BONGIORNO CARLA, *A Culture of Impunity: Applying International Human Rights Law to the United Nations in East Timor*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2002, vol. 33, p. 623.

⁹⁷³ Vedi *Northern Cameroon Case (Cameroon v. United Kingdom)* 2 dicembre 1963, ICJ Reports 15, 1963, ove il Cameroun dichiarò che la gestione dell'amministrazione fiduciaria da parte del Regno Unito del territorio del nord del Cameroun, violava le obbligazioni derivanti dall'accordo sulle Amministrazioni Fiduciarie tra Nazioni Unite e Regno Unito. In particolare il Cameroun contestava la legittimità di un plebiscito avvenuto tra gli abitanti del Cameroun del nord, i quali attraverso tale mezzo decisero di entrare a far parte della Nigeria. Il risultato del plebiscito fu avallato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, la quale di conseguenza pose fine all'amministrazione fiduciaria del Regno Unito. L'obiettivo del Cameroun era riaprire la questione, in modo da poter avanzare una richiesta di sovranità. La Corte però rigettò il ricorso sottolineando che il suo ruolo era differente da quello dell'assemblea Generale e che la decisione dell'Assemblea non avrebbe potuto essere modificata da alcun suo giudizio, il quale, per di più, non sarebbe risultato vincolante né per la Nigeria, né per altri Stati, né per le Nazioni Unite, *Ibid.*, par. 33.

⁹⁷⁴ Vedi *supra*, n. 973.

⁹⁷⁵ *Northern Cameroon Case*, *op. cit.*, n. 973, Pleadings, pp. 379-389.

la quale inoltre le pone delle responsabilità che si differenziano da quelle imposte ai propri Stati Membri.

La questione di cosa poi concretamente comporti la responsabilità di adempiere alle obbligazioni *erga omnes* da parte di un'organizzazione è materia molto dibattuta e controversa, ma che almeno in parte, dipende dall'obbligazione che si considera. Ad esempio, partendo dal presupposto che il divieto di genocidio vincoli le Nazioni Unite al suo rispetto, ricadrà sull'Organizzazione l'obbligo di assicurare che le forze armate delle Nazioni Unite non commettano tale crimine, ma vi è chi sostiene che il rispetto di tale divieto ponga le Nazioni Unite anche in dovere di agire per prevenire il compimento di tale crimine da parte di altri⁹⁷⁶. Inoltre, è possibile chiedersi se tale proibizione comporti che le Nazioni Unite debbano astenersi dall'intraprendere azioni che possano ostacolare la difesa contro il genocidio⁹⁷⁷. Nel Parere sulla barriera la principale obbligazione *erga omnes* produttiva di responsabilità a carico dell'Assemblea Generale e del Consiglio di Sicurezza⁹⁷⁸ è l'autodeterminazione che, secondo la Corte, comporta la necessità di un aumento degli sforzi indirizzati al raggiungimento di una soluzione del conflitto israelo-palestinese attraverso i negoziati miranti alla creazione di uno Stato palestinese⁹⁷⁹.

La Corte poi, dopo aver sollecitato Consiglio e Assemblea a valutare ulteriori misure idonee a porre fine alla situazione di illegittimità creatasi con la barriera⁹⁸⁰, sottolineò che ai sensi della Dichiarazione sulle relazioni amichevoli tra Stati⁹⁸¹, ogni Stato aveva il dovere di promuovere, attraverso azioni sia autonome sia comuni, la realizzazione del principio di uguaglianza dei diritti e

⁹⁷⁶ Nel suo terzo Report il Professor Gaja esprime l'opinione che, in certe circostanze, le Nazioni Unite siano gravate del dovere di prevenire il genocidio. Partendo dal fallimento della prevenzione del genocidio in Ruanda, commentò: "Assuming that general international law requires States and other entities to prevent genocide in the same way as the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and that the United Nations had been in a position to prevent genocide, failure to act would have represented a breach of an international obligation. Difficulties relating to the decision-making process could not exonerate the United Nations." UN Doc.A/CN.4/553 p. 4, par. 10.

⁹⁷⁷ Vedi la Separate Opinion del giudice ad hoc Lauterpacht, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case: further requests for the indication of provisional measures order of 13 September 1993 (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (Serbia and Montenegro))*, 13 settembre 1993, ICJ Reports 325, 1993, pp. 439 e ss., par. 98 e ss.

⁹⁷⁸ Le conseguenze sull'Assemblea Generale e sul Consiglio derivanti dall'inclusione dell'autodeterminazione tra i diritti *erga omnes* possono essere classificate solo come indirette poiché la Corte considerò solo gli Stati terzi destinatari di obbligazioni *erga omnes*, non menzionando le Nazioni Unite.

⁹⁷⁹ [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 162.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, par. 160.

⁹⁸¹ Dichiarazione sulle Relazioni amichevoli tra Stati, *op. cit.*, n. 792.

di autodeterminazione dei popoli, in conformità ai principi della Carta, e di assistere le Nazioni Unite nel loro compito di implementazione di tale principio⁹⁸². Tale compito deriva logicamente dal disposto dell'articolo 1 (2) e 2 (5) della Carta, sebbene, come evidenziato dall'ILC, il dovere degli Stati di cooperare allo scopo di porre fine a serie violazioni di norme perentorie di diritto internazionale non comporta necessariamente che tale dovere venga adempiuto entro il sistema delle Nazioni Unite⁹⁸³. A tale proposito, ci si potrebbe chiedere se sussista per le Nazioni Unite un obbligo di diligenza per cui l'organizzazione sia tenuta ad assicurare o a tentare di assicurare che tale cooperazione abbia effettivamente luogo, così da raggiungere l'autodeterminazione del popolo palestinese. La risposta a tale interrogativo pare essere che Assemblea Generale e Consiglio, quantomeno, debbano agire per promuovere tale cooperazione. Un potenziale ostacolo all'adempimento dell'obbligo così formulato deriva dal fatto che le decisioni degli organi delle Nazioni Unite sono frutto di valutazioni politiche dei propri Stati membri⁹⁸⁴. Non bisogna però scordare che gli Stati non possono legittimamente "nascondersi" dietro alla personalità giuridica di un'organizzazione internazionale per sfuggire alle proprie obbligazioni.⁹⁸⁵ Inoltre, sebbene la capacità dell'organizzazione di adempiere ad un obbligo possa risultare difficile quando è necessario il raggiungimento di una maggioranza all'interno di un organo politico, è bene tenere a mente che questo elemento è comune non solo alle organizzazioni internazionali⁹⁸⁶.

Le difficoltà evidenziate non impedirono però all'Assemblea Generale di adottare, all'indomani dell'emissione del parere, la risoluzione ES-10/15⁹⁸⁷, sebbene nel corso delle riunioni dell'Assemblea straordinaria d'emergenza fossero emerse posizioni non omogenee circa l'impatto del parere della Corte, che influirono soprattutto sulla stesura effettiva della risoluzione⁹⁸⁸. Nella risoluzione ES-10/15 l'Assemblea fece proprio quanto dichiarato dalla Corte nel Parere ed in

⁹⁸² [Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory](#) advisory opinion, 9 luglio 2004 par. 156.

⁹⁸³ CRAWFORD JAMES, *op. cit.*, n. 932, "Commentary to article 41", p. 249, par. 2.

⁹⁸⁴ ROSENNE SHABTAI, *Developments in the Law of Treaties 1945–1986*, 1989, Cambridge, p.193.

⁹⁸⁵ Vedi *supra*, p. 203.

⁹⁸⁶ G GAJA, Third Report, UN Doc.A/CN.4/533*, pp. 3–4, par. 8–9.

⁹⁸⁷ UN Doc.A/RES/ES-10/15, 2 Agosto. 2004, disponibile su: <http://domino.un.org/unispal.nsf/0/f3b95e613518a0ac85256eeb00683444?OpenDocument> (ultima visita 21/02/06).

⁹⁸⁸ Sul punto si veda ARAUJO FR. ROBERT J. *Implementation of the ICJ advisory opinion-legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory: fences (do not) make good neighbours?*, in *Boston University International Law Journal*, 2004, vol. 22, par. C-VII.

particolare nei paragrafi operativi, *inter alia*, chiese ad Israele di conformarsi alle obbligazioni enunciate dalla Corte⁹⁸⁹ ed invitò gli Stati ad adempiere ai propri obblighi internazionali.⁹⁹⁰ Inoltre, tale risoluzione chiese agli Stati membri della Convenzione di Ginevra di assicurare il rispetto delle norme in essa contenute da parte di Israele⁹⁹¹, e invitò la Svizzera, in quanto depositaria delle Convenzioni di Ginevra, a tenere delle consultazioni sulla materia e presentare dei rapporti all'Assemblea Generale⁹⁹². L'Assemblea Generale poi richiese al Segretariato Generale di istituire un registro dei danni arrecati a tutte le persone fisiche e giuridiche dalla costruzione della barriera, e questo fu espressamente collegato all'obbligo di Israele di garantire una riparazione dei danni previsto dai paragrafi 152-153 del Parere⁹⁹³. Con una lettera datata 11 gennaio 2005 indirizzata al presidente dell'Assemblea Generale, il Segretario Generale indicò il quadro giuridico e amministrativo in cui tale registro veniva inserito, attraverso l'istituzione di un ufficio del registro, che avrebbe operato come organo sussidiario delle Nazioni Unite e sotto il controllo del Segretariato⁹⁹⁴.

Un elemento che è bene mettere in luce circa la risoluzione ES-10/15 riguarda l'utilizzo dei termini in riferimento all'adempimento delle obbligazioni da parte di Israele e degli Stati. L'Assemblea Generale riferendosi ad Israele utilizzò il termine "*demanded*", mentre per gli Stati terzi adoperò l'espressione "*called upon*", modificando quanto affermato nel progetto di risoluzione, ove veniva impiegato il termine "*demanded*" anche per gli Stati. In effetti, l'adozione della risoluzione ES-10/15 fu il risultato di innumerevoli emendamenti e richieste di modifica l'ultima delle quali provenne dall'Unione Europea, la quale richiese, appena prima della votazione, una sospensione per poter superare alcune difficoltà con degli elementi del testo⁹⁹⁵. Il principale problema nella stesura dell'intera risoluzione fu l'espressione di una posizione bilanciata e non eccessivamente orientata a favore dell'una e dell'altra parte, ed attorno a tali questioni si concentrò il dibattito. Dunque il cambiamento del termine utilizzato per rivolgersi agli Stati è indicativo di questa volontà di bilanciamento ed equità. L'utilizzo di "*called upon*" anziché "*demand*"

⁹⁸⁹ Risoluzione A/RES/ES-10/15, paragrafo operativo 2.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, paragrafo operativo 3.

⁹⁹¹ *Ibid.*, paragrafo operativo 7.

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ *Ibid.*, paragrafo operativo 4.

⁹⁹⁴ Vedi UN Doc.A/ES-10/294, 13 gennaio. 2005.

⁹⁹⁵ Vedi ARAUJO FR. ROBERT J., *op. cit.*, n. 988, par. C-VII.

rappresenta un alleggerimento della posizione degli Stati terzi rispetto a quella di Israele, poiché l'espressione impiegata nei loro confronti è poco incisiva, e spesso il ricorso a tali termini da parte dell'Assemblea denota anche una minor condivisione del concetto⁹⁹⁶. Invece l'uso della formulazione “*demand*” ha sicuramente maggior forza, ma rappresenta anch'essa una particolarità rispetto alle tradizionali espressioni forti come ad esempio “*urge*”.⁹⁹⁷ Compresa la portata della risoluzione per ciò che riguarda le conseguenze a carico degli Stati terzi e di Israele, rimane però un dubbio circa la rispondenza della misura adottata dall'Assemblea Generale rispetto alle obbligazioni messe in luce nell'opinione. In particolare, a seguito dell'impegnativa presa di posizione della Corte circa la caratterizzazione *erga omnes* delle obbligazioni a carico degli Stati e l'invito rivolto all'Assemblea e al Consiglio di valutare quali ulteriori mezzi fossero necessari per porre fine alla situazione di illegittimità creatasi a seguito della costruzione della barriera e del regime ad essa associato, sembra che tra la richiesta e la risposta vi sia un notevole scarto. La spiegazione va rintracciata sia nella scarsità di sforzi profusi dagli organi delle Nazioni Unite, probabilmente in parte dovuta alla politicità della questione⁹⁹⁸, sia però nell'ambiziosità delle richieste della Corte. E' sicuramente meritevole di lode la volontà della Corte di favorire l'eliminazione della barriera, ma le richieste appaiono poco realistiche soprattutto in assenza di indicazioni che avrebbero facilitato l'iniziativa statale e delle Nazioni Unite e che in secondo luogo, avrebbero garantito autorevolezza e una maggior “difendibilità” alle misure eventualmente adottate.

4.3 L'obbligo di assicurare il rispetto della Convenzione di Ginevra.

Passando ad analizzare l'altro elemento qualificante delle argomentazioni fornite dalla Corte in merito alle responsabilità derivanti dalla costruzione della barriera, ovvero l'obbligo degli Stati parte della Convenzione di Ginevra di assicurare il rispetto delle disposizioni in essa contenute da parte di Israele, si può in primo luogo evidenziare che la Corte adottò a tale riguardo un approccio

⁹⁹⁶ *Ibid.*, n. 267.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁹⁸ Vedi *supra*, p. 205.

in linea con gli sviluppi dottrinali più recenti in merito all'interpretazione dell'articolo 1 CG⁹⁹⁹. La Corte, infatti, riconobbe in capo agli Stati parte della Convenzione di Ginevra l'obbligo di agire per il rispetto delle disposizioni in essa contenute, a prescindere dalla partecipazione ad un conflitto. Tale posizione è conforme all'interpretazione maggioritaria dell'articolo 1 GC secondo la quale l'obbligo in essa contenuto non è da considerarsi a valenza reciproca ma bensì di carattere assoluto. In tal senso, gli Stati parte della Convenzione sono tenuti, indipendentemente dall'essere o meno parti di un conflitto, a reagire alle violazioni delle disposizioni di diritto umanitario in modo da garantire il rispetto per il principio contenuto nell'articolo 1 GC¹⁰⁰⁰.

A tale proposito, il giudice Kooijomans esprime considerazioni di segno opposto a quelle fatte proprie dalla Corte¹⁰⁰¹, richiamando i lavori preparatori della Convenzione in base ai quali sembrerebbe che l'articolo 1 non comporti l'obbligo carico degli Stati estranei ad un conflitto di assicurare che gli Stati coinvolti rispettino la Convenzione¹⁰⁰². Nemmeno quanto affermato dalla Corte nel *Nicaragua Case*¹⁰⁰³ poteva servire, secondo il giudice, a chiarire l'affermazione del paragrafo 159 del Parere in oggetto,¹⁰⁰⁴ poiché in quell'occasione la Corte si limitò a sostenere che era dovere degli Stati Uniti non incoraggiare persone o gruppi coinvolti nel conflitto in Nicaragua ad agire in violazione dell'articolo 3 della Convenzione¹⁰⁰⁵. Ma tale posizione, a sostegno di un'obbligazione di non incoraggiare, si discosta notevolmente da quanto dichiarato dalla Corte nel Parere sulla barriera, poiché in questo ultimo caso la Corte riconobbe un obbligo di azione positiva da parte degli Stati a garanzia del rispetto dei termini della Convenzione da parte di Israele. Indubbiamente, come il giudice stesso dichiarò, non è ragionevolmente sostenibile

⁹⁹⁹ Vedere ad esempio BOISSON DE CHAZOURNES, *The Collective Responsibility of State to Ensure Respect for Humanitarian Principles*, in BLOED ARIE, LEICHT LISELOTTE, NOWAK MANFRED, ROSAS ALLAN (EDS), *Monitoring Human Rights in Europe*, Dordrecht 1993, pp. 248-258 e PALWANKAR UMESH, *Measures available to States for fulfilling their obligation to ensure respect for international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross*, n. 298, p. 9-25, disponibile su: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList510/35289C31F0187A41C1256B6600591427> (ultima visita 18/02/06).

¹⁰⁰⁰ BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, n. 999, pp. 249-250.

¹⁰⁰¹ Separate Opinion giudice Kooijomans, par. 46-50.

¹⁰⁰² KALSHOVEN FRITS, *The Undertaking to Respect and Ensure Respect in all Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, vol. 2, p.3-61.

¹⁰⁰³ *Nicaragua Case: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, 27 giugno 1986, ICJ Reports 14, 1986.

¹⁰⁰⁴ Separate Opinion giudice Kooijmans, par. 49.

¹⁰⁰⁵ *Nicaragua Case*, p. 114, para. 220.

un'interpretazione restrittiva del dettato dell'articolo 1 come quella adottata in sede di lavori preparatori, ma è altresì difficilmente difendibile, a suo modo di vedere, la posizione della Corte in quanto carente di argomentazione¹⁰⁰⁶.

Nonostante le dichiarazioni della Corte a tale riguardo manchino di una solida base argomentativa, appare comunque condivisibile l'interpretazione dell'articolo 1 della Convenzione, diretta a individuare un obbligo di agire a carico degli Stati membri per assicurare le garanzie offerte dal diritto umanitario a favore delle persone protette.

L'articolo 31 (3) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati prevede che qualsiasi accordo successivo tra le parti circa l'applicazione o l'interpretazione di un trattato (31(3)a)), così come qualsiasi pratica successiva nell'applicazione di un trattato, che determini un accordo tra le parti circa l'interpretazione dello stesso (31(3)b)), devono essere prese in considerazione¹⁰⁰⁷. Nel caso dell'obbligo di assicurare il rispetto della Convenzione di Ginevra, possono dirsi sussistenti entrambe le circostanze.

Infatti, alla Conferenza internazionale sui diritti umani, tenutasi a Tehran nel 1968, fu sottolineato che l'obbligazione di garantire il rispetto della Convenzione grava su tutti gli Stati anche nel caso in cui non siano direttamente coinvolti in un conflitto armato¹⁰⁰⁸. Inoltre sia l'Assemblea Generale, sia il Consiglio di Sicurezza fecero riferimento all'obbligazione discendente dall'articolo in diverse occasioni e proprio in relazione all'appartenenza di Israele alla Convenzione gli interventi da parte di organi delle Nazioni Unite sono numerosi. Nel 1978 l'Assemblea Generale esortò ancora una volta tutti gli Stati parte a intraprendere tutti gli sforzi necessari per garantire il rispetto e l'osservanza delle disposizioni della Convenzione¹⁰⁰⁹. Nelle risoluzioni adottate a seguito

¹⁰⁰⁶ Separate Opinion, giudice Kooijmans, par. 50.

¹⁰⁰⁷ Articolo 31.3 a) e b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: "3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation."

¹⁰⁰⁸ Risoluzione XXIII, Human rights and armed conflict, adottata dalla Conferenza Internazionale sui Diritti Umani di Tehran, 1968, paragrafo preambolare 9, disponibile su: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/FULL/430?OpenDocument> (ultima visita 18/02/06).

¹⁰⁰⁹ Risoluzione Assemblea Generale UN.Doc A/RES/33/113, 18 dicembre 1978, par. 4. L'ultimo paragrafo preambolare della risoluzione inoltre fa espresso riferimento all'articolo 1 della Convenzione di Ginevra: "*Taking into*

della prima *Intifada* il Consiglio di Sicurezza, all'unanimità, e l'Assemblea Generale invitarono le Alte Parti contraenti della Convenzione di Ginevra ad assicurare il rispetto delle disposizioni della stessa da parte di Israele nei Territori palestinesi occupati¹⁰¹⁰. Infine, alla Conferenza della Alte Parti Contraenti di Ginevra del 2001 i partecipanti ribadirono la sussistenza di tale obbligazione¹⁰¹¹. Tutti questi esempi della pratica applicativa seguita dagli Stati parte della Convenzione rappresentano certamente un elemento alla luce del quale, ai sensi dell'articolo 31 (3) b) della Convenzione di Vienna, è necessario interpretare l'articolo 1 della Convenzione di Ginevra.

Per quanto attiene alla lettera a) del terzo paragrafo dell'articolo 31, è opportuno fare riferimento al Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione, ove, all'articolo 1, si conferma quanto previsto dal medesimo articolo nella Convenzione¹⁰¹². Il commento del Comitato Internazionale della Croce Rossa a tale articolo ribadisce quanto espresso circa la Convenzione di Ginevra, ovvero che tutti gli Stati parte sono tenuti a fare tutto ciò che è nelle loro facoltà per garantire che i principi umanitari su cui si fondano le Convenzioni siano applicati universalmente¹⁰¹³. Inoltre il Comitato sottolinea che tale interpretazione non fu contestata da nessuno Stato parte e che la Conferenza diplomatica che portò all'adozione del Protocollo ne era pienamente consapevole ed intendeva imporre tale dovere a tutte le parti della Convenzione. Per tale ragione, la disposizione fu riaffermata nel Protocollo come principio di carattere generale¹⁰¹⁴. È ragionevolmente sostenibile che l'inclusione dell'obbligo di assicurare il rispetto per la Convenzione nel Protocollo rappresenti un successivo accordo tra le parti circa l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni della Convenzione, ai sensi dell'articolo 31 (3) a) della Convenzione di Vienna. In verità, Israele non è né firmatario né parte del Protocollo, ma

account that States parties to [Geneva Convention IV] undertake, in accordance with article 1 thereof, not only to respect but also to ensure respect for the Convention in all circumstances.”

¹⁰¹⁰ Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 681, 20 dicembre 1990 e risoluzione dell'Assemblea Generale UN.Doc.A/RES/45/69, 6 dicembre 1990, adottata con 141 voti a favore, 2 contro (Israele e Stati Uniti) e 3 astensioni (Costa Rica, Repubblica Dominicana, Honduras).

¹⁰¹¹ Dichiarazione disponibile su: <http://domino.un.org/unispal.nsf/0/8fc4f064b9be5bad85256c1400722951?OpenDocument> (ultima visita 18/02/06).

¹⁰¹² Articolo 1 Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra, 1977: “The High Contracting Parties undertake to respect and to ensure respect for this Protocol in all circumstances.”

¹⁰¹³ Disponibile su: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750004?OpenDocument> (ultima visita 18/02/06), par. 42.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, par. 44.

indubbiamente tale accordo interpretativo vincola i 161 Stati membri di tale strumento, che rappresentano la maggioranza dei 192 Stati parti delle Convenzioni di Ginevra.

E' inoltre utile mettere in luce che l'articolo 89 del Primo Protocollo Addizionale stabilisce che in caso di serie violazioni di quanto disposto sia nel Protocollo sia nelle Convenzioni, le Alte Parti Contraenti devono agire, individualmente o in comune, in cooperazione con le Nazioni Unite ed in conformità alla Carta dell'ONU¹⁰¹⁵. Le serie violazioni contro cui gli Stati parte del Protocollo sono tenuti a reagire attengono non solo al Protocollo stesso, ma bensì anche alla disciplina della Convenzione. Ne deriva che in tale circostanza si riesce ad attribuire un contenuto specifico al dovere di assicurare il rispetto previsto dall'articolo 1 della Convenzione. In senso conforme, il Comitato Internazionale della Croce Rossa osservò che l'ambito della cooperazione prevista dall'articolo 89 è limitato all'osservanza delle Convenzioni e del Protocollo, ma è sicuramente in sintonia con quello previsto dalle Nazioni Unite indirizzato al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali¹⁰¹⁶. Quindi appare ragionevole affermare che le Nazioni Unite rappresentino l'ambito giuridico e istituzionale entro il quale l'obbligo di assicurare il rispetto per i principi del diritto umanitario può trovare concreta applicazione e risultare rafforzato¹⁰¹⁷. Le Nazioni Unite possono essere considerate come uno dei principali strumenti a disposizione degli Stati per garantire l'osservanza del diritto umanitario.¹⁰¹⁸

È dunque appropriato il riferimento, effettuato dalla Corte nel Parere, all'obbligo degli Stati membri della Convenzione di garantirne il rispetto da parte di Israele, e può essere letto in connessione con il dovere di non offrire assistenza ed aiuto al mantenimento di una situazione illegittima, sancito nel medesimo paragrafo. In particolare, tale ultimo dovere, avrebbe potuto essere affiancato da un rinvio all'importanza del rendere aiuto e assistenza umanitaria alle persone

¹⁰¹⁵ Articolo 89 Primo Protocollo Addizionale: "In situations of serious violations of the Conventions or of this Protocol, the High Contracting Parties undertake to act jointly or individually, in co-operation with the United Nations and in conformity with the United Nations Charter."

¹⁰¹⁶ Vedi Commentario ICRC all'articolo 89 del Primo Protocollo Addizionale, par. 3596, disponibile su: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/470-750115?OpenDocument> (ultima visita 18/02/06).

¹⁰¹⁷ BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, n. 999, p. 258.

¹⁰¹⁸ PALWANKAR UMESH, *op. cit.*, n. 999, par. "Measures in co-operation with international organizations."

danneggiate dalla costruzione della barriera, in modo analogo a quanto la Corte fece in un suo precedente¹⁰¹⁹.

Pur non avendo nulla da contestare al richiamo operato dalla Corte all'articolo 1 della Convenzione e alla sua interpretazione non certamente restrittiva, è indiscutibile la carenza di riferimenti circa le possibili modalità d'attuazione di tale obbligo. Ciò portò il giudice Kooijmans ad affermare, per la verità dimostrando una certa ottusità, che le uniche modalità di attuazione dell'obbligazione erano limitate alle azioni diplomatiche¹⁰²⁰. In verità, la Corte avrebbe potuto dare spazio alle diverse modalità di attuazione dell'obbligo sancito dall'articolo 1 della Convenzione di Ginevra,¹⁰²¹ anche se probabilmente è possibile, in tale frangente, ripetere quanto già affermato circa la difficoltà con cui la Corte offre indicazioni su come implementare le proprie statuizioni¹⁰²².

¹⁰¹⁹ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 advisory opinion*, 21 giugno 1971, I.C.J. Reports 1971, p. 56, par. 125.

¹⁰²⁰ Separate Opinion giudice Kooijmans, par. 50.

¹⁰²¹ Vedi PALWANKAR UMESH, *op. cit.*, n. 999e BOISSON DE CHAZOURNES, *op. cit.*, n. 999, pp. 248-258.

¹⁰²² Vedi *supra*, p. 205.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A chiusura del presente lavoro, è opportuno esporre alcune osservazioni finali circa i profili maggiormente rilevanti messi in luce dalla Corte.

Nel complesso, il Parere della Corte può essere valutato positivamente per ciò che riguarda l'affermazione di molti aspetti centrali del diritto internazionale e risulta essere tendenzialmente in sintonia con i precedenti. Da questo punto di vista non sono riscontrabili degli stravolgimenti giurisprudenziali, ma ciò non significa che il Parere perda per ciò stesso di rilevanza, in primo luogo per il fatto stesso che la Corte si pronunciò per la prima volta in questo caso su di un tema coinvolgente le tematiche medio-orientali. Certamente la visione complessiva del Parere, nel momento in cui si prendono in esame le questioni affrontate dalla Corte più nel dettaglio, risente di un inevitabile disappunto per le modalità spesso telegrafiche di analisi delle tematiche, soprattutto di carattere sostanziale. Infatti, un'ampia parte del Parere fu dedicata all'esame di questioni di carattere procedurale, mentre i paragrafi concernenti le materie di natura sostanziale appaiono frequentemente privi di argomentazioni a loro sostegno.

Per quanto attiene alla parte del Parere concernente la verifica della competenza dell'Assemblea Generale nel richiedere l'opinione, la Corte manifestò un'apprezzabile apertura nei confronti dell'iniziativa intrapresa da tale organo e finalizzata all'ottenimento di un'autorevole valutazione giuridica della situazione creatasi con la costruzione della barriera. La Corte si dimostrò consapevole degli ostacoli, derivanti dalle dinamiche politiche sussistenti in seno al Consiglio di Sicurezza, all'adozione di una posizione comune nei confronti della costruzione da parte di Israele della barriera. Per tale ragione, la Corte riconobbe un'ampia libertà d'azione all'Assemblea nell'affrontare tale delicata questione, superando senza troppe difficoltà il fatto che la volontà di richiedere un parere, in effetti, non venne mai manifestata di fronte al Consiglio di Sicurezza. Indubbiamente, pur rientrando nelle facoltà del Consiglio, la richiesta di un'opinione alla Corte difficilmente avrebbe ottenuto il voto favorevole della maggioranza dei membri e, ciò che più conta, la mancanza di voti sfavorevoli dai membri permanenti. Tale atteggiamento di sfavore nei riguardi di una pronuncia della Corte emerse chiaramente nei *Written Statement* presentati da alcuni degli

Stati membri del Consiglio. L'Assemblea Generale, facendo uso della risoluzione *Uniting for Peace*, sfruttò la mancanza di consenso del Consiglio a proprio favore e si rivolse alla Corte, la quale, non contestando in alcun modo l'operato dell'Assemblea ribadì la necessità di cooperazione di Assemblea e Consiglio, anche su diversi aspetti di una stessa tematica. Tale comportamento perfettamente legittimo dell'Assemblea ha permesso l'ottenimento di un autorevole parere della Corte su di una materia che altrimenti rischiava di essere affrontata attraverso il ricorso, troppo frequente nel contesto della "Questione palestinese", agli strumenti della negoziazione. La Corte comprese l'importanza del ruolo di cui l'Assemblea l'aveva investita e colse l'opportunità per affrontare un elevato numero di tematiche che la situazione poneva. Indubbiamente, nel fare ciò, la Corte si dimostrò piuttosto parca nei ragionamenti e nelle argomentazioni, ma questo le permise di ottenere un consenso pressoché unanime tra i giudici. L'ampia condivisione di cui il Parere beneficiò, compensa in fermezza la scarsità di trattazione dei temi affrontati nel Parere, evitando così di scalfirne l'autorevolezza. Sempre in ragione della rilevanza di una pronuncia, la Corte superò le contestazioni circa la natura politica della questione, anche in tale caso adottando un atteggiamento ammirevole per la concretezza e l'onestà intellettuale. Infatti, la Corte non negò che la tematica sottoposta al suo esame coinvolgesse delicati aspetti politici e, anzi, proprio perchè la questione faceva emergere tali aspetti ritenne utile, per l'operato principalmente degli organi politici delle Nazioni Unite, una sua pronuncia sulle conseguenze giuridiche derivanti dall'edificazione della barriera. Dopo aver riconosciuto l'inevitabile presenza di elementi che vanno oltre la sfera del giuridico, la Corte affrontò la questione con gli strumenti strettamente giuridici a sua disposizione e decise di non venire meno al proprio compito, pur sottolineando la discrezionalità di tale scelta. E' opportuno, infatti, tenere a mente che la Corte riconobbe la sussistenza dell'elemento discrezionale nel suo potere di rendere un parere, e ciò contribuisce a qualificare la pronuncia come un atto ponderato e fortemente voluto, non meramente dovuto.

La Corte, verificata la propria giurisdizione, procedette ad analizzare la questione alla luce delle norme di diritto internazionale rilevanti. Per ciò che riguarda il diritto umanitario applicabile ai Territori palestinesi occupati, la Corte fece riferimento principalmente alla Quarta Convenzione di Ginevra ed al Regolamento annesso alla Quarta Convenzione dell'Aja, manca invece qualsiasi accenno all'applicabilità del Primo Protocollo, che pure era stato incluso nelle dichiarazioni

preambolari della risoluzione ES-10/14. Questa assenza, dovuta presumibilmente alla mancata ratifica da parte di Israele del documento, è il primo esempio del procedere della Corte per affermazioni apodittiche prive di argomentazioni. In effetti, il Parere sarebbe stata l'occasione per discutere della natura consuetudinaria, e per ciò vincolante indipendentemente dalla ratifica, di alcune norme del Protocollo, in particolare quelle rispecchianti principi generali ampiamente condivisi. Nonostante questa carenza, il quadro delle norme rilevanti appare completo, ancorché sia opportuno sottolineare l'atteggiamento limitativo della Corte riguardo all'applicazione delle disposizioni della Convenzione di Ginevra. In effetti, questo passaggio del Parere mal si concilia con la linea garantista nei confronti della popolazione civile tendenzialmente adottata dalla Corte poiché, attraverso un'interpretazione discutibile dell'articolo 6 della Convenzione di Ginevra, si giunge a ridurre notevolmente le misure applicabili a tutela delle posizioni soggettive. Questo atteggiamento è difficilmente comprensibile anche alla luce delle evoluzioni del diritto internazionale, rappresentate in questo caso dall'adozione del Primo Protocollo Addizionale che prevede il venir meno della clausola temporale dell'articolo 6. Altrettanto discutibile fu la mancata considerazione dell'articolo 27 della Convenzione di Ginevra, che pur rientrava entro i confini tracciati dalla Corte e che, per la sua importanza all'interno del contesto della Convenzione, avrebbe meritato un riferimento. Tali carenze non rappresentano di certo degli elementi che inficiano la validità dell'operato della Corte, dal momento che il Parere per ciò che attiene il diritto umanitario, risulta comunque fondato su disposizioni estremamente rilevanti. L'ampliamento delle disposizioni considerate nel Parere non avrebbe contraddetto o modificato sostanzialmente la valutazione della costruzione della barriera, ma sarebbe stato un valore aggiunto alle caratteristiche qualitative e stilistiche dell'argomentare della Corte. Un ulteriore *distinguo*, introdotto nella parte attinente la disciplina umanitaria rilevante, fu la negazione dell'applicabilità dell'articolo 23 (g) del Regolamento dell'Aja, in base alla sua appartenenza alla Sezione dedicata alla conduzione delle ostilità. Tale posizione, nonostante sia anch'essa priva di una trattazione esauriente, appare pienamente in sintonia con il resto del Parere e, a differenza delle restrizioni riguardanti la Convenzione di Ginevra, ha dei risvolti concreti notevoli. Infatti, negare l'applicazione dell'articolo 23 (g) a favore degli articoli 46 e 52 del Regolamento dell'Aja significa ammettere implicitamente che il livello di violenza nei Territori occupati non integra un conflitto armato. Ciò, ad una lettura

superficiale, potrebbe apparire il disconoscimento di un dato di fatto tristemente noto all'intera comunità internazionale, ma se si indaga ad un livello di profondità maggiore si giunge a comprendere ed anche a condividere la posizione della Corte. Inevitabilmente in contesti di conflitto le garanzie a favore della popolazione civile si attenuano per fare spazio alle esigenze militari. Pur non volendo sminuire la difficile situazione israelo-palestinese, episodi di violenza e guerriglia non configurano necessariamente la sussistenza di ostilità in senso tecnico e per tale ragione la seconda sezione del Regolamento può essere considerata inapplicabile. La posizione della Corte sembra dunque ragionevole poiché riconosce la situazione di complessivo controllo dei Territori occupati da parte di Israele, che gli permette di realizzare il progetto di costruzione della barriera e che sicuramente verrebbe meno nel caso di sussistenza di un conflitto armato. Nel ritenere inapplicabile l'articolo 23 (g) la Corte mette in luce la peculiarità della situazione coinvolgente Israele e i Territori palestinesi, ovvero il trattarsi di un'occupazione bellica disciplinata da disposizioni che la differenziano da una situazione di conflitto armato. Tale considerazione è il filo conduttore dell'intera trattazione sostanziale del Parere e risulta avere una particolare rilevanza anche nella dibattuta tematica dell'invocazione della legittima difesa¹⁰²³. La disciplina proprietaria poi, è trattata dalla Corte con estrema concretezza, andando al di là delle giustificazioni formali offerte da Israele, soprattutto circa la temporaneità dei provvedimenti adottati per sequestrare i terreni e della struttura nel suo complesso. Il secondo gruppo di norme di diritto umanitario ritenute violate dalla Corte, attiene ai trasferimenti di popolazione nei Territori occupati e quindi alla legittimità degli insediamenti israeliani. La Corte sul punto ribadì posizioni ampiamente condivise all'interno della comunità internazionale e dichiarò l'illegittimità degli insediamenti, ma in aggiunta a ciò affermò l'illegittimità della barriera in quanto produttiva di un'annessione *de facto*. La dichiarazione dell'illegittimità degli insediamenti israeliani è perfettamente condivisibile così come l'illegalità della barriera in quanto potenzialmente determinante l'annessione. Ciò che è carente è la spiegazione del legame tra i due concetti, che la Corte avrebbe potuto chiarire avallando gli intenti politici della barriera prospettati dal Relatore Speciale delle Nazioni Unite. Qui il periodare telegrafico della Corte incide sulla logicità del discorso e quindi ha degli effetti che travalicano l'aspetto stilistico. La ragione probabilmente va rintracciata nella necessità di astenersi da

¹⁰²³ Vedi *oltre*, p. 219.

dichiarazioni troppo nette che difficilmente avrebbero trovato ampio sostegno tra i giudici, ma così facendo viene a mancare un punto nodale della questione concernente la barriera senza il quale la deduzione del rischio di annessione *de facto* perde notevolmente di valore. L'ultimo aspetto preso in considerazione dalla Corte nell'analisi del diritto umanitario fu la valutazione della potenziale sussistenza della clausola giustificativa della necessità militare, ma anche tale questione fu affrontata in maniera estremamente sintetica e, forse, anche con una leggera disattenzione. Tra le norme considerate nel Parere soltanto due contenevano un riferimento al concetto della necessità militare (artt. 53 CG e 52 RA), anche se con delle accezioni di significato differenti l'una dall'altra, ma la Corte dichiarò la mancata integrazione degli estremi della clausola riferendosi esplicitamente solo ad una di esse (art. 53 CG). Tale atteggiamento risulta difficilmente comprensibile e l'unica ipotesi che è possibile avanzare a spiegazione di ciò può essere l'evidente insussistenza, agli occhi della Corte, delle circostanze che integravano la necessità militare. Rimane, però, privo di risposta il quesito relativo alla ragione per cui la Corte considerò la necessità militare in relazione solo ad una delle norme rilevanti, a meno che non si ritenga che questa mancanza sia imputabile ad una svista oppure, al contrario, ad un volontario disinteresse, ipotesi entrambe poco plausibili.

Per quanto riguarda la disciplina in tema di diritti umani, la Corte ne dichiarò la contemporanea applicabilità alla disciplina di diritto umanitario e la valenza extraterritoriale. Merita di essere sottolineato che nella richiesta di parere dell'Assemblea Generale non si fece riferimento alla materia dei diritti umani, e dunque la decisione della Corte di affrontare la tematica acquista una rilevanza maggiore, pur allineandosi allo standard telegrafico nelle argomentazioni. Inoltre, il Parere, riconoscendo l'applicabilità di entrambi i Patti delle Nazioni Unite ai Territori palestinesi occupati in ragione dell'esercizio da parte di Israele della giurisdizione sulle persone, nel caso dell'ICCPR, e dell'esercizio della giurisdizione sul territorio, nel caso dell'ICESCR, indirettamente avvalsa l'interpretazione disgiuntiva delle locuzioni che definiscono l'ambito di applicazione degli strumenti normativi in questione. La Corte sottolineò che l'ICCPR è vincolante per Israele non solo entro i propri confini, ma anche nei Territori palestinesi occupati, salvo per ciò che riguarda l'articolo 9 sul quale il governo israeliano aveva espresso una deroga al momento della ratifica del Patto. Le violazioni dell'ICCPR riscontrate dalla Corte sono incontrovertibili e attengono a delle limitazioni imposte alla popolazione palestinese causa la costruzione della barriera. Data

l'imponenza della barriera e la severità del regime ad essa associato, la Corte avrebbe potuto spingersi ad analizzare la possibile interferenza con altri diritti tutelati dall'ICCPR, ma si limitò ad analizzare le situazioni maggiormente colpite e per ciò stesso anche le più evidenti. In questo senso, forse un'analisi più approfondita avrebbe contribuito all'autorevolezza del Parere. Per ciò che attiene l'ICESCR la Corte dimostrò una maggiore attenzione, nel senso che sotto tale profilo considerò in modo più completo le interferenze della barriera e del suo regime con le protezioni in tema di diritti economici, sociali e culturali, ma, per converso, la trattazione è pressoché assente. Tale ultima considerazione è valida anche per l'atteggiamento tenuto dalla Corte nei confronti della Convenzione sui diritti dell'infanzia. Il comportamento di Israele, in quanto parte dell'ICESCR e vincolato al suo rispetto e applicazione anche nei Territori occupati, è indubbiamente contrario all'obbligo di intraprendere misure per la progressiva implementazione delle tutele stabilite nel Patto. Aggiunge un'ulteriore nota negativa alla condotta di Israele la consapevolezza del godimento dei diritti previsti nell'ICESCR da parte dei coloni israeliani, che mette tra l'altro in crisi la ferma opposizione all'applicazione dei Patti nei Territori occupati, unita all'altrettanto consapevole negazione di tali diritti nei confronti dei palestinesi presenti nei Territori. Tale situazione non può dirsi il frutto di una mancanza di risorse da parte del governo israeliano, visti gli ingenti interventi a favore dell'insediamento di coloni israeliani nei Territori occupati, ma piuttosto il risultato di una politica di volontaria privazione dei diritti contenuti nell'ICESCR nei confronti del popolo palestinese, cui la costruzione della barriera ha sicuramente offerto un notevole contributo. Nel complesso questa parte del Parere, dedicata all'analisi delle discipline in tema di diritti umani, rappresenta sicuramente l'ambito in cui la Corte si espresse con maggior coinvolgimento, offrendo una serie di dati fattuali che permettono di raffigurare nel concreto la situazione di enorme difficoltà generatasi a seguito della costruzione della barriera. Questa sorta di *pathos* presente nell'analisi della materia dei diritti umani, unito al fatto che la trattazione è il frutto di una decisione autonoma rispetto alle esplicite richieste dell'Assemblea Generale, comportano un accrescimento dell'importanza delle tematiche affrontate. Il Parere, sotto questo profilo, contribuisce a rafforzare i legami tra diritto umanitario e diritti umani, affermando così il necessario rinvio alle discipline in materia di diritti umani per definire le obbligazioni incombenti su uno Stato anche in situazioni di conflitto armato e di occupazione bellica.

La parte del Parere relativa alla legittima difesa rappresenta l'ambito in cui la carenza di argomentazione da parte della Corte comporta le conseguenze più rilevanti, in particolare per ciò che riguarda la possibilità di fraintendimenti. La Corte ritenne inapplicabile al contesto della barriera la causa di giustificazione della legittima difesa, principalmente per la mancata provenienza delle minacce cui la barriera intende rispondere da un'entità statale e per il controllo esercitato da Israele sui Territori occupati. La tematica affrontata dalla Corte coinvolge questioni estremamente attuali e dibattute e quindi la sua presa di posizione può essere considerata sicuramente un punto di riferimento importante per gli sviluppi futuri della materia. Nonostante ciò, non è possibile astenersi dall'affermare che un atteggiamento meno ermetico, al pari di quello tenuto nell'*Oil Platform Case*¹⁰²⁴, sarebbe risultato di notevole aiuto alla comprensione sia del concetto della legittima difesa in generale, sia dell'ammissibilità di tale causa di giustificazione nella valutazione della legittimità della barriera. Merita di essere evidenziato che la Corte, dichiarando l'articolo 51 della Carta non rilevante nel contesto creatosi a seguito dell'edificazione della barriera, evitò la scorretta sovrapposizione del concetto di *ius in bello* con il concetto *ius ad bellum*. È degno di nota, inoltre, che avendo ritenuto parimenti irrilevanti le recenti risoluzioni del Consiglio di Sicurezza in tema di terrorismo internazionale, la Corte agì in conformità alla propria giurisprudenza in merito all'interpretazione restrittiva del concetto di legittima difesa. La posizione sostenuta dalla Corte non deve essere considerata espressione di un atteggiamento di chiusura nei confronti degli sviluppi del diritto internazionale, ma bensì come una dimostrazione di equilibrio e ponderazione nell'affrontare gli sviluppi che il diritto internazionale necessariamente subisce, i quali, se non cautamente valutati, rischiano di scardinare le caratteristiche principali di un concetto estremamente rilevante all'interno del sistema delle Nazioni Unite.

La parte del Parere che affronta la tematica del diritto all'autodeterminazione offre degli elementi di grande interesse e riflette la notevole attenzione della Corte verso la "Questione palestinese" sotto tale profilo. Infatti, la decisione di permettere all'Autorità palestinese di prendere parte al procedimento in veste di rappresentante degli interessi del popolo palestinese, è sicuramente un aspetto innovativo nella giurisprudenza della Corte che avrà delle ricadute di rilievo. Il riconoscimento del *locus standi* in un procedimento consultivo all'Autorità palestinese, che non è

¹⁰²⁴ Vedi *Oil Platform Case, Islamic Republic of Iran v. United States of America*, 6 novembre 2003, ICJ Reports 2003.

né uno Stato né un organizzazione internazionale, è indice della sensibilità della Corte nei confronti della tematica medio-orientale, peraltro dimostrata nel corso dell'intero Parere. Anche in tale frangente, emerge l'aspetto della tipicità della situazione in Cisgiordania e Gaza, che si esprime nell'essere una circostanza di occupazione e porta a sottolineare come nel Parere il concetto di autodeterminazione sia stato affrontato in un'ottica post-coloniale. Infatti, la Corte riconobbe il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese a prescindere dalla presenza di un passato coloniale e quindi radicò la legittima invocazione dei palestinesi in un contesto di occupazione bellica. E' interessante evidenziare come le interferenze con il diritto all'autodeterminazione ad opera della barriera configurino delle situazioni *in fieri*. La Corte ritenne che data la situazione di stallo nella risoluzione del conflitto medio-orientale, Israele fosse tenuto a non apporre delle modifiche unilaterali alle circostanze ancora soggette a negoziati. Per tale ragione si può affermare che, nonostante erosioni territoriali e demografiche non si fossero compiutamente verificate, Israele fu comunque ritenuto responsabile per il suo operato a favore del realizzarsi di tali circostanze. In tal senso la Corte "sanzionò" il mancato rispetto del diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese non sotto il profilo del risultato, ma bensì sotto quello del procedimento. Questa posizione appare particolarmente ragionevole poiché la barriera in se non interferisce direttamente con il raggiungimento dell'obiettivo autodeterminazione, dal momento che dalla sua assenza non deriverebbe automaticamente l'autodeterminazione del popolo palestinese. La "Questione palestinese", infatti, coinvolge numerosi elementi tra cui la creazione di uno Stato palestinese, ma il raggiungimento di tale risultato si realizza attraverso un procedimento, che rappresenta un ulteriore aspetto dell'autodeterminazione, e la barriera influisce proprio su tale procedimento. Israele non può quindi adempiere ai propri obblighi semplicemente dichiarando di riconoscere il diritto all'autodeterminazione e alla creazione di uno Stato palestinese, ma deve anche, se non provvedere attivamente, quantomeno astenersi dall'ostacolare il procedimento per il raggiungimento di tale obiettivo con dei comportamenti che favoriscano l'erosione territoriale e demografica dei Territori palestinesi occupati.

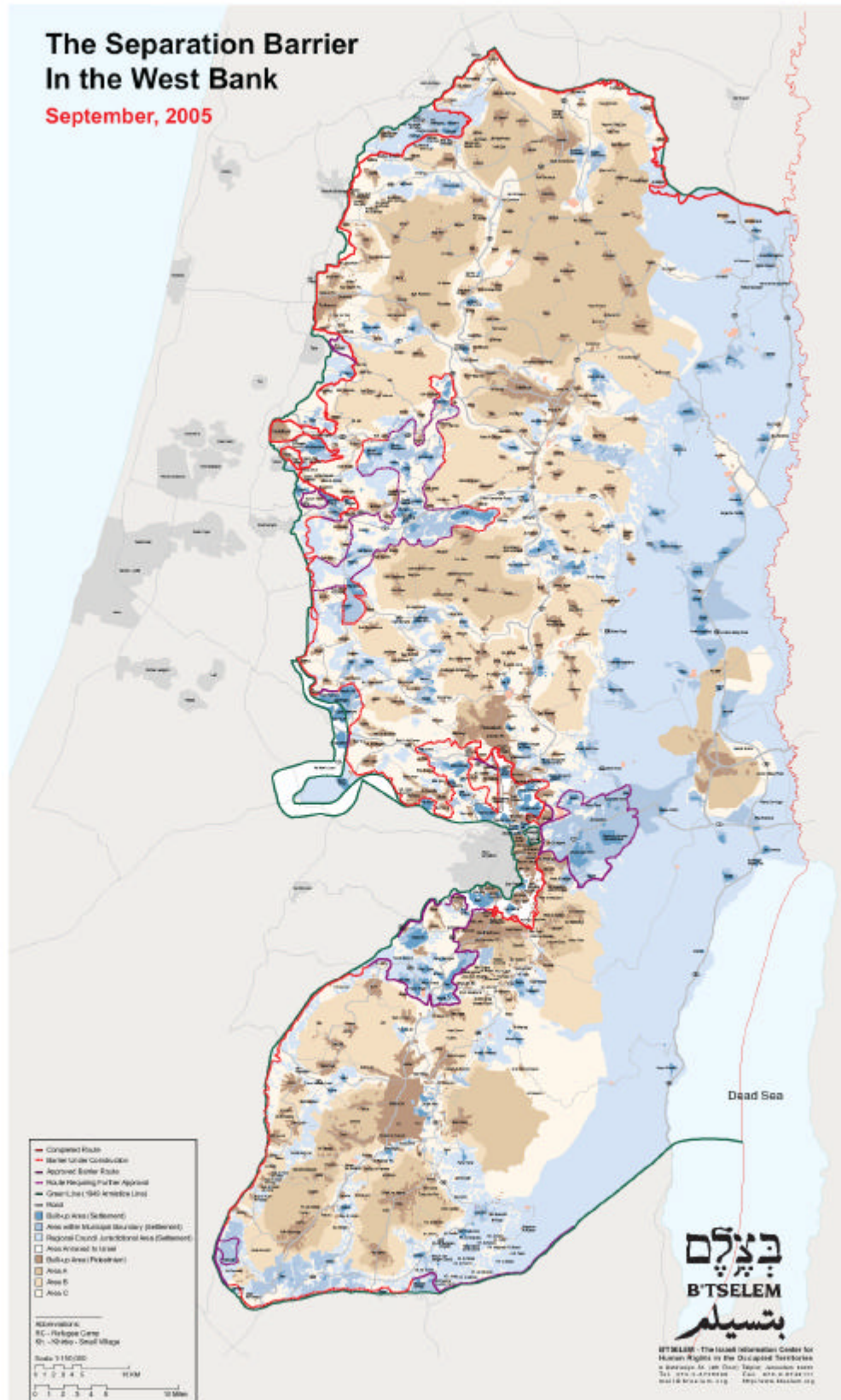
Ancorché pure in quest'ultima parte del Parere l'argomentazione sia piuttosto carente, dalle affermazioni della Corte è possibile dedurre interessanti considerazioni in tema di diritto all'autodeterminazione. Inoltre, la trattazione dell'autodeterminazione rappresenta anche l'unico

aspetto in cui sono riscontrabili delle innovazioni rispetto alla giurisprudenza precedente e questo è significativo del fatto che Corte decise di prendere l'iniziativa e spingersi oltre quanto è generalmente riconosciuto dalla comunità internazionale su di un tema che essa reputa centrale nella tematica medio-orientale.

La Corte infine individuò le responsabilità incombenti su Israele, sugli Stati terzi e sull'organizzazione delle Nazioni Unite. Dal carattere *erga omnes* dei diritti violati da Israele furono derivate delle obbligazioni positive di cessazione della situazione di illegalità della barriera, a carico di tutti i membri della comunità internazionale. Inoltre, agli Stati parte della Convenzione di Ginevra fu riconosciuto l'ulteriore obbligo di agire per il rispetto delle disposizioni della Convenzione da parte di Israele. In tal senso la Corte sottolineò la necessaria partecipazione attiva dell'intera comunità internazionale per porre fine alle violazioni derivanti dalla costruzione della barriera e per poter raggiungere una soluzione pacifica della "Questione palestinese".

A seguito dell'analisi del Parere e dei suoi numerosi aspetti problematici, rimane comunque un senso di profondo sconcerto per la debolezza del sistema giuridico internazionale, in considerazione dall'apparente mancanza di effetti concreti derivanti dalla pronuncia della Corte. Israele, pur riconoscendo il prestigio della Corte Internazionale di Giustizia, ha contestato *in toto* le statuizioni del Parere e non ha adottato alcuna misura per conformarsi almeno in parte a quanto dichiarato dalla Corte. La gran parte della Comunità internazionale, allo stesso modo, non ha dato seguito agli inviti della Corte ad agire affinché Israele si adeguasse ai propri obblighi giuridici. L'unico elemento che dopo l'emissione del Parere non è entrato in una fase di stallo è la barriera, la cui costruzione continua a dispetto della contrarietà espressa dalla maggioranza della comunità internazionale.

ALLEGATI



The Separation Barrier - Jerusalem Area September, 2005

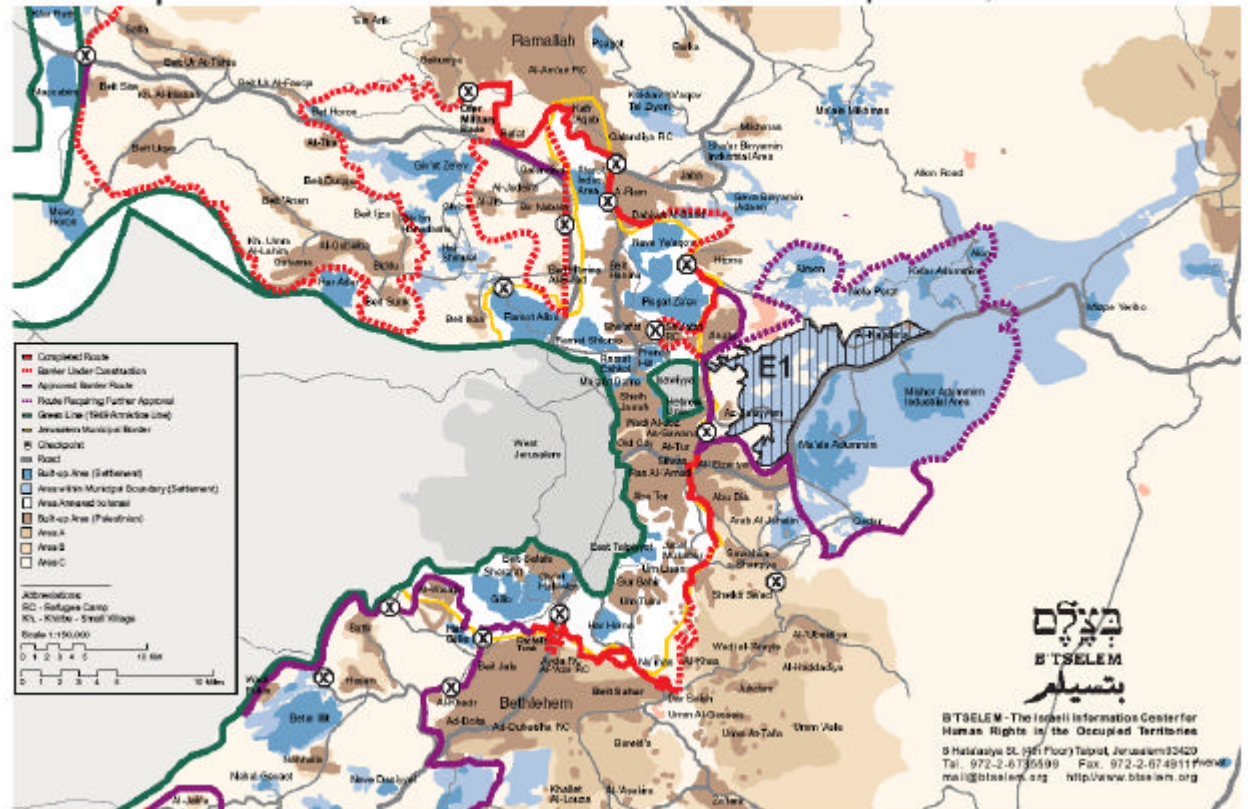


Figura 2- La barriera nell'area di Gerusalemme.
Fonte B'Tselem.

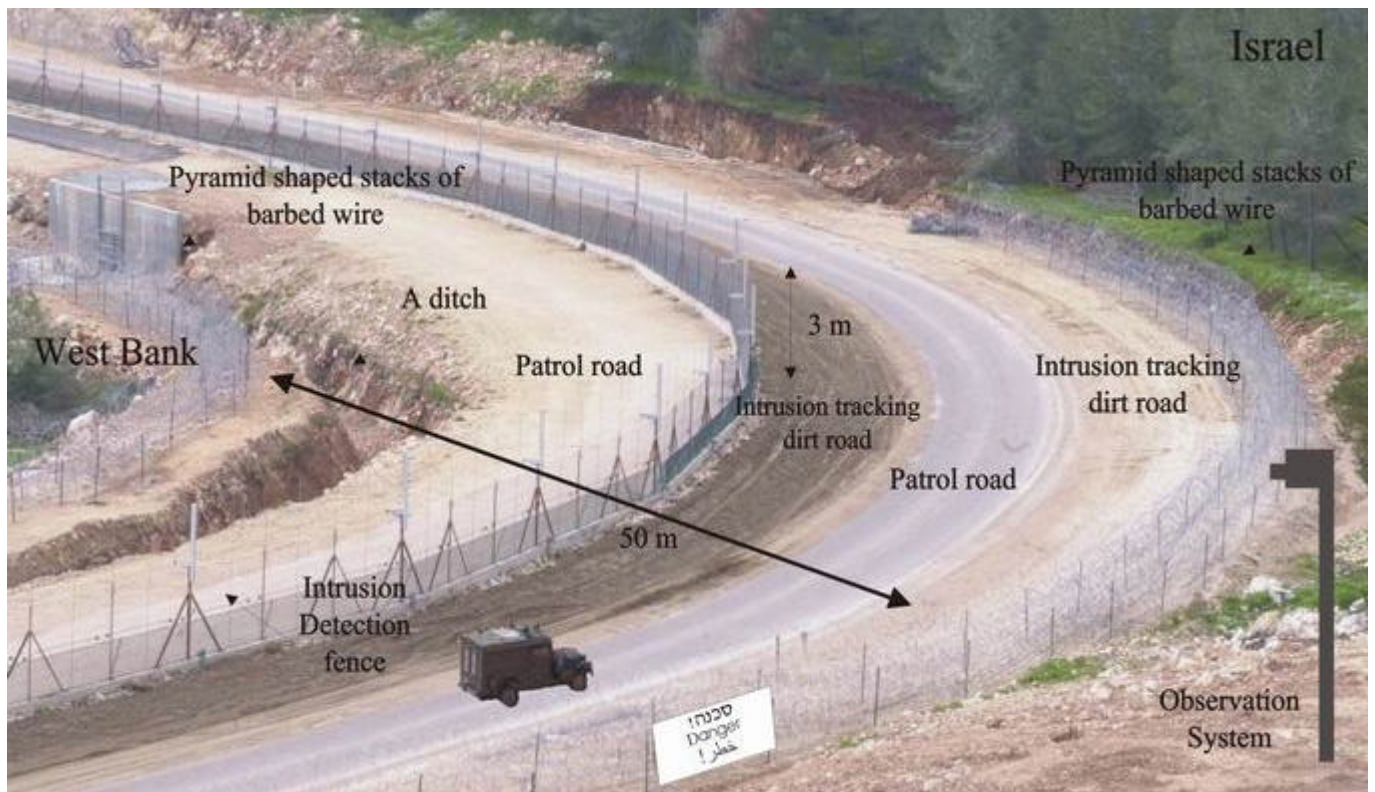


Figura 3 - Struttura della barriera.
Fonte Ministro della Difesa israeliano.



Figura 4 –17 novembre 2003 – La barriera nei pressi di Qalqilya e una torretta di avvistamento delle Forze di Difesa israeliane.
Fonte Yehezkel Lein, B'Tselem.



**Figura 5 – 1 marzo 2004 – Un punto di attraversamento della barriera a sud di Kafr Sur, nel nord della Cisgiordania.
Fonte Abd el-Karim a-Sadi, B'Tselem.**

BIBLIOGRAFIA

Opere monografiche

ALEXANDROV STANIMIR, *Self-Defence against the Use of Force in International Law*, The Hague, 1996.

AMERASINGHE CHITTHARANJAN FELIX, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge 2005.

BAYEFSKY ANNE, *Self Determination in International Law: Quebec and Lessons Learned*, The Hague, 2000.

BENVENISTI EYAL, *The international Law of Occupation*, Princeton, 1993.

BOSSUYT MARC E J. HUMPHREY, JOHN P., *Guide to the “Travaux preparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Dordrecht, 1987.

BOTHE, PARTSCH, SOLF, *New rules for victims of armed conflicts*, The Hague, 1982.

BROWNLIE IAN, *International Law and the Use of Force*, Oxford, 1963.

CASSESE ANTONIO, *Self Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge, 1995.

CASSESE ANTONIO, GAETA PAOLA, JONES JOHN, *The Rome Statute of The international Criminal Court: a commentary*, Oxford, 2002.

CHRISTAKIS THEODORE, *Le droit à l'autodetermination en dehors des situations de decolonisation*, Aix-Marseille, 1999.

CONFORTI BENEDETTO, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2005.

CONSIGLIO D'EUROPA, *Collected edition of the "travaux preparatoires" of the European Convention of Human Rights*, The Hague, 1976, vol. 3.

CRAWFORD JAMES, *The International law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 2002, Cambridge.

DE HOOG ANDRÈ, *Obligations erga omnes and International Crimes*, The Hague 1996.

DE VISSCHER C., *Theory and Reality in Public International Law*, Princeton, 1957.

DINSTEIN YORAM, *War, aggression and Self-Defence*, Cambridge, 2001.

GELVIN JAMES L., *The Israel-Palestine Conflict: One Hundred Years of War*, New York 2005.

GRAY CHRISTINE, *International law and the use of force by States*, Oxford, 2004.

HIGGINS ROSALYN, *International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes*, in *Recueil des Cours*, vol. 224 (1991-V).

HIGGINS ROSALYN, *Problems and Process International Law and How We Use It*, New York, 1994.

KAZOROWSKA ALINA, *Public international law*, Londra, 2002.

KELSEN HANS, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, Londra, 1950.

KÜHN RICK, *Terrorism and the Right of Self-Defence*, in *African Yearbook International Law*, 1980.

LAQUEUR WALTER E RUBIN BARRY, *The Israel-Arab reader: A Documentary History of the Middle East Conflict*, New York, 2001.

MALLISON THOMAS W. E MALLISON SALLY, *The Palestine Problem in International Law and World order*, Londra 1986.

MAZZAWI MUSA, *Palestine and the Law. Guidelines for the Resolution of the Arab-Israeli Conflict*, Londra, 1997.

MC DOUGAL MYRES S. E FELICIANO FLORENTINO P., *The international Law of war: transnational coercion and world public order*, New Haven, 1994.

MERON THEODOR, *Human Rights and Humanitarian Norm as Customary Law*, Oxford, 1989.

MERON THEODOR, *Human Rights in Internal Strife: Their International Protection*, Cambridge, 1987.

NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER PATRICK E PELLET ALAIN, *Droit international public*, Parigi, 1995, 6° ed.

OFUATEY-KODJOE W., *The Principle of Self-Determination in International Law*, New York, 1977.

OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW, *Disputes, War and Neutrality*, vol. 2, 7^a ed., Londra, 1952.

OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW, *Peace*, vol. 1, 9° ed., 1992.

ORAA JAIM, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992.

PICTET JEAN, *Commentary on Fourth Geneva Convention relative to protection of civilian persons in time of war*, Ginevra, 1958.

PICTET JEAN, *Humanitarian law and protection of war victims*, Leiden, 1975.

RAGAZZI MAURIZIO, *The Concept of International Obligations erga omnes*, Oxford, 1997.

RAIC DAVID, *Statehood and the Law of Self-Determination*, Leiden, 2002.

ROSENNE SHABTAI, *Developments in the Law of Treaties 1945–1986*, 1989, Cambridge.

ROSENNE SHABTAI, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, The Hague, 1983.

ROSENNE SHABTAI, *The Law and Practice of the International Court, 1920–1996*, The Hague, 1997.

SCHERMERS HENRY G, *International institutional law: unity within diversity*, The Hague, 2001.

SCHWARZENBERGER GEORG, *International law as applied by international courts and tribunals: the law of armed conflict*, Londra, 1968.

SINGH NAGENDRA E MCWHINNEY EDWARD, *Nuclear weapons and contemporary international law*, Dordrecht, 1989.

STONE JULIUS, *Israel and Palestine: assault on the law of nations*, Londra, 1981.

TANCREDI ANTONELLO, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001.

VENTURINI GABRIELLA, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare i diritto internazionale*, Milano, 1988.

VIRALLY MICHEL, *Le droit international en devenir: essais écrits au fil des ans*, Parigi, 1990.

Contributi da opere collettanee

ALSTON PHILIP, *Peoples Rights: their Rise and Fall*, in ALSTON PHILIP (ED), *Peoples Rights*, Oxford, 2001, pp. 259-293.

BOISSON DE CHAZOURNES, *The Collective Responsibility of State to Ensure Respect for Humanitarian Principles*, in BLOED ARIE, LEICHT LISELOTTE, NOWAK MANFRED, ROSAS ALLAN (EDS), *Monitoring Human Rights in Europe*, Dordrecht 1993, pp. 247-260.

BROWNLIE IAN, "Comment" in WEILER J.H.H. AND CASSESE ANTONIO (EDS), *Change and Stability in International Law-Making*, Leiden, 1988, pp. 66-101.

BUERGENTHAL THOMAS, *To respect and to ensure: State obligations and permissible derogations*, in HENKIN LOUIS (ED), *The International Bill of Rights: the Covenant on Civil and Political rights*, New York 1981, pp. 72-91.

CASSESE ANTONIO, *Powers and duties of an occupant in relation to land and natural resources*, in EMMA PLAYFAIR (ED.), *International Law and the Administration of Occupied Territories*, Oxford, 1992, pp. 419-442.

CERNA CHRISTINA M. *Human rights in armed conflict: Implementation of international humanitarian law norms by regional intergovernmental human rights bodies*, in KALSHOVEN FRITS e SANDOZ YVES (ED.), *Implementation of International Humanitarian Law*, ICRC, Ginevra, 1989, pp. 31-67.

CONDORELLI LUIGI, *Le droit international humanitaire, ou de l'exploration par la Cour d'une terra a peu près incognita pour elle*, in BOISSON DE CHAZOURNES LAURENCE E SANDS PHILIPPE (EDS.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, 1998, pp. 229-246.

DINSTEIN YORAM, "Military Necessity" in R. BERNHARDT (ED), *Encyclopedia of Public International Law*, New York, 1982, vol. 3, pp. 274-277, pp. 274-276.

DOEHRING, in SIMMA, *The Charter of United Nation: a commentary*, vol. 1, pp. 47-63.

DREW CATRIONA, *Self Determination, Population Transfer and the Middle East Peace Accords*, in BOWEN STEPHEN (ED), *Human rights, self determination e political changes in the occupied Palestinian territory*, The Hague 1997, pp. 119-168.

ELARABY NABIL, *Some reflections on the role of the Security Council and the prohibition of the use of force in international relations: article 2(4) revisited in light of recent developments*, in FORWEIN JOCHEN ABR., SCHARIOTH KLAUS, WINKELMANN INGO, WOLFRUM RUDIGER (EDS), *Verhandeln fur den Frieden- Negotiating for peace, Liber Amicorum Tonoeitel*, Heidelberg, 2003, pp. 41-68.

GASSER HANS-PETER, *Protection of Civilian Population*, in FLECK DIETER (ED.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, New York, 1995, pp. 209-292.

GREENWOOD CHRISTOPHER, *Customary Law Status of the Additional Protocols*, in ASTRID J.M. DELISSEN E GERARD J:TANJA (ED.), *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead*, Dordrecht, 1991, pp- 93-114.

GREENWOOD CHRISTOPHER, *Historical Development and Legal Basis*, in FLECK DIETER (ED.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, New York, 1995. pp. 1-38.

GREENWOOD CHRISTOPHER, *Scope of Application of Humanitarian Law*, in FLECK DIETER (ED.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, New York, 1995, pp. 39-64.

GREENWOOD CHRISTOPHER, *The International Court of Justice and the Use of Force*, in LOWE VAUGHAN E FITZMAURICE MALGOSIA (EDS.), *Fifty years of the International Court of Justice*, Cambridge, 1996, pp. 373-388.

HIGGINS ROSALYN, *Self-Determination and Secession*, in DAHLITZ JULIE. (ED), *Secession and International Law: Conflict Avoidance- Regional Appraisals*, The Hague, 2003, pp. 21-38.

KOHEN MARCELO, *La libre determinaciòn de los pueblos y su relaciòn con el territorio*, in Z. DRNAS DE CLEMENT AND M. LERNER (ED.), *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Cordoba, 2002, pp. 859-872.

KUNNEMANN ROLF, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* in COOMANS FONS E KAMMINGA MENNO T. (EDITS.), *Extraterritorial application of human rights treaties*, Antwerp, 2004, pp. 201-232.

LAWSON RICK, *Life after Bankovic: on the extraterritorial application of the European Convention on Human Rights*, in COOMANS FONS E KAMMINGA MENNO T. (EDITS.), *Extraterritorial application of human rights treaties*, Antwerp, 2004, pp. 83-124.

MARTSON GEOFFREY, *The London Committee and the Statute of the International Court of Justice*, in LOWE VAUGHAN E FITZMAURICE MALGOSIA (EDS.), *Fifty years of the International Court of Justice*, Cambridge, 1996, pp. 40-62.

MCCORQUODALE ROBERT, *Human Rights and Self-Determination*, in SELLERS MORTIMER (ED.), *The New World Order: Sovereignty, Human Rights and the Self-Determination of Peoples*, Oxford, 1996, pp. 9-35.

MCGOLDRICK DOMINC, *Extraterritorial application of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in COOMANS FONS E KAMMINGA MENNO T. (EDITS.), *Extraterritorial application of human rights treaties*, Antwerp, 2004, pp. 41-72.

O'BOYLE MICHEAL, *The European Convention: a comment on "Life after Bankovic"*, in COOMANS FONS E KAMMINGA MENNO T. (EDITS.), *Extraterritorial application of human rights treaties*, Antwerp, 2004, pp. 125-140.

PARKER KAREN, *Understanding Self Determination: the Basics*, in KLY Y. N. E KLY D. (EDS.), *In pursuit of the Right of Self Determination*, Ginevra, 2001, pp. 63-73.

PELLET ALAIN, *Quel avenir pour le droit des peuples a disposer d'eux-memes?*, in RAMA-MONTALDO R, *Le droit international dans un monde en mutation: Liber Amicorum en hommage au professeur Eduardo Jimenez de Aréchaga*, Montevideo, 1995, pp. 255-276.

PROTT LYNDEL, *Cultural Rights as People Rights in International Law*, in CRAWFORD JAMES (ED.), *The Rights of Peoples*, Oxford, 1988, pp. 93-106.

QUPTY MAZEN, *The Application of International Law in the Occupied Territories as Reflected in the Judgments of the High Court of Justice in Israel* in EMMA PLAYFAIR (ED.), *International Law e*

the Administration of Occupied Territories: Two Decades of Israeli Occupation of the West Bank e the Gaza Strip, Oxford, 1992, pp. 87-124.

RANDELZHOFFER, in SIMMA, *The Charter of United Nations: a commentary*, vol. 1, Oxford, 2002, pp. 788-806.

ROSAS ALLAN, *Internal Self-Determination*, in TOMUSCHAT (ED.), *The modern Law of Self-Determination*, Dordrecht, 1993, pp. 225-252.

ROSTOW EUGENE, *Disputes Involving the Inherent Right to Self-Defence*, in DAMROSCH LORI. FISLER (ED.), *The International Court of Justice at Crossroads*, New York, 1987, pp. 264-287.

SCOBIE IAIN, *Natural resources e belligerent occupation: mutation through permanent sovereignty*, in BOWEN STEPHEN (ED), *Human rights, self determination e political changes in the occupied Palestinian territory*, The Hague 1997, pp. 221-290.

STAHN CARSTEN, “*Nicaragua is Dead, Long Live Nicaragua*” – *the Right to Self-defence Under Art. 51 UN-Charter and International Terrorism* in C. WALTER ET AL. (EDS), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Berlino, 2004, pp. 827-878.

STRAWSON JOHN, *Mandate Ways: Self-Determination in Palestine and the “Existing Non-Jewish Communities”*, in SILVERBURG SANFORD, *Palestine and International Law: Essays on Politics and Economics*, Jefferson 2002, pp. 251-270.

SUGIHARA TAKANE, *The Judicial Function of the International Court of Justice with Respect to Disputes Involving Highly Political Issues*, in A.S. MULLER ET AL.(EDS), *The International Court of Justice. Its Future after Fifty Years*, The Hague, 1997, pp. 117-140.

THIRWELL HUGH, *The International Court of Justice*, in EVANS MALCOM (ED), *International law*, Oxford, 2003, pp. 559-587.

THORNBERRY PATRICK., *The democratic or internal aspects of self-determination with some remarks on federalism*, in CHRISTIAN.TOMUSCHAT (EDS), *Modern Law of Self-Determination*, 1993, pp. 101-138.

Articoli da riviste

ABI-SAAB GEORGES, *Cours général de droit international public*, in *Recueil des Cours*, vol. 207, (1987-VII), pp. 9-463.

ABRAHAM ELIZABETH, *The Sins of the Saviour: Holding the United Nations Accountable to International Human Rights Standards for Executive Order Detentions in its Mission in Kosovo*, in *American University Law Review*, 2003, vol 52, issue 5, pp. 1293-1337.

AOLAIN NÍ FIONNAUALA, *The relationship between situations of emergency and low-intensity armed conflict*, in *Israel Yearbook of Human Rights*, 1998, vol. 28, pp. 97-106.

ARAUJO FR. ROBERT J., *Implementation of the ICJ advisory opinion-legal consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory: fences (do not) make good neighbours?*, in *Boston University International Law Journal*, 2004, vol. 22, pp. 349-398.

BAXTER ROBERT, *The International Court of Justice: Introduction*, in *Virginia Journal of International Law*, 1971, vol. 11, pp. 291-323.

BENVISTI EYAL, *The applicability of human rights conventions to Israel and to occupied territories*, in *Israel law review*, vol. 26, issue 1, 1992, pp. 24-35.

BEKKER PIETER H.F., *The world court's ruling regarding Israel's West Bank barrier and the primacy of international law: an insider's perspective*, in *Cornell International Law Journal*, 2005, vol. 38, issue 2, pp. 553-582.

BERMAN NETHANIEL, *Sovereignty in Abeyance: Self Determination and International Law*, in *Wisconsin International Law Journal*, 1988, vol. 7, pp. 51-105.

BONGIORNO CARLA, *A Culture of Impunity: Applying International Human Rights Law to the United Nations in East Timor*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2002, vol. 33, pp. 623-692.

BREAU SUSAN C, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Advisory Opinion*, in *International and comparative law quarterly* 2005, vol. 54, issue 4, pp. 1003-1013.

BRILMAYER LEA, *Secession and Self-Determination: A Territorial Interpretation*, in *Yale Journal of International Law*, 1991, vol. 16, pp. 177-202.

CASSESE ANTONIO, *Terrorism is also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2001, vol. 12, issue 5, pp. 993-1001.

CHAYES ABRAM, *A Common Lawyer Looks at International Law*, in *Harvard Law Review*, 1965, vol. 78, pp. 1396-1415.

CROOK AJOHM R., *The 2004 judicial activity of the international court of justice*, in *AJIL* 2005, vol. 99, issue 2, pp. 450-459.

DAMROSCH LORI FISLER, *Politics across Borders: Non intervention and Non forcible Influence over Domestic Affairs*, in *AJIL*, 1989, vol. 83, issue 1, pp. 1-50.

DE WAART PAUL J. I.M., *International Court of Justice Firmly Walled in the Law of Power in the Israeli–Palestinian Peace Process* in *Leiden Journal of International Law*, 2005 vol. 18, issue 3, pp. 467-487.

DELBRÜCK JOST, *The Fight Against Global Terrorism: Self-Defence or Collective Security as International Police Action?*, in *German Yearbook of International Law*, 2001, , vol. 44, issue 9, pp. 9-24.

DEPUY ALBERTO, *Bringing down the barrier: A comparative analysis of the ICJ Advisory opinion and the High Court of Justice of Israel's ruling on Israel's construction of a barrier in the occupied territory*, in *Tulane Journal Of International And Comparative Law*, 2005, vol. 13, pp. 275-303.

DINSTEIN YORAM, *The international law of belligerent occupation e human rights*, in *Israel Yearbook of Human Rights*, 1978, vol. 104, pp. 104-143.

EIDE ASBJORN, ROSAS ALLAN, MERON THEODOR, *Combating Lawlessness in Gray Zone Conflicts through Minimum Humanitarian Standards*, in *AJIL*, 1995, vol. 89, issue 1, pp. 215-223.

ELLIS MARC H., *The Mural Covered Wall: On Separation And The Future Of Jews And Palestinians In Israel/Palestine And The Diaspora*, in *Chicago Journal Of International Law* 2004 , vol. 5 n.1, pp. 271-285.

ERKKI HOLMILA, *Another Brick in the Wall? The Decision of the Israeli Supreme Court in the case of Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and Commander of the IDF Forces in the West Bank (HCJ 2056/04, 30 June 2004)*, in *Nordic Journal of International Law*, 2005, vol. 74, issue 1, pp. 103-115.

FRANK THOMAS, *Terrorism and the right of self-defence*, in *AJIL*, 2001, vol. 95, issue 4, pp. 839-843.

FROWEIN JOCHEN ABR., *The relationship between human rights regimes and regime of belligerent occupation*, in *Israel Yearbook of Human Rights*, 1998, vol. 28, pp. 1-16.

GAREAU JEAN-FRANCOIS, *Shouting at the Wall: Self-Determination and the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, in *Leiden Journal of International Law*, 2005 vol. 18, issue 3, pp. 489-521.

GRAY CHRISTINE, *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, vol. 14, issue 5, pp. 867-906.

GREENWOOD CRISTOPHER, *International law and the United States' air operation against Libya*, in *West Virginia Law Review*, 1987, vol. 89, pp. 933-960.

KALSHOVEN FRITS. *The Undertaking to Respect and Ensure Respect in all Circumstances: from Tiny Seed to Ripening Fruit*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, vol. 2, pp. 3-61.

KOVACS PETER, *Rather judgment than opinion? Or can we speak about a third type judicial procedure before the international court of justice?*, in *Anuario de derecho internacional*, 2004, vol. 20, pp. 447-465.

LAGERQUIST PETER, *Fencing the last sky: excavating Palestine after Israel's "separation wall"*, in *Journal of Palestine studies*, 2004, vol. 33, issue 2, pp.1-35.

LILLICH RICHARD –WHITE EDWARD, *The Deliberative Process of the International Court of Justice: a Preliminary Critique and Some Possible Reforms*, in *AJIL*, 1976, vol. 70, pp. 28-40.

LOBEL JULES, *The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan*, in *Yale Journal of International Law*, 1999, vol. 24, pp. 537-557.

MERON THEODOR, *Extraterritoriality of human rights treaties*, in *AJIL*, 1995, vol. 89, issue 1, pp. 78-82.

O'KEEFE ROGER, *Legal Consequences of the construction of a wall in the occupied Palestinian territory: a commentary*, in *Revue Belge de droit international*, 2004, vol. 37, n.1, pp. 92-154.

PAPPE ILAN, *The wall at the heart of Palestine*, in *Mediterranean Journal of Human Rights*, 2004, vol.8, Issue. 2, pp. 323-331.

PERTILE MARCO, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel: A Matter of Principle (and Neglected Rules)*, in *Zeitschrift fuer Auslaendisches Oeffentliches Recht und Voelkerrecht*, 2005, vol. 65, issue 3, pp. 677-734.

PERTILE MARCO, *Legal Consequences Of The Construction Of A Wall In The Occupied Palestinian Territory: A Missed Opportunity For International Humanitarian Law?*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2004, vol. 14, pp. 121-161.

PINZAUTTI GIULIA, *Aspetti problematici della legittimità del "Muro" in Palestina: il caso Beit Sourik*, in *Rivista Italiana di Diritto Internazionale*, 2005, vol. 88, issue 2, pp. 441-463.

PIOTROWICZ RYSZARD, *Defence and defiance in international law, a wall and an advisory opinion*, in *Australian law journal*, 2004, vol. 78, issue 11, pp. 710-718.

ROBERTS ADAM, *Prolonged military occupation: the Israeli-occupied territories since 1967*, in *AJIL*, 1990, vol. 84 issue 1, pp. 44-103.

SCHMALENBACH KIRSTEN, *The Right of Self-Defence and the "War on Terrorism" One Year after September 11*, in *German Law Journal*, 2002, vol. 3, n. 9, disponibile su: <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=189>.

SCHRIJVER NICO, *No more walls: human rights and the wall in the occupied Palestinian territory*, in *Netherland quarterly of human rights*, 2004 vol. 22, pp. 3-5.

SCOBIE IAN, *Smoke, mirrors and killer whales: the international court's opinion on the Israel barrier wall*, in *German law journal*, 2004, vol. 5, n.9, pp. 1107-1131.

SCOBIE IAN, *The invocation responsibility fir the beach of "obligations under peremptory norms of general international law"*, in *European Law Journal*, 2002, vol. 13.

SCOBIE IAN, *Unchart(er)ed Waters?: Consequences of the Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory for the Responsibility of the UN for Palestine*, in *European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, issue 5, pp. 941-961.

SHAMGAR MEIR, *The observance of international law in the administered territories*, in *Israel Yearbook of Human Rights*, 1971, vol. 1, pp. 262-277.

TAMS CHRISTIAN J., *Light Treatment of a Complex Problem: the Law of Self-Defence in the Wall Case*, in *European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, issue 5, pp. 963-978.

VAN DE CRAEN FRANK, *The territorial Title of the State of Israel to "Palestine": an Appraisal in International Law*, in *Revue Belge de Droit International*, 1978-1979, vol. 14, pp. 500-538.

VERHOEVEN STEN *Advisory opinion on legal consequences of construction of a wall in the occupied Palestinian territories*, in *International law forum du droit international*, 2004, vol.6, pp. 106-110.

Agorà in AJIL, 2005, vol. 99, issue 1:

DENNIS MICHEAL J., *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, pp. 119-141.

FALK RICHARD A., *Toward authoritativeness: the ICJ ruling on Israel's security wall*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, pp. 42-52.

IMSES ARDI, *Critical Reflections on the International Humanitarian Law Aspects of the ICJ Wall Advisory Opinion*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, pp. 102-118.

KRETZMER DAVID, *The Advisory Opinion: the Light Treatment of International Humanitarian Law*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, pp. 88-102.

MURPHY D. SEAN, *Self defence and Israel wall advisory opinion: an ipse dixit from the ICJ?*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, pp. 62-76.

POMERANCE MICHLA, *The ICJ's Advisory Jurisdiction e the Crumbling Wall between the Political e the Judicial*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, pp.26-42.

SCOBIE IAN, *Words my mother never taught me "In defence of the International Court"*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, pp. 76-88.

WATSON GEOFFREY R., *The Wall Decision in Legal e Political Context*, in *AJIL* 2005, vol. 99, issue 1, pp.6-26.

WEDGWOOD RUTH, *The ICJ Advisory opinion on the Israeli security fence and the limits of self defence*, in *AJIL*, 2005, vol. 99, issue 1, pp. 52-61.

Documenti reperibili su internet

AKRAM SM AND QUIGLEY, *A reading of the International Court of Justice advisory opinion on the legality of Israel's wall in the occupied Palestinian Territories*, luglio 2004, disponibile su: www.palestinecenter.org

AMNESTY INTERNATIONAL, *Israel and the Occupied Territories: The place of the fence/wall in international law*, Report-19/02/2004, disponibile su: <http://web.amnesty.org/library/index/engmde150162004>.

AMNESTY INTERNATIONAL, *Israel e the Occupied Territories: The Issue of the Settlements Must Be Addressed According to International Law*, Press Release, AI Doc. MDE 15/085/2003, 8 Settembre 2003 disponibile su: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE150852003?open&del=ENG-ISR>.

AMNESTY INTERNATIONAL, *Surviving under siege: The impact of the movement restrictions on the right to work*, Report, settembre 2003, disponibile su: <http://web.amnesty.org/library/Index/ENGMDE150012003?open&of=ENG-ISR>.

B'TSELEM REPORT, *Land Grab: Israel's Settlement Policy in the West Bank*, 2002, disponibile su: http://www.btselem.org/Download/200205_Land_Grab_Eng.doc.

B'TSELEM, *Behind the barrier: Human rights violations as a result of Israel's separation barrier*, Position paper, aprile 2003, disponibile su: [http://www.healthinforum.net/files/wall/Betselem_Behind_The_Barrier_\(april03\).pdf](http://www.healthinforum.net/files/wall/Betselem_Behind_The_Barrier_(april03).pdf)

B'TSELEM, *Israeli Settlement in the Occupied Territories as a Violation of Human Rights: Legal and Conceptual Aspects*, marzo 1997, disponibile su:
http://www.btselem.org/Download/199703_Settlements_Eng.rtf

B'TSELEM, *Not All It Seems - Preventing Palestinians Access to their Land West of the Separation Barrier in the Tulkarm-Qalqila Area*, giugno 2004 disponibile su:
http://www.btselem.org/Download/200406_Qalqiliya_Tulkarm_Barrier_Eng.Doc

B'TSELEM, *The Separation Barrier: Position Paper*, settembre 2002, disponibile su:
http://www.btselem.org/Download/200209_Separation_Barrier_Eng.rtf

BARRRAT CLAUDE, *The advisory opinion of the international court of justice on the construction of a wall in the occupied Palestinian territory*, in *The palestinian independent commission for citizens' rights*, Legal report series (37), ottobre 2004 disponibile su:
<http://www.piccr.org/publications/reports/wall.pdf>

BEKKER PIETER, *The world court rules that Israel's west bank barrier violates international law*, in *ASIL Insight*, luglio 2004, disponibile su: <http://www.asil.org/insights.htm>

CASSESE ANTONIO, *Expert opinion on whether Israel's targeted killings of Palestinian terrorists is consonant with international humanitarian law*, disponibile su:
<http://www.stoptorture.org.il//eng/images/uploaded/publications/64.pdf>

Dichiarazione resa alla Conferenza delle Alte Parti Contraenti della Convenzione di Ginevra del 5 dicembre 2001, disponibile su:
<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/0/8fc4f064b9be5bad85256c1400722951?OpenDocument>

FOREIGN MINISTRY OF ISRAEL, *Israeli Settlements and International Law: Legal Position Paper*, maggio 2001, disponibile su:

<http://www.mfa.gov.il/MFA/Peace+Process/Guide+to+the+Peace+Process/Israeli+Settlements+and+International+Law.htm>.

FORSYTHE DAVID, *1949 and 1999: Making the Geneva Conventions relevant after the Cold War*, in *International Review of the Red Cross*, 1999, vol. 81, n. 834, disponibile su: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList304/FB6C961A7417341AC1256B66005D0D39>.

HARVARD PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RESEARCH INITIATIVE, *Review of the applicability of the Humanitarian International law to the occupied Palestinian territory, Policy brief*, gennaio 2004, disponibile su: <http://www.hpcr.org/publications/briefs.php>.

HARVARD PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RESEARCH INITIATIVE, *Recent Judicial Decisions On The Legality Of The Separation Barrier Under Ihl*, luglio 2004, disponibile su: <http://www.ihlresearch.org/opt/pdfs/sepbarannex.pdf>.

HARVARD PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RESEARCH INITIATIVE, *The separation barrier and international humanitarian law*, luglio 2004, disponibile su: <http://www.ihlresearch.org/opt/feature.php?a=36>.

HARVARD PROGRAM ON HUMANITARIAN POLICY AND CONFLICT RESEARCH INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RESEARCH INITIATIVE, *The legal status of Israeli settlements under IHL*, gennaio 2004, disponibile su: <http://www.ihlresearch.org/opt/feature.php?a=32>.

HEINTZE HANS-JOACHIM, *On the relationship between human rights law protection and international humanitarian law*, *International Review of the Red Cross*, dicembre 2004 Vol. 86 n. 856, disponibile su: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList314/BC9B4B72537E5897C1256F96003D2C4F>.

HUMAN RIGHTS WATCH, *Center of the Storm: A Case Study del Human Rights Abuses in the Hebron District*, 11 aprile 2003, disponibile su: <http://www.hrw.org/reports/2001/israel/hebron-v2.pdf>.

ICRC, Documento ufficiale del 5 dicembre 2001 in occasione della Conferenza delle Alte Parti Contraenti della Quarta Convenzione di Ginevra, disponibile su: <http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/57JRGW?OpenDocument>.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Israelis Settlements in Occupied Areas*, the Review, n.19 (in possesso dell'autore).

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *Israel's Separation Barrier: Challenges to the Rule of Law and Human Rights*, 6 luglio 2004, disponibile su: http://www.icj.org/news.php3?id_article=3410&lang=en.

INTERNATIONAL REVIEW OF RED CROSS, *Measures available to States for fulfilling their obligation to ensure respect for international humanitarian law*, 1994, n.9, disponibile su: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList510/35289C31F0187A41C1256B6600591427>.

ISRAEL NATIONAL SECTION INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *The Rule of Law in the Areas Administered by Israel*, 1981 (in possesso dell'autore).

NEGOTIATION AFFAIRS DEPARTMENT, *Israeli colonies e international law*, disponibile su: http://www.nadplo.org/view_area_page.php?view=nego_permanent_colonies_related_hccolinterp&css=2.

OXFORD PUBLIC INTEREST LAWYERS (OXPIIL) FOR THE ASSOCIATION FOR CIVIL RIGHTS IN ISRAEL (ACRI), *Legal Consequences of Israel's Construction of a Separation Barrier in the Occupied*

Territories International Law Opinion, febbraio 2004, disponibile su:
<http://www.law.ox.ac.uk/opbp/OXPIIL%20Israel%20Barrier%20Executive%20Summary.pdf>

PALESTINIAN ENVIROMENTAL NGOS NETWORK, *The Apartheid Barrier Campaign: Report No 1*, Gerusalemme, novembre 2002, disponibile su: <http://www.pengon.org/wall/wall.pdf>.

PALESTINIAN ENVIRONMENTAL NGOS NETWORK REPORT, disponibile su:
www.pengon.org/wall/fact-may-2003.pdf.

PALESTINIAN INDEPENDENT COMMISSION FOR CITIZENS' RIGHTS, *Creeping Annexation - The Israeli Separation Wall and its Impact on the West Bank*, Special Reports Series (23), giugno 2003, disponibile su: <http://www.piccr.org/publications/wall.pdf>.

PALWANKAR UMESH, *Measures available to States for fulfilling their obligation to ensure respect for international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross*, n. 298, p. 9-25, disponibile su:
<http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/iwpList510/35289C31F0187A41C1256B6600591427>.

REPORT OF THE MISSION TO THE HUMANITARIAN E EMERGENCY POLICY GROUP OF THE LOCAL AID COORDINATION COMMITTEE, *The impact of Israel's separation barrier on affected West-Bank communities*, 4 maggio 2003, disponibile su:
<http://www.reliefweb.int/library/documents/2003/hepglacc-opt-04mav.pdf>.

REPORT ON THE EXPERT MEETING ON MULTINATIONAL PEACE OPERATIONS GENEVA, *Application of international humanitarian law and international human rights law to UN-mandated forces*, 11-12 dicembre 2003, disponibile su:
[http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5ZBHAZ/\\$File/IRRC_853_FD_Application.pdf](http://www.icrc.org/Web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5ZBHAZ/$File/IRRC_853_FD_Application.pdf).

SASSOLI MARCO, *Article 43 Of The Hague Regulations E Peace Operations In The Twenty-First Century - Background Paper prepared for Informal High-Level Expert Meeting on Current Challenges to International Humanitarian Law*, in *International Humanitarian Law Research Initiative*, 2004, disponibile su: <http://www.ihlresearch.org/ihl/pdfs/sassoli.pdf>.

SCOBIE IAN, *Issues of competence and procedure in the Wall advisory opinion*, Hotung Project – Law, Human Rights and Peace Building in the Middle East – Papers, No.1, disponibile su: <http://www.soas.ac.uk/lawpeacemideast/papers/1scobie.pdf>.

SCOBIE IAN, *The Wall and the International Humanitarian Law*, disponibile su: <http://www.soas.ac.uk/lawpeacemideast/papers/UNpaper.pdf>.

SILMAN NIDAL, *Israel high court decision on location of west bank barrier*, in *ASIL Insights*. luglio 2004, disponibile su: <http://www.asil.org/insights.htm>.

TROOP PAUL, *The Reality and Legality of Israel's Wall*, in *Electronic Intifada*, 24 novembre 2003 disponibile su: <http://electronicintifada.net/cgi-bin/artman/exec/view.cgi/7/2207>.

Articoli da quotidiani

AGENCE FRANCE PRESSE, *Jewish settlers get big part of Israeli housing budget*, 4 agosto 1997.

AMIT BEN-AROYA, *Sharon to Seam Area Police: The Separation Fence is a Populist Idea*, in *Ha'aretz*, 12 aprile 2002.

BAHOR DIANA, *Separation Fence: All the Objections* in *Ynet*, 4 Luglio 2002.

BARZILAI AMNON E ZVI ZARHIYA, *Work on Erecting Fence on the Seam Line Begins*, in *Ha'aretz*, 11 Giugno 2002.

BENN ALUF, *Sharon Approved: Separation Security Fence will be Erected along the Green Line*, in *Ha'aretz*, 4 Giugno 2002.

BROOKS JAMES, *Fence or Machine of War*, in *ZNet*, 17 Novembre 2003, disponibile su: www.zmag.org/content/print_article.cfm?itemID=4514§ionID=22.

CLARKE RICHARD, *Storia della prima guerra globale*, in *Corriere della Sera*, 02 gennaio 2006, disponibile su: http://www.corriere.it/Primo_Piano/Documento/2005/07_Luglio/11/clarke.shtml.

MOORE MOLLY, *Israel Court orders changes in barrier*, in *Washington post*, 1 luglio 2004, disponibile su: <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A16630-2004Jun30.html>.

Documenti ufficiali di organizzazioni internazionali

- **Assemblea Generale delle Nazioni Unite**

Risoluzione 377 (V), “*Uniting for Peace*”, UN.Doc.A/RES/377, 1950.

Risoluzione 1541 (XV), *Principles Which Should Guide Members in Determining Whether or Not an Obligation Exists to Transmit the Information Called for Under Article 73e of the Charter*, UN.Doc.A/RES/1514, 1960.

Risoluzione 1514 (XV), *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, UN.Doc.A/RES/1514, 1960.

Risoluzione 2625 (XXV), *Declaration on Principles of International Law on Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, UN.Doc.A/5217, 1970.

Risoluzione 3314 (XXIX), *Definition of Aggression*, UN.Doc.A/RES/3314, 1974.

Risoluzione 3236 (XXIX), *Question of Palesatine*, UN.Doc.A/RES/3236, 1974.

Risoluzione 3237 (XXIX), *Question of Palesatine*, UN.Doc.A/RES/3237, 1974

Risoluzione 3376 (XXX), *Question of palesatine*, UN.Doc.A/RES/3376, 1975.

Risoluzione 32/40, *Question of Palesatine*, UN.Doc.A/RES/32/40(B), 1977.

Risoluzione 33/113, *Report of the Special Committee to investigate Israeli Practices affecting the Human Rights of the Population of the Occupied Territories*, UN.Doc A/RES/33/113, 1978.

Risoluzione 41/42, *Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, UN.Doc.A/RES/41/41, 1986,

Risoluzione 43/160, *Observer status of national liberation movements recognized by the Organization of African Unity and/or the League of Arab States*, A/RES/43/160, 1988.

Risoluzione 45/69, *The uprising (intifadah) of the Palestinian people*, UN.Doc.A/RES/45/69, 1990.

Risoluzione ES-10/2 (III), *Illegal Israeli actions in occupied East Jerusalem e the rest of Occupied Palestinian Territory*, UN.Doc.A/RES/ES-10/2, 1997.

Risoluzione 52/250, *Participation of Palestine in the work of the United Nations*, A/RES/52/250, 1998.

Risoluzione ES-10/6 (XII), *Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory*, UN.Doc.A/ES-10/6, 1999.

Risoluzione ES-10/13 (XXII), *Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory*, UN.Doc.A/RES/ES-10/13, 2003.

Risoluzione ES-10/14 (XXIII), *Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory*, UN.Doc.A/RES/ES-10/14, 2003.

Risoluzione 58/10, *Report of the International Law Commission - Fifty-fifth session (5 May-6 June and 7 July-8 Aug. 2003)*, UN Doc..A/58/10, 2003.

Risoluzione 59/10, *Report of the International Law Commission - Fifty-sixth session (3 May-4 June and 5 July-6 August 2004)*, UN.Doc.A/59/10, 2004.

Risoluzione ES-10/15, *Advisory opinion of the International Court of Justice on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory , including in and around East Jerusalem*, UN.Doc.A/RES/ES-10/15, 2004.

Risoluzione ES-10/294, *Letter dated 11 January 2005 from the Secretary-General to the President of the General Assembly*, UN Doc.A/ES-10/294, 2005.

- Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite

Risoluzione 452, *Territories occupied by Israel (20 July)*, S/RES/452, 1979.

Risoluzione 681, *Territories occupied by Israel (20 December)*, S/RES/681, 1990.

Risoluzione 1368, *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, S/RES/1368, 2001.

Risoluzione 1373, *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, S/RES/1373, 2001.

Risoluzione 1515, *The situation in the Middle East, including the Palestinian question*, S/RES/1515, 2003.

▪ Altri organi delle Nazioni Unite

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Guiding Principles on Internal Displacement*, 1998, U.N. Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, disponibile su:
<http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/d2e008c61b70263ec125661e0036f36e?OpenDocument>.

COMMITTEE OF THE ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, *Concluding observations: Israel*, 2003, UN.Doc. E/C.12/1/Add.90, disponibile su:
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/b313a3503107f1e6c1256d33002cea38?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/b313a3503107f1e6c1256d33002cea38?OpenDocument).

COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS, General Comment n. 18, *The Right to Work*, E/C.12/GC/18, disponibile su:
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/493bee38093458c0c12571140029367c/\\$FILE/G0640313.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/493bee38093458c0c12571140029367c/$FILE/G0640313.pdf).

CRISTESCU AURELIU, *The Right of Self-Determination. Historical and Current Development on the Basis of the United Nations instruments*, 1981, UN.Doc.E/CN.4/Sub.2/Rev.1.

DECLARATION OF MINIMUM HUMANITARIAN STANDARDS, riprodotta in REPORT OF THE SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES ON ITS FORTY-SIXTH SESSION, COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, U.N. Doc. E/CN.4/1995/116, 1995, (Declaration of Turku), disponibile su: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/1990b.htm>.

GAJA GIORGIO, SPECIAL RAPPORTEUR, FIRST REPORT ON RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, 26 marzo. 2003, UN Doc.A/CN.4/532, disponibile su: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/300/28/pdf/N0330028.pdf?OpenElement>.

GAJA GIORGIO, SPECIAL RAPPORTEUR, SECOND REPORT ON RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, 2 aprile. 2004, UN Doc.A/CN.4/541, disponibile su: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/296/68/pdf/N0429668.pdf?OpenElement>.

GAJA GIORGIO, SPECIAL RAPPORTEUR, THIRD REPORT ON RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, 13 maggio 2005, UN Doc.A/CN.4/553*, disponibile su: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/271/05/pdf/N0527105.pdf?OpenElement>.

GOEBEL CHRISTA.e MEINDERSMA CHRISTOPHER, *Report of International Federation for the Protection of Ethnic, Religious, Linguistic and other Minorities*, “Population Transfer”, (presentato alla 43° sessione della Sotto-Commissione per la Prevenzione della Discriminazione e la Protezione delle Minoranze al punto n.8: The Realisation of Economic, Social and Cultural Rights) E/CN.4Sub.2/1992/NGO/3.

GROS-ESPIELL H., *The Right of Self-Determination: Implementation of the United Nations Resolutions-a Study*, 1980, UN.Doc.E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1.

HUMAN DEVELOPMENT REPORT, Human Development Indicators, West Bank and Gaza Strip, 2004, disponibile su: <http://home.birzeit.edu/dsp/research/publications/2005/ch2.pdf>.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE General Comment n. 31, *Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, UN.Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 maggio 2004, disponibile su:
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/58f5d4646e861359c1256ff600533f5f?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/58f5d4646e861359c1256ff600533f5f?Opendocument).

HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Concluding Observations: Israel*, 18 agosto 1998, UN.Doc.CCPR/C/79/Add.93, disponibile su:
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/7ea14efe56ecd5ea8025665600391d1b?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/7ea14efe56ecd5ea8025665600391d1b?Opendocument).

HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Concluding observations: Israel*, 21 agosto 2003, UN.Doc.CCPR/CO/78/ISR, disponibile su:
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/7121cbf0578c594ec1256da5004b25e8?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/7121cbf0578c594ec1256da5004b25e8?Opendocument).

HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment 18, *Non discrimination*, 10 novembre 1989, disponibile su:
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/3888b0541f8501c9c12563ed004b8d0e?Opendocument)

HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment n. 16, *The right to respect of privacy, family, home and correspondence, and protection of honour and reputation (Art. 17)*, 8 aprile 1988, disponibile su:
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/23378a8724595410c12563ed004aeecd?Opendocument)

HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment n. 27, *Freedom of movement (art. 12)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 novembre 1999, disponibile su:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6c76e1b8ee1710e380256824005a10a9?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6c76e1b8ee1710e380256824005a10a9?Opendocument)

HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment n. 29, *States of Emergency*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 2001, disponibile su:
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/71eba4be3974b4f7c1256ae200517361?Opendocument).

HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Landinelli*, Communication No R 8/34, Adoption of Views, 8 Aprile 1981, UN Doc A/36/40, disponibile su:
http://wwwserver.law.wits.ac.za/humanrts/undocs/html/34_1978.htm.

HUMAN RIGHTS INQUIRY COMMISSION ESTABLISHED PURSUANT TO COMMISSION RESOLUTION S-5/1 OF 19 OCTOBER 2000, *Question Of The Violation Of Human Rights In The Occupied Arab Territories, Including Palestine Report*, E/CN.4/2001/121 16 Marzo 2001, disponibile su:
<http://domino.un.org/UNISPAL.NSF/0/e72420b9df69a7bd85256ab200527d86?OpenDocument>.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, REPORT ON THE WORK OF ITS FIFTY-THIRD SESSION, 23 aprile-1 giugno e 2 luglio-10 agosto 2001, A/56/10, disponibile su:
<http://www.un.org/law/ilc/reports/2001/2001report.htm>.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, REPORT OF THE WORK OF ITS 55TH SESSION, 5 maggio-6 giugno e 7 luglio-8 agosto 2003, UN Doc.A/58/10, disponibile su: <http://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/532/94/pdf/N0353294.pdf?OpenElement>.

RAPPORTO DEL SEGRETARIO GENERALE, UN.Doc.A/ES-10/248, disponibile su: <http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm>.

SPECIAL RAPPORTEUR OF THE COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Question Of The Violation Of Human Rights In The Occupied Arab Territories, Including Palestine Report Of John Dugard, On The Situation Of Human Rights In The Palestinian Territories Occupied By Israel Since 1967*, E/CN.4/2004/6/Add.1 27 febbraio 2004, UN Doc.E/CN.4/2004/6/Add.1, disponibile su: <http://domino.un.org/unispal.nsf/0/631c8deb907650e985256e6000520f3b?OpenDocument>.

UN DEVELOPMENT PROGRAMME, *Programme of Assistance to the Palestinian People*, disponibile su: <http://www.papp.undp.org/en/02/index.htm>.

UN SPECIAL CO-ORDINATOR, *The Impact of Closure and Other Mobility Restrictions on Palestinian Productive Activities 1 Jan 2002–30 June 2002*, ottobre 2002, disponibile su: <http://www.un.org/News/dh/mideast/econ-report-final.pdf>.

UNICEF, *At a glance: occupied Palestinian Territory*, disponibile su: <http://www.unicef.org/infobycountry/oPt.html>.

UNITED NATIONS DEPARTMENT OF PUBLIC INFORMATION, *The Question of Palestine and the United Nations*, DPI/2276, marzo 2003, disponibile su: <http://www.un.org/Depts/dpi/palestine/>.

UNRWA REPORT, 1 luglio 2004 - 30 giugno 2005, UN Doc.A/60/13 Suppl. n. 13, disponibile su: <http://www.un.org/unrwa/publications/pdf/comgen-report2005.pdf>.

Tavola della giurisprudenza consultata

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory advisory opinion, 9 luglio 2004, ICJ Reports 2004.

Written Statements presentati dagli Stati e dalla Palestina.

Separate opinions dei giudici Koroma, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Elaraby e Owada.

Declaration del giudice Buergenthal.

Oral Pleadings CR 2004/1, CR 2004/2, CER 2004/3, CR 2004/4, CR 2004/5.

Ordinanza 19 dicembre 2003, *Organizing the proceedings*.

Ordinanza 30 gennaio 2004, *Composition of the Court*.

▪ Giurisprudenza internazionale

Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, Advisory Opinion, 1 giugno 1956, I.C.J. Reports 1956.

Applicability of Article VI, section 22, of the Convention on the privileges e immunities of the United Nations (Mazilu) advisory opinion, 15 dicembre 1989, ICJ Reports 1989.

Applicability of the Obligation to Arbitrate Under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947 Advisory Opinion, 26 aprile 1988, ICJ Reports 1988.

Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, 20 luglio 1982, I.C.J. Reports 1982.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide case: further requests for the indication of provisional measures order of 13 September 1993 (Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (Serbia and Montenegro)), 13 settembre 1993, ICJ Reports 325, 1993.

Asylum Case (Colombia/Peru), 20 novembre 1950, ICJ Report, 1950.

Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., Second Phase, Judgment, 5 febbraio 1970, ICJ Reports 1970.

Burgos/Delia Saldias de Lopez v. Uruguay, Human Rights Committee, Communication n. 52/1979, 29 luglio 1981, UN.Doc.CCPR/C/13/D/52/1979.

Caroline Case, 1837, BFSP 1137-1138.

Case concerning East Timor (Portugal v. Australia) Judgement 30 giugno 1995, ICJ Report 4, 1995.

Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter) Advisory Opinion, 20 luglio 1962, ICJ Rep. 1962.

Certain phosphate lands case: preliminary objections judgment, 26 giugno 1992, ICJ Reports 240, 1992.

Competence of the General Assembly for the admission of a State to the United Nations advisory opinion, 3 marzo 1950, ICJ Reports 1950.

Conditions of Admissions of a State to Membership in the United Nations, 28 maggio 1948, ICJ Reports 1948.

Corfu Channel Case: United Kingdom v. Albania (Merits), 15 dicembre 1949, ICJ Reports 4 1949.

Difference relating to immunity from legal process of a special rapporteur of the Commission on Human Rights advisory opinion, 29 aprile 1999, ICJ Reports 1999.

Frontier Dispute (Burkina Faso v. Mali), 22 dicembre 1986, ICJ Reports, 1986.

Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), 25 settembre 1997, I.C.J. Reports 1997.

Haya de la Torre Case, Judgment, 13 giugno 1951, ICJ Report, 1951.

Hazim Delic And Esad Landžo (Aka "Zenga") (Celebici Case), International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Appeals Chamber, Judgment 20 febbraio 2001.

International Status of South West Africa, Advisory Opinion 11 luglio 1950, ICJ Reports 1950.

Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania of 30 March 1950, 30 marzo 1950, ICJ Reports, 1950.

Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO e Egypt, Advisory Opinion, 20 dicembre 1980, I.C.J. Reports 1980.

Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of 1 December 1926 (Final Protocol, Article IV), Advisory Opinion, 28 agosto 1928, P.C.I.J., Series B, No.16(I).

Jaworzina, Advisory Opinion, 6 dicembre 1923, P.C.I.J., Series B, No.8.

Kasikili/Sedudu Isle (Botswana/Namibia), 13 dicembre 1999, ICJ Report 1999(II).

Land and Maritime Boundary case, 25 marzo 1999, ICJ Reports 275 1999.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 advisory opinion, 21 giugno 1971, ICJ Reports 1971.

Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 8 luglio 1996, I.C.J. Reports 1996(I).

Legality of the use of a State of nuclear weapons in armed conflict advisory opinion, 8 luglio 1996, ICJ Reports 1996.

Legality of the use of force cases: preliminary objections judgments, 15 dicembre 2004, ICJ Reports 2004.

Lockerbie (Provisional Measures) Case (Libya v United Kingdom, United States), 3 marzo 1992, ICJ Reports 1992.

Nicaragua Case: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, 27 giugno 1986, ICJ Reports 1986.

Northern Cameroon Case (Cameroon v. United Kingdom) 2 dicembre 1963, ICJ Reports 15 1963.

Nuclear tests (Australia v. France) case, Judgment 20 dicembre 1974, ICJ Reports, 1974.

Oil Platform Case, Islamic Republic of Iran v. United States of America, 6 novembre 2003, ICJ Reports 2003.

Prosecutor v. Tadic, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Appeals Chamber, Judgment, 15 luglio 1999.

Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations Advisory Opinion, 1949, ICJ Reports 1949.

Reservation to the Convention on the Prevention e Punishment of the Crime of Genocide, 28 maggio 1951, ICJ Reports 1951.

Status of Eastern Carelia, Advisory Opinion, 23 luglio 1923, P.C.I.J., Series B, No.5.

Territorial Dispute (Libia/Chad), 13 febbraio 1994, ICJ Report 1994

Voting Procedure on Questions relating to Reports and Petitions concerning the Territory of South West Africa, Advisory Opinion 7 giugno 1955, ICJ Reports 1955.

Western Sahara Advisory Opinion, 16 ottobre 1975, ICJ Reports, 1975.

▪ Giurisprudenza delle corti interne

Abd al Nasser al Aziz v. Commander of IDF Forces, H.C.J. 785/87, 1987.

Ajuri v. IDF Commander in West Bank, H.C.J. 7015/02, 3 settembre 2002.

Almei v. Minister of Defence, H.C.J. 3451/02, 2 maggio 2002.

Ayyub v. Minister of Defence et al (Beth El case), H.C.J. 606/78.

Bassil Abu Aita v. The Regional Commander of Judea e Samaria, H.C. J. 69/81, 4 aprile 1983.

Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel, HCJ 2056/04, 2004.

Center for the Defence of the Individual v. IDF Commander, H.C.J. 3278/02, 18 dicembre 2002.

Christian Society for Holy Places v. Minister of Defense, Corte Suprema di Israele, 1971

Jam'iat Ascan Elma'almoon Eltha'aooniah Elmahduda Elmaoolieh v. Commander of IDF in the Area of Judea and Samaria, H.C.J. 393/82.

Leah Tsemel, Attorney, et al. vs. the Minister of Defence e others, H.C.J. 593/82, 1983.

Mara'abe v. The Prime Minister of Israel, HCJ 7957/04, 2005.

Mustafa Dweikat et al v the Government of Israel et al (Elon Moreh case) H.C.J. 390/79.

Sa'al' Awani ' Abd al Hadi et al. v. Commander of IDF Forces in the West Bank, HCJ 7784/03.

Suleiman Tawfiq Ayyub et al v. Minister of Defense et al (Beit El case), H.C.J. 606, 610/78.

Tawfiq Oyyeb e others v. The Minister of Defence e others, H.C.J. 606, 610/78, 15 marzo 1979.

The Association for Civil Rights in Israel v. The Central District Commander, H.C.J. 358/88, 30 luglio 1989.

Yassin v. Commander of Kziot Military Camp, H.C.J. 5591/02, 18 dicembre 2002.

Yusuf Muhammed Gusen v. Commander of IDF Forces, H.C.J. 4219/02.

- Giurisprudenza europea dei diritti dell'uomo

Bankovic and others v Certains NATO Member States, Corte europea dei diritti dell'uomo 12 dicembre 2001, Application n. 52207/99.

Cyprus v. Turkey, Commissione europea dei diritti dell'uomo, 26 maggio 1975, Application n. 6789/74; 6950/75.

Cyprus v. Turkey, Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 maggio 2001, Application n. 25781/94.

French Republic v EC Commission, Corte di Giustizia Europea, 9 agosto 1994, Case C-327/91.

Issa and Others v. Turkey, Corte europea dei diritti dell'uomo, 6 novembre 2004, Application n. 31821/96.

Loizidou v. Turkey (Merits), Judgment, Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 dicembre 1996, Application n. 15318/89.

Papamichalopoulos e others v. Greece, Corte europea dei diritti dell'uomo, 24 giugno 1993, Application n. 14556/89.

Reference re. Secession of Quebec, 1998, 11 D.L.R. (4°) 385 (S.C.C.)

Selcuk and Asker v. Turkey, Corte europea diritti dell'uomo, del 24 aprile 1998, Application n. 23184/94; 23185/94.

Senator Lines v Member States of the European Community: decision, Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 luglio 2000, Application n. 56672/00.

Trattati internazionali e regionali consultati

Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, 1981.

Carta delle Nazioni Unite, 1945.

Convenzione Americana sui diritti umani, 1969.

Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, 1984.

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, 1969.

Convenzione europea per la prevenzione della tortura e dei trattamenti o delle pene disumani o degradanti, 1987.

Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali 1950.

Convenzione internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, 1963.

Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, 1948.

Convenzione sui diritti dell'Infanzia, 1989.

Patto Società delle Nazioni, 1922.

Patto sui diritti civili e politici, 1966.

Patto sui diritti sociali, economici e culturali, 1966.

Primo protocollo Addizionale Convenzione di Ginevra, 1977.

Protocollo opzionale alla Convenzione sui Diritti dell'Infanzia (Bambini in conflitti armati e commercio di bambini, prostituzione e pornografia infantile), 2000.

Quarta Convenzione Ginevra per la protezione di civili in tempo di guerra, 1949.

Regolamento annesso alla Quarta Convenzione dell'Aja, 1907.

Statuto della Corte di Giustizia, 1945.

Ringraziamenti

Si ringraziano il Professor Fodella per la disponibilità, il Dott. Pertile per il prezioso supporto nel corso della stesura della tesi, l'Università di Trento per le numerose opportunità offertemi, il personale della Facoltà di Giurisprudenza e il personale della Biblioteca d'Ateneo per la cortese collaborazione.

Dato che questo lavoro è il frutto di un percorso cui, a diverso titolo, hanno partecipato molte persone, a tutti loro esprimo un sentitissimo ringraziamento, in particolare

Grazie a tutta la mia splendida famiglia che mi ha permesso di giungere fino a qui, sostenendomi con immenso amore,

Grazie alla mia mamma per il suo insostituibile e infaticabile appoggio, per le sue splendide parole e per esserci sempre,

Grazie al mio papà per la fiducia che ha riposto in me e per gli scontri di opinione che mi hanno aiutato a interpretare gli eventi con senso critico,

Grazie ai miei fratelli “horribles” per il loro immancabile interessamento,

Grazie a Renzo per il suo frizzante, a volte un po' nervoso, ma sempre apprezzatissimo starmi vicino,

Grazie a Flavio per il suo attento e premuroso sostegno e per la sua formidabile memoria,

Grazie a Raniero per le splendide emozioni che continua a donarmi, per le sue amorevoli attenzioni e per la sua capacità di stupirmi e farmi ridere,

Grazie alla mia nonna Carmela per i meravigliosi momenti trascorsi assieme nel tepore di un focolare e per essere un importante punto di riferimento nella mia vita,

Grazie alla mia nonna Gina per il suo affettuoso interesse che recentemente ho potuto riscoprire,

Grazie alla mia cara zia Wilma per accogliermi sempre a braccia aperte e per offrirmi, assieme a mio zio Gianni, Riccardo e Federico, il calore di una seconda fantastica famiglia,

Grazie a mio zio Gianni (Giovann Battista, per la precisione!) per riuscire sempre a farmi sorridere,

Grazie a Riccardo per le sue sottili e divertenti performances da cabaret e per le sue innumerevoli e gradite domande,

Grazie a Federico per la sua positività e per i suoi simpatici atteggiamenti con la porta della mia stanza (busso o cerco di non farmi sentire??),

Grazie a mio zio Bruno, a mia zia Patrizia, a Alice e Edoardo per essermi stati vicini,

Grazie alla zia Mariota per ricordarsi sempre di me e per regalare una parola gentile ad ogni occasione,

Grazie alla zia Lidia per il suo affetto diretto e senza fronzoli,

Grazie allo zio Franco per il costante interessamento,

Grazie allo zio Gianni, alla zia Luisa e a Stefano per essermi stati vicino,

Grazie ad Elisa (Gnoccona) per il suo essere come una sorella oltre che un'amica fantastica, per tutti i momenti passati assieme (e sono davvero tanti!!) nelle più svariate circostanze e per l'essere sempre disponibile ad ascoltarmi (e non è sempre facile!!) e offrire il suo aiuto,

Grazie a Roberto (da Mosca) per essersi dimostrato un vero amico e per avermi scarrozzato nella mitica estate 1997 da cui tutto iniziò,

Grazie alla Storpia (Elisa), al Cieco (Roberto) e al Gobbo (Raniero) per aver reso spassose anche le serate più anonime e per tutto quello che avete fatto nei vari 17/12 (questo ve lo dovevo!!),

Grazie all'ideatore del programma di studio europeo Erasmus per avermi dato la possibilità di vivere esperienze indimenticabili,

Grazie a tutti gli abitanti del corridoio P. 2. 10 e affiliati per essere stati una vera famiglia,

Grazie a Sandra e Raimondo, *alias* Fabio e Timmy per le cene galanti, per le cantate con la chitarra, e le chiacchierate notturne di fronte ad una tazza di thè,

Grazie a Gianlucone per il mitico risotto alla milanese, per il salvataggio dell'arrosto, per l'affettuosa compagnia, per l'alfabetizzazione tecnologica, e per tutte le risate fatte assieme,

Grazie a Michela per le serate vegetariane e quelle alcoliche, per le prodezze culinarie e per l'amicizia che mi ha regalato,

Grazie a Martina e Barbara per la serata con l'olandese volante, per le ballate sul bancone del bar e per la loro dirompente simpatia,

Grazie a Wendelin per il suo esempio di efficienza,

Grazie a Seby-lazy per le meditazioni di fronte alla cartina dell'Europa e per la sua naturale comicità,

Grazie a (Piccola) Stephy (senza tacchi) per l'aver stimolato lo studio e per l'avermi insegnato a vivere di notte,

Grazie a Niamh per la disponibilità nelle correzioni dei papers,

Grazie a Filippo per quell'ultima fatidica tequila,

Grazie a Linda (Gepofte) per le continue incursioni e i balli scatenati,

Grazie ad Alicina per la sua coinvolgente positività e per il più bel veglione di Pre-Capodanno di tutti i tempi,

Grazie ad Aurorina per avermi fatto conoscere il mondo Erasmus, per le tortillias, per avermi abituato ai tempi spagnoli, per le imperdibili serate a Vela,

Grazie ad Elisa (Eliz) per essere stata un'ottima compagna di liceo e per le interminabili telefonate,

Grazie ai coniugi Roberta e Christian per le divertentissime giornate trascorse in Guesthouse e per il costante interessamento,

Grazie ad Angela per avermi spronato nel velocizzare i tempi,

Grazie a Sabrina e Daniela per le piacevoli serate,

Grazie alle mie amiche d'infanzia (Chiara, Valentina e Cristina) per gli indimenticabili momenti trascorsi assieme,

Grazie ai custodi del Museo degli Usi e Costumi della Gente Trentina di S.Michele a/A per l'impareggiabile disponibilità e per l'essermi stati vicini,

Grazie a Graziella e Enzo Webber per le pantagrueliche cene e la gentile ospitalità,

Grazie a Gianni e Paola per l'essermi stati vicini,

Grazie a Marco per gli abbeveraggi gentilmente offerti,

Grazie a tutti i componenti del Gruppo Amnesty di Trento per offrirmi la possibilità lavorare per ciò in cui credo con l'aggiunta di un'immancabile dose di puro divertimento,

Grazie a Stefania, Francesca e Marcella dell'Ufficio Leonardo di Trento per avermi fatto trascorrere un bellissimo mese di lavoro e per avermi dato la possibilità di conoscere le opportunità del progetto,

Grazie ai miei carissimi studenti Anna, Sabrina, Mirko, Franco, Riccardo, Patrizia per avermi permesso di mantenere la mente allenata,

Grazie a Cinzia e Elisa per rendere felici, e quindi anche meno rompiscatole, i miei mitici "fratellini",

Grazie alle famiglie Benke e Boros per il loro cortese interessamento,

Grazie a Flaviu per la sua effervescenza e simpatia,

"Grazie" ai Professori De Groot e Van Der Meer per avermi iniziato all'intrigato mondo delle footnotes,

Grazie a Sergey Brin e Lawrence Page per avermi reso il lavoro più facile e per avermi permesso di superare numerose difficoltà,

Grazie a Padre Pietro Kaswalder per la disponibilità e l'avermi fatto assaporare il clima palestinese,

Grazie a tutti quelli che ho incontrato nel corso di questi 5 anni per avermi offerto importantissime opportunità di confronto,

Grazie al personale dell'Opera Universitaria, al signor Demetri e alla signora Calliari, per essersi dimostrati sempre cortesi e disponibili,

Grazie a tutti quelli con cui ho collaborato nei vari inventari per l'aver reso divertenti quei momenti,

Grazie a tutti coloro che involontariamente mi sono scordata di menzionare ma che mi sono stati vicini in questo percorso,

Infine, un grazie di cuore a TUTTI per avermi sostenuto e sopportato in questo ultimo indimenticabile ma stressante periodo.