



Dottorato di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani, Sapienza, Università di Roma - Intercenter, Università di Messina

Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
 Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
 Ordre juridique international et Droits de l'Homme

OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 2/2017

2. ANCORA IN TEMA DI *PLAUSIBILITY*: L'ORDINANZA SULLE MISURE CAUTELARI NEL CASO *UCRAINA C. RUSSIA*

[*Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale \(Ukraine c. Fédération de Russie\), Ordonnance, 19 avril 2017*](#)

In un precedente osservatorio dedicato all'accertamento della “plausibilità” dei diritti invocati nell'affare del *Sequestro di documenti e dati (Timor Est c. Australia)* (cfr. ordinanza del 3 marzo 2014, *ICJ Rep.* 2014, p. 152-153, paragrafi 24-28) avevamo sottolineato come la natura e i caratteri di questo requisito – assimilabile al *fumus iuris* generalmente oggetto di valutazione nella gran parte dei sistemi che contemplan l'indicazione di misure provvisorie – cominciassero ad assumere un'autonoma rilevanza nella giurisprudenza cautelare della Corte internazionale di giustizia. Ai fini di una completa disamina del cd. *plausibility test*, ci sembrava interessante, in particolare, tenere conto dell'approccio eventualmente adottato dalla Corte nel caso in cui il giudizio di “plausibilità” avesse mai avuto un esito negativo (cfr. MAROTTI, *L'accertamento della plausibility nell'ordinanza sulle misure cautelari adottata in Timor Est c. Australia*, Osservatorio 2/2014, p. 85).

A partire dall'ordinanza resa in *Belgio c. Senegal* (in cui il presupposto della plausibilità è stato per la prima volta esplicitamente impiegato dalla Corte) e fino alla recente ordinanza del 7 dicembre 2016 relativa al caso delle *Immunità e procedimenti penali (Guinea Equatoriale c. Francia)*, la Corte ha in effetti sempre concluso nel senso della plausibilità dei diritti invocati dal ricorrente. Ciò ha contribuito ad alimentare dubbi, ampiamente espressi in seno alla stessa Corte, circa il grado di cognizione sommaria sul merito che il *test* sembrerebbe richiedere. Se i diritti invocati in sede cautelare sono sempre stati considerati “plausibili”, peraltro sulla base di motivazioni che spesso costituiscono una mera riproduzione delle argomentazioni dello Stato ricorrente, è legittimo continuare a domandarsi quale sia l'impatto effettivo di un simile requisito nei giudizi cautelari dinanzi alla Corte. Come già rilevato da MERRILLS in un tempo in cui il dibattito in materia era ancora poco sviluppato, «it seems reasonable to ask whether a test which is so easily met is really necessary, given that governments rarely bring cases which are obviously hopeless» (cfr. *Interim Measures of Protection in the Recent Jurisprudence of the International Court of Justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1995, p. 116).

L'ordinanza del 19 aprile 2017 relativa al caso dell'*Applicazione della Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo e della Convenzione internazionale*

sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (*Ucraina c. Russia*) contribuisce senza dubbio a stimolare questo dibattito (per un primo commento, cfr. MARCHUK, *Ukraine's Dashed High Hopes: Predictable and Sober Decision of the ICJ on Indication of Provisional Measures in Ukraine v Russia*, post del 24 aprile 2017, consultabile su www.ejiltalk.org). Per la prima volta, infatti, la Corte ha ritenuto che il *test* di plausibilità non fosse stato superato dallo Stato ricorrente in relazione a una parte dei diritti rispetto ai quali veniva chiesta la protezione *pendente lite*. Il procedimento cautelare in esame risulta dunque particolarmente interessante ai fini di una riconsiderazione del *plausibility test* e si pone ad ulteriore conferma della centralità rivestita dalla tematica dell'accertamento sommario sul merito nella prassi cautelare più recente della Corte.

1. Il contenuto dell'ordinanza e il test di plausibilità condotto dalla Corte

La domanda di misure cautelari avanzata dall'Ucraina aveva ad oggetto la protezione provvisoria dei diritti contemplati in due distinte convenzioni internazionali, entrambe ritenute dalla Corte *prima facie* idonee ad integrare la sua competenza in virtù delle clausole compromissorie in esse contenute. Quanto alla Convenzione per la repressione del finanziamento del terrorismo, l'Ucraina si era richiamata all'art. 18, rivendicando la protezione del suo diritto alla cooperazione della Federazione Russa nella prevenzione del finanziamento al terrorismo, condotta, quest'ultima, sinteticamente descritta dalla Corte come «la fourniture ou la réunion de fonds dans l'intention de les voir utilisés, ou en sachant qu'ils seront utilisés, pour commettre les actes de terrorisme définis aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 2 de la convention» (cfr. il par. 66 dell'ordinanza). Gli atti di terrorismo rispetto ai quali, a giudizio dell'Ucraina, la Russia avrebbe violato l'obbligo di cooperare di cui all'art. 18 della Convenzione includono l'abbattimento del volo MH17 della *Malaysia Airlines* e altri episodi di bombardamenti di aree residenziali avvenuti nel corso del conflitto e destinati ad uccidere o ferire, nonché ad intimidire, la popolazione civile. L'Ucraina dunque chiedeva alla Corte di ordinare alla Russia, in via cautelare, di adempiere all'obbligo di cooperazione mediante un controllo appropriato delle frontiere volto a prevenire ulteriori atti di finanziamento del terrorismo; di impedire il trasferimento dal territorio russo di risorse destinate a gruppi impegnati in atti di terrorismo contro civili in Ucraina; di adottare, infine, tutte le misure dirette ad assicurare che i gruppi già finanziati si astenessero dal commettere ulteriori atti di terrorismo (cfr. ordinanza, par. 14).

Con riguardo alla Convenzione contro la discriminazione razziale, l'Ucraina domandava invece alla Corte misure cautelari volte ad ordinare alla Russia di astenersi dal compiere atti di discriminazione contro soggetti presenti nel territorio sotto il suo controllo, e segnatamente nei confronti della popolazione e delle istituzioni tatariche di Crimea. Tra queste ultime era in particolare incluso il *Mejlis*, organismo di rappresentanza politica della popolazione tatara messo al bando con una decisione della Corte suprema della Crimea, decisione poi confermata dalla Corte suprema russa (sul ruolo del *Mejlis* nella storia dei tatarici di Crimea e sulle decisioni delle due corti supreme, si rinvia, rispettivamente, alla dichiarazione del giudice Crawford e alla dichiarazione del giudice Tomka, entrambe annesse all'ordinanza in esame). In aggiunta, l'Ucraina chiedeva alla Corte di ordinare alla Russia di adottare tutte le misure necessarie a far cessare le sparizioni di individui tatarici crimeani e di indagare sulle sparizioni già avvenute. Veniva infine richiesta una specifica misura volta a far cessare o ad impedire qualsiasi atto di soppressione politica e culturale della popolazione di etnia ucraina, incluse le restrizioni all'insegnamento in lingua ucraina.

Rispetto ad entrambe le convenzioni, l'Ucraina chiedeva inoltre di ordinare alla Russia di astenersi dall'intraprendere qualsiasi azione che potesse aggravare o estendere le controversie circa la loro interpretazione e applicazione, ovvero renderne più complicata la risoluzione.

Nell'ordinanza del 19 aprile, la Corte ha accolto solo parzialmente le richieste dell'Ucraina. Le misure indicate, per quanto significative, attengono solo agli obblighi di cui alla Convenzione contro la discriminazione razziale. In particolare, come si legge nel dispositivo dell'ordinanza, «[e]n ce qui concerne la situation en Crimée, la Fédération de Russie doit, conformément aux obligations lui incombant au titre de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, [...] [s]'abstenir de maintenir ou d'imposer des limitations à la capacité de la communauté des Tatars de Crimée de conserver ses instances représentatives, y compris le *Majlis*», nonché «[f]aire en sorte de rendre disponible un enseignement en langue ukrainienne». Entrambe le Parti, infine, «doivent s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend dont la Cour est saisie ou d'en rendre la solution plus difficile» (cfr. ordinanza, par. 106).

Le ragioni del mancato accoglimento della richiesta relativa alla Convenzione sul finanziamento del terrorismo risiedono proprio nell'esito negativo del *test* di plausibilità condotto rispetto ai diritti di cui all'art. 18 della Convenzione. In altre parole, mentre per entrambe le convenzioni invocate la Corte ha ritenuto sussistente la competenza *prima facie*, soltanto per la domanda relativa alla Convenzione contro la discriminazione razziale la Corte ha accertato la sussistenza di tutti i requisiti per l'indicazione di misure cautelari (che, oltre alla competenza *prima facie* e alla *plausibility*, includono il collegamento tra i diritti rivendicati e le misure richieste, il rischio di un pregiudizio irreparabile e l'urgenza). Rispetto alle misure richieste a protezione dei diritti di cui all'art. 18, invece, l'accertamento della Corte si è arrestato al giudizio di “plausibilità” dei diritti invocati.

Dopo aver ribadito che, nella fase cautelare, essa «n'est pas appelée à se prononcer définitivement sur le point de savoir si les droits que l'Ukraine souhaite voir protégés existent», bensì «faut seulement déterminer si les droits que l'Ukraine revendique au fond et dont elle sollicite la protection sont plausibles» (par. 64), la Corte si è soffermata sull'art. 18 della Convenzione invocata dall'Ucraina, osservando come tale disposizione vada letta congiuntamente all'art. 2 della stessa Convenzione sul finanziamento del terrorismo. D'altro canto, l'obbligo di cooperazione di cui all'art. 18 è volto in ultima istanza a prevenire gli atti di terrorismo come definiti all'art. 2, paragrafi 1(a) e 1(b). Secondo la Corte, ciò implica che, in sede cautelare, «un Etat partie à la convention ne peut se fonder sur l'article 18 pour exiger d'un autre Etat partie qu'il coopère avec lui en vue de prévenir un certain type d'actes que s'il est plausible que les actes en cause puissent constituer des infractions au sens de l'article 2» (par. 74). In altri termini, affinché il diritto invocato nel caso di specie potesse considerarsi «au moins plausibles» ai fini cautelari, l'Ucraina avrebbe dovuto fornire sufficienti prove relative al duplice elemento intenzionale sotteso all'art. 18. Si tratta, da un lato, degli elementi dell'“intention” o della “connaissance” che i finanziamenti sono o saranno impiegati per commettere atti terroristici; dall'altro lato, dell'elemento soggettivo che assiste la definizione di terrorismo di cui all'art. 2 della Convenzione, inclusiva di quegli atti il cui obiettivo, «par sa nature ou son contexte, [...] vise à intimider une population». Tuttavia, come osservato nell'ordinanza, «[a] ce stade de la procédure, l'Ukraine n'a pas soumis à la Cour de preuves offrant une base suffisante pour que la réunion de ces éléments puisse être jugée plausible» (par. 75).

2. Il problema del quantum probatorio e i limiti della cognizione sommaria sul merito

Un simile esito del *plausibility test* era parso prevedibile sin dalla chiusura della fase orale del procedimento cautelare (cfr. al riguardo le osservazioni di MARCHUK, *Ukraine v Russia at the ICJ Hearings on Indication of Provisional Measures: Who Leads?*, consultabile su www.ejiltalk.org). L'Ucraina infatti aveva dedicato poco spazio alla dimostrazione del duplice elemento intenzionale della condotta censurata, confidando, forse eccessivamente, nella sommarietà della cognizione sul merito da parte della Corte. Dal canto suo, la difesa russa aveva sin da subito rilevato tale difetto nella domanda ucraina e aveva insistito sul requisito della *plausibility*, enfatizzandone una variante più rigorosa. In particolare, la Russia rilevava come la gravità delle accuse dell'Ucraina relative alla Convenzione sul finanziamento del terrorismo dovesse incidere sull'intensità della cognizione cautelare della Corte, rendendola più pregnante: «where, as here, allegations of a very particular gravity are being made, it is necessary that there be a commensurate focus on the specific rights and breaches asserted, and also on the evidence that has been put forward» (così, per la Russia, Wordsworth, CR 2017/2, p. 23, par. 6).

L'ordinanza della Corte, in verità, non sembra prendere una posizione esplicita circa il rapporto tra la gravità delle accuse e il grado di intensità dell'accertamento del *fumus*. È chiaro, però, che l'entità del *plausibility test* risulta condizionata dalla natura dei diritti rispetto ai quali si invoca la protezione provvisoria. Nel caso dell'obbligo di cooperazione *ex art. 18*, la struttura complessa della norma, ossia il duplice elemento soggettivo che qualifica le condotte rilevanti, incide senz'altro sull'onere probatorio (particolarmente gravoso) in capo al ricorrente. Ciò non può che avere delle ricadute anche in sede cautelare. Del resto, pur volendo accogliere una nozione più blanda di *plausibility* e assimilare il relativo *test* all'accertamento del *fumus non mali iuris* o della “non manifesta infondatezza” del diritto (v. ad esempio l'opinione separata del giudice Bhandari, par. 16), la struttura della norma invocata non cambia. Sarà sempre necessario ricondurre in maniera *sufficiente* le condotte censurate nel caso di specie alla norma richiamata. Come osservato dalla Corte nel caso in esame, «il est nécessaire de rechercher s'il existe des *raisons suffisantes*» per ritenere che il duplice elemento intenzionale, integrante la struttura della norma, sia presente (ordinanza, par. 75, corsivo aggiunto).

Ciò sembra porsi a conferma del dato per cui, mediante il *test* di plausibilità, la Corte non si limita ad accertare la plausibilità che il diritto invocato “esista”, ovvero che le condotte e i fatti allegati dal ricorrente possano *astrattamente* rientrare nell'ambito di applicazione della norma. Occorre altresì che il diritto possa ritenersi plausibilmente applicabile *nel caso concreto*, vale a dire che i fatti e le condotte allegate siano sufficientemente riconducibili alla norma richiamata nelle specifiche circostanze del caso. In questo senso si era peraltro già espresso il giudice Greenwood, secondo il quale «the party must show that there is at least a reasonable possibility that the right which it claims *exists as a matter of law* and *will be adjudged to apply to that party's case*» (cfr. l'opinione individuale annessa all'ordinanza dell'8 marzo 2011 resa in *Costa Rica c. Nicaragua*, par. 4, corsivo aggiunto. Sulla duplice portata del *plausibility test*, v. anche MILES, *Provisional Measures before International Courts and Tribunals*, Cambridge, 2017, p. 199).

Il problema, dunque, è piuttosto quello di capire quale sia il *quantum* probatorio richiesto al ricorrente nella fase cautelare e quali siano i limiti della cognizione sommaria sul merito della Corte. Come emerge dalle opinioni annesse all'ordinanza in esame, la questione non è pacifica all'interno della Corte (oltre all'opinione del giudice Bhandari, cfr. le opinioni separate dei giudici Owada e Cançado Trindade e l'opinione dissenziente del giudice *ad hoc*

Pocar), né la giurisprudenza cautelare sembra fornire indicazioni particolarmente utili al riguardo. Per parte nostra, ci limitiamo a ribadire che la mancata specificazione da parte della Corte del grado di conoscibilità del merito sia ascrivibile, oltre che alla difficoltà di stabilire in via definitiva uno *standard* per sua natura mutevole a seconda dei casi, al dato per cui la Corte tende comunque a riservarsi un certo margine di discrezionalità che le consenta di modulare il grado di accertamento a seconda delle specifiche circostanze (sul punto, sia consentito un rinvio al nostro «*Plausibilità dei diritti e autonomia del regime di responsabilità nella recente giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in tema di misure cautelari*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 771-773). Ovviamente, occorre sempre bilanciare una simile discrezionalità con le esigenze sottese al regime cautelare. La Corte dovrà così sempre tenere conto della provvisorietà delle misure indicate e del carattere incidentale del relativo procedimento, non potendo le misure costituire una anticipazione del giudizio di merito. Inoltre, l'accertamento cautelare ha sempre carattere non definitivo e non pregiudica il diritto delle parti di sottoporre ulteriori argomentazioni in via principale, nonché la libertà di giudizio della Corte quanto al merito della controversia. Ad ogni modo, ci sembra che ad oggi questa discrezionalità nell'accertamento sommario sul merito della controversia sia stata accompagnata da una certa prudenza da parte della Corte. Da un lato, la Corte ha sempre evitato di intervenire direttamente sul merito nella fase cautelare, essendo ben consapevole del rischio di un pregiudizio. Dall'altro lato, essa ha altresì evitato di suggerire alle parti il ricorso ad argomentazioni sul merito in questa fase più di quanto non sia necessario ai fini della *plausibility* dei diritti invocati (cfr. al riguardo la *Practice Direction XI* e le osservazioni critiche del giudice *ad hoc* Pocar, cit., par. 8).

Se confrontata con l'ordinanza resa in *Timor Est c. Australia*, l'ordinanza in esame consente comunque di dedurre taluni aspetti del giudizio di plausibilità attinenti proprio al ruolo delle parti e della stessa Corte rispetto all'accertamento sommario sul merito. A prima vista, potrebbe sembrare che lo stesso approccio "attivo" impiegato dalla Corte in *Timor Est c. Australia* quanto al *test* di plausibilità (cfr. MAROTTI, *L'accertamento della plausibility*, cit., p. 83) non sia stato seguito in *Ucraina c. Russia*, in cui, come abbiamo visto, la Corte si è meramente rimessa all'insufficienza di prove fornite dall'Ucraina. Tale *inconsistency*, tuttavia, è solo apparente. Occorre al riguardo ribadire che il *test* di plausibilità si snoda su due versanti: l'"esistenza" del diritto e la sufficiente, concreta riconducibilità dei fatti allegati al diritto in questione. In *Timor Est c. Australia*, l'"attivismo" nell'approccio della Corte rispetto al *plausibility test* ha riguardato esclusivamente il primo versante del *test*, trovandosi la Corte a dover accertare l'esistenza di un diritto alla confidenzialità e alla non interferenza nelle comunicazioni tra uno Stato e i propri consulenti relative ad una controversia internazionale in atto. Pur in assenza di sufficienti elementi quanto a esistenza e fondamento di tale diritto rivendicato dal Timor Est, la Corte non ha esitato a condurre autonomamente un'indagine sul diritto invocato, riconducendolo infine al principio di uguaglianza sovrana degli Stati di cui all'art. 2, par. 1 della Carta delle Nazioni Unite. A prescindere dal rilievo per cui una simile conclusione avrebbe meritato ulteriori chiarimenti (v. BONAFÈ, *Le mesures adoptées pour sauvegarder les droits de Timor-leste d'un préjudice irréparable*, *Osservatorio* 2/2014, p. 77-78), l'approccio attivo della Corte costituisce, a nostro avviso, un'ordinaria espressione del principio *iura novit curia*, principio che trova applicazione anche in sede cautelare, fermo restando il carattere sommario e provvisorio del relativo accertamento (carattere che spiega peraltro l'uso del condizionale da parte della Corte: cfr. il par. 27 dell'ordinanza resa in *Timor Est c. Australia*). In *Ucraina c. Russia*, di contro, la Corte non ha incontrato difficoltà a dover accertare l'"esistenza" del diritto di cui all'art. 18 o la mera riconducibilità in astratto dei fatti

allegati all'art. 18. Come abbiamo visto, il problema ha riguardato piuttosto il secondo versante del *plausibility test*, cioè l'assenza di prove sufficienti che potessero consentirle di ritenere che detti fatti fossero in concreto plausibilmente corrispondenti alla fattispecie invocata, e in particolare all'elemento soggettivo contemplato nella norma. Trattandosi in questo caso di valutazioni di fatto, è evidente che il principio *iura novit curia* non avrebbe consentito alla Corte di sopperire alle deficienze probatorie della parte richiedente. Ciò spiega il diverso approccio impiegato dalla Corte nei due casi rispetto al *test* di plausibilità.

Se dunque l'autonomia della Corte nella determinazione dell'esistenza di un diritto invocato in sede cautelare è mera espressione del principio *iura novit curia*, permane, lo ripetiamo, l'incertezza circa il *quantum* probatorio richiesto alle parti rispetto al secondo momento del *plausibility test* e il grado di autonomia che la Corte si riserva al riguardo. Secondo alcuni giudici, in *Ucraina c. Russia*, la Corte avrebbe potuto accontentarsi di dedurre dalla natura e dal contesto dei fatti allegati dall'Ucraina un *pattern of conduct* idoneo a ritenere plausibile la sussistenza degli elementi intenzionali di cui all'art. 18 della Convenzione sul finanziamento del terrorismo (cfr. l'opinione del giudice Bhandari). La Corte ha invece apparentemente adottato un approccio più rigido, lasciando intendere che grava sulla parte richiedente l'onere di fornire la prova che consenta alla Corte di avere «une base suffisante» per ritenere plausibile la sussistenza degli elementi soggettivi di cui all'art. 18 della Convenzione. La determinazione di questa «soglia di sufficienza» non può che essere rimessa al prudente apprezzamento della Corte.

3. Conclusioni

Se l'ordinanza resa in *Ucraina c. Russia* contribuisce ad alimentare, piuttosto che a dissolvere, i dubbi circa il *quantum* probatorio richiesto al ricorrente in sede cautelare ai fini dell'accertamento della *plausibility*, un dato importante emerge senz'altro dal provvedimento della Corte. Si tratta della rilevanza pratica del requisito della plausibilità dei diritti ai fini dell'indicazione di misure provvisorie. Sebbene il caso in esame abbia avuto ad oggetto una fattispecie «complessa» come quella dell'obbligo di cooperazione nella prevenzione al finanziamento del terrorismo, l'ordinanza mostra come questo nuovo presupposto possa avere un impatto significativo nella decisione di concedere misure cautelari, non essendo poi così remota la possibilità che una domanda venga respinta poiché diretta ad ottenere la protezione di diritti non ritenuti plausibili.

Non è dato prevedere se la decisione di non concedere le misure nel caso in esame potrà influenzare la formulazione di future richieste di misure provvisorie alla Corte, nonché incoraggiare gli Stati richiedenti ad «appesantire» le udienze cautelari con argomenti destinati al merito (questo rischio è stato paventato dal giudice *ad hoc* Pocar, cit., paragrafi 5-9). Ciò che a nostro avviso non è da escludere è la possibilità che, a fronte del rigetto di una domanda cautelare per difetto di *plausibility*, uno Stato presenti nuovamente una richiesta di misure a protezione degli stessi diritti, ponendovi a sostegno prove che, per motivi di strategia processuale, non erano state rivelate in occasione della prima richiesta.

LORIS MAROTTI