

# Considerazioni critiche e di prospettiva sulle misure provvisorie della Corte internazionale di giustizia nel caso *Gambia c. Myanmar*

LORENZO ACCONCIAMESSA\*

FRANCESCA SIRONI DE GREGORIO\*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti all'origine della controversia e la loro (eventuale) qualificabilità come atti di genocidio. – 3. La giurisdizione *prima facie* della CIG e il *locus standi* del Gambia. – 4. *L'umanizzazione* dei presupposti per l'esercizio del potere cautelare. – 5. Le misure provvisorie adottate. – 6. Gli sviluppi e le incertezze.

ABSTRACT: L'ordinanza adottata dalla Corte internazionale di giustizia il 23 gennaio 2020, in risposta alla richiesta di misure provvisorie presentata nell'ambito della controversia *Gambia c. Myanmar* e relativa alla presunta violazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, contiene diversi spunti interessanti che, probabilmente, incideranno sulla prosecuzione del giudizio. Il presente scritto esamina le questioni procedurali e sostanziali che emergono dalla medesima. Quanto agli aspetti procedurali, ci si soffermerà, in particolare, sul *locus standi* dinnanzi alla Corte di uno Stato non direttamente leso da violazioni di obblighi *erga omnes partes* e sulle prospettive di *umanizzazione* dei presupposti per l'adozione di misure cautelari in casi aventi ad oggetto gravi violazioni dei diritti umani. Quanto agli aspetti sostanziali, si verificherà l'inquadrabilità degli atti che il Gambia imputa a Myanmar nella fattispecie di genocidio, sotto il profilo dell'elemento oggettivo, della qualificabilità della popolazione Rohingya come gruppo protetto e, infine, degli ostacoli che si presentano ai fini della prova dell'elemento soggettivo, costituito dall'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto. Nelle conclusioni si esamineranno gli sviluppi recenti e le prospettive relative alla prosecuzione del giudizio.

PAROLE CHIAVE: CIG – misure provvisorie – plausibilità – obblighi *erga omnes* – divieto di genocidio – *locus standi*.

## 1. Introduzione

Il 23 gennaio 2020 la Corte internazionale di giustizia (CIG) ha adottato un'ordinanza<sup>1</sup> in risposta alla richiesta di misure provvisorie presentata dal Gambia l'11 novembre 2019 nel quadro del contenzioso che lo oppone a

\* Dottorando di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela, limiti, Università degli Studi di Palermo, in co-tutela con l'Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne (Francia), [lorenzo.acconciamessa@unipa.it](mailto:lorenzo.acconciamessa@unipa.it). Autore dei par. 3, 4 e 6.

\*\* Dottoranda di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela, limiti, Università degli Studi di Palermo, [francesca.sironidegregorio@unipa.it](mailto:francesca.sironidegregorio@unipa.it). Autrice dei par. 1, 2 e 5.

<sup>1</sup> CIG, ordinanza del 23 gennaio 2020, *Application of the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.

Myanmar, accusato di violare la Convenzione del 9 dicembre 1948 per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio (Convenzione contro il genocidio). Con il ricorso<sup>2</sup>, fondato sui (presunti) illeciti commessi nello Stato di Rakhine dall'esercito di Myanmar (noto come *Tatmadaw*) e da vari gruppi armati (supportati, sostenuti o quanto meno tollerati dallo Stato) contro il gruppo etnico musulmano dei Rohingya, il Gambia ha chiesto l'accertamento della violazione degli articoli I, III, IV, V e VI della Convenzione suddetta e la conseguente condanna di Myanmar alla cessazione dell'illecito, alla punizione dei colpevoli, alla riparazione dei danni nei confronti delle vittime e alla prestazione di adeguate garanzie di non ripetizione.

L'ordinanza, adottata all'unanimità (con due opinioni separate, l'una della Vicepresidente Xue<sup>3</sup> e l'altra del giudice Cançado Trindade<sup>4</sup>, e una annessa dichiarazione del giudice *ad hoc* Kress<sup>5</sup>) contiene degli spunti interessanti, che probabilmente incideranno sulla prosecuzione del giudizio. Inoltre, essa è di particolare rilievo per quanto riguarda alcune importanti questioni procedurali, relative al *locus standi* di uno Stato non direttamente leso da violazioni di obblighi *erga omnes partes* e ai presupposti per l'esercizio del potere della CIG di indicare misure provvisorie.

In questo breve scritto, pertanto, esamineremo la questione tanto sotto il profilo sostanziale, quanto sotto quello procedurale. Con riferimento all'aspetto sostanziale, dopo una sintetica ricostruzione dei fatti, daremo una lettura degli stessi ai sensi della giurisprudenza in materia, allo scopo di ipotizzarne la qualificabilità come atti di genocidio (par. 2). Quanto all'aspetto procedurale, analizzeremo le statuizioni della Corte in relazione al requisito della giurisdizione *prima facie* e al *locus standi* del Gambia (par. 3) e ai presupposti per l'esercizio del potere cautelare, nonché lo *standard* probatorio applicato e il materiale probatorio che ne ha consentito il raggiungimento (par. 4). In entrambi i casi, l'analisi critica dell'ordinanza e

<sup>2</sup> CIG, ricorso introduttivo e richiesta di indicazione di misure provvisorie dell'11 novembre 2019, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.

<sup>3</sup> CIG, ordinanza del 23 gennaio 2020, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Separate Opinion* del Vice-Presidente Xue.

<sup>4</sup> CIG, ordinanza del 23 gennaio 2020, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Separate Opinion* del giudice Cançado Trindade.

<sup>5</sup> CIG, ordinanza del 23 gennaio 2020, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, *Declaration* del giudice *ad hoc* Kress.

delle misure adottate (indicate al par. 5) sarà orientata alla formulazione di alcune osservazioni in merito ai possibili sviluppi del giudizio (par. 6), tenendo a mente le intrinseche differenze (non da ultimo, in relazione alla finalità) che sussistono tra la fase cautelare e la fase di merito nel processo dinanzi alla CIG.

## **2. I fatti all'origine della controversia e la loro (eventuale) qualificabilità come atti di genocidio**

Prima di tutto, qualche ragguaglio sui fatti all'origine della controversia. Secondo quanto riportato da organi delle Nazioni Unite<sup>6</sup>, da media e ONG<sup>7</sup>, a partire dal 9 ottobre 2016 l'esercito di Myanmar e vari gruppi militari hanno commesso gravi violazioni dei diritti umani nei confronti dei Rohingya, definite come una vera e propria campagna di pulizia etnica che ha provocato presumibilmente oltre 10.000 morti. Il tutto è avvenuto in un contesto di violenza e gravi discriminazioni in relazione all'accesso al cibo, alla salute e all'educazione, alla libertà di movimento, al diritto di matrimonio e altre libertà civili. Secondo il rapporto del 12 settembre 2018 della *United Nations Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* (IIFMM), gli oltre 600.000 Rohingya rimasti all'epoca in Myanmar si trovavano in grave pericolo e i trattamenti che hanno subito sono qualificabili come genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra<sup>8</sup>. Nel rapporto dell'8 agosto 2019 si arriva a sostenere la messa in atto di una politica di segregazione e, in termini particolarmente netti, si afferma che «there is a strong inference of genocidal intent on the part of the State, that there is a serious risk that genocidal actions may occur, and that Myanmar is failing its obligation to prevent genocide, to investigate genocide, and to enact effective legislation criminalizing and punishing genocide»<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo: Consiglio per i diritti umani, *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, UN Doc. A/HRC/39/64 del 12 settembre 2018; Consiglio per i diritti umani, *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, UN Doc. A/HRC/42/50 del 8 agosto 2019.

<sup>7</sup> Per quanto attiene a contributi della società civile, *ex multis*, v.: Human Rights Watch, «*An Open Prison without End*»: Myanmar's Mass Detention of Rohingya in Rakhine State, 8 ottobre 2020, [www.hrw.org](http://www.hrw.org); PILPG, *Documenting Atrocity Crimes Committed against the Rohingya in Myanmar's Rakhine State*, settembre 2018, [www.publicinternationallawandpolicygroup.org](http://www.publicinternationallawandpolicygroup.org); United States Holocaust Memorial Museum, Fortify Rights, *They Tried to Kill Us All: Atrocity Crimes Against Rohingya Muslims in Rakhine State, Myanmar*, novembre 2017, [www.ushmm.org](http://www.ushmm.org).

<sup>8</sup> Consiglio per i diritti umani, UN Doc. A/HRC/39/64, cit., par. 83-86.

<sup>9</sup> Consiglio per i diritti umani, UN Doc. A/HRC/42/50, cit., par. 90.

Dalla lettura dei rapporti in questione, quindi, sembra potersi sostenere che i fatti allegati siano qualificabili come atti di genocidio sotto il profilo oggettivo. Essi menzionano, infatti, omicidi di massa, stupri e altre forme di violenza sessuale, distruzione sistematica di villaggi e, infine, esecuzioni di massa, condotte che rientrano nell'ambito dell'*elemento oggettivo* della fattispecie di genocidio. Tra gli altri, due elementi appaiono particolarmente significativi in tal senso, segnatamente l'*hate speech* e le violenze sessuali e di genere. L'IIFMM ha analizzato<sup>10</sup> il ruolo che l'*hate speech* e l'incitamento alla violenza, peraltro provenienti da organi statali, hanno avuto nel conflitto in corso nel Rakhine, evidenziando come varie piattaforme comunicative (stampa, media televisivi, radio e *social network*, principalmente Facebook) siano state utilizzate per sviluppare una narrazione distorta e volta a denigrare i Rohingya, presentandoli come una minaccia per la purezza della razza birmana, per l'integrità buddhista, nonché, da ultimo, per lo Stato nel suo complesso. In gran parte tale politica di incitamento all'odio, si è detto, ha utilizzato fonti ufficiali statali di diffusione e trasmissione, elemento senza dubbio rilevante ai fini di un'eventuale attribuzione di responsabilità a Myanmar. In secondo luogo, si sottolinea la dimensione sessuale e di genere alla base delle violenze in corso in Myanmar, ove, come si evince da specifici rapporti<sup>11</sup>, vige da decenni un clima di sostanziale impunità per crimini sessuali. Si stima, infatti, che circa il 60 per cento delle donne nello Stato di Rakhine abbia subito nel corso della sua vita episodi di violenza sessuale. L'IIFMM nel 2019 ha sostenuto espressamente che il carattere sistematico degli attacchi contro donne e bambine, delle mutilazioni genitali e, più ampiamente, delle violenze che mirano a impedire alle donne di avere futuri rapporti sessuali, integra la fattispecie genocidaria<sup>12</sup>. E difatti, gli *Elements of the Crimes* dello Statuto di Roma, così come una giurisprudenza costante dei tribunali penali internazionali *ad hoc*, elencano specificamente tra gli atti materiali di genocidio i crimini sessuali e di genere, evidenziando come tali condotte possano mirare (e anzi, spesso mirino proprio) alla distruzione del gruppo protetto<sup>13</sup>. In particolare, il Tribunale penale internazionale per il Ruanda ha ritenuto che le politiche di separazione tra i sessi e di proibizione

<sup>10</sup> N. ZED, *FFM Finding on the Role of Hate Speech*, [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>11</sup> V., a titolo esemplificativo: Global Justice Centre, *Discrimination to Destruction: A legal analysis of gender crimes against the Rohingya*, settembre 2018, [www.globaljusticecenter.net](http://www.globaljusticecenter.net); Human Rights Watch, *"All of My Body Was Pain": Sexual Violence against Rohingya Women and Girls in Burma*, Novembre 2017, [www.hrw.org](http://www.hrw.org).

<sup>12</sup> Consiglio per i diritti umani, *Sexual and Gender-Based Violence in Myanmar and the Gendered Impact of its Ethnic Conflicts*, UN Doc. A/HRC/42/CRP.4 del 22 Agosto 2019, par. 72.

<sup>13</sup> CPI, *Elements of Crimes of the Rome Statute*, art. 6, lett. b).

dei matrimoni, così come l'atto di volontariamente mettere incinte donne di un gruppo protetto con «the intent to have her give birth to a child who will consequently not belong to its mother's group» rientrano nella definizione di genocidio biologico e fisico, rispettivamente tra le misure miranti ad impedire le nascite all'interno di un gruppo e nell'inflizione di lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo stesso<sup>14</sup>. L'*elemento soggettivo*, relativo all'intento di distruggere il gruppo protetto, viene approfondito dalla IIFFMM nel già citato rapporto<sup>15</sup> del 16 settembre 2019 indirizzato al Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, e nuovamente affermato in svariati altri rapporti dello *Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar*<sup>16</sup> del 20 agosto 2018, 2 maggio 2019 e del 30 agosto 2019. In tali rapporti, l'intento viene presentato come un dato di fatto accertato. Si vedrà, tuttavia, che tale conclusione non è scontata.

Se la qualificabilità come atti di genocidio dei comportamenti adottati in Myanmar deve ancora essere verificata, della loro più generale contrarietà a norme fondamentali di diritto internazionale non sembra potersi discutere. A riprova di ciò, basti considerare che i medesimi fatti hanno dato avvio a delle indagini per crimini contro l'umanità portate avanti dal Procuratore della Corte penale internazionale (di seguito, CPI), a seguito di un'autorizzazione<sup>17</sup> ai sensi dell'art. 15 dello Statuto di Roma dalla *Pre-Trial Chamber III*, emessa solo 3 giorni dopo la presentazione del ricorso alla CIG da parte del Gambia. La giurisdizione della CPI, nel presente caso, è limitata a crimini di carattere transnazionale, con un elemento del fatto commesso

<sup>14</sup> Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Camera), sentenza del 2 settembre 1998, *Procuratore c. J.P. Akayesu*, par. 507-508. Si veda anche la giurisprudenza del Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia. Nello specifico, la Camera di appello, sentenza del 12 giugno 2002, *Procuratore c. D. Kunarac et al.*, par. 125 ss., ha fornito una definizione compiuta di "rape" ai sensi del diritto internazionale penale. In *Krstic* (Tribunale penale per la ex-Jugoslavia, (Camera), sentenza del 2 agosto 2001, *Procuratore c. R. Krstic*) è stato poi stabilito il legame tra violenze sessuali e pulizia etnica che, nel contesto dei crimini commessi nell'enclave di Srebrenica nel 1995, viene associata al genocidio.

<sup>15</sup> Consiglio per i diritti umani, UN Doc. A/HRC/39/64, cit., par. 38; 62; 79. Si veda altresì Consiglio per i diritti umani, *Detailed Findings of the IIFFMM*, UN Doc. A/HRC/42/CPR.5 del 16 settembre 2019, par. 528-534.

<sup>16</sup> Assemblea generale, *Situation of Human Rights in Myanmar*, UN Doc. A/73/222 del 20 agosto 2018, par. 48; Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar*, UN Doc. A/HRC/40/68 del 2 maggio 2019, par. 25; Assemblea generale, *Situation of Human Rights in Myanmar*, UN Doc. A/74/342 del 30 Agosto 2019, par. 49.

<sup>17</sup> CPI, *Situation: Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19-27 del 14 novembre 2019.

nel territorio di uno Stato parte dello Statuto di Roma, e nello specifico l'autorizzazione è stata concessa con riguardo ai crimini contro l'umanità di deportazione e persecuzione commessi contro la minoranza Rohingya<sup>18</sup>. Si stima, infatti, che circa 700.000 Rohingya siano fuggiti in Bangladesh, ove si trovano in campi per rifugiati in cui le condizioni di vita sono talmente estreme da costituire anch'esse ipotesi di gravissime violazioni del diritto internazionale. Non sussiste invece giurisdizione con riferimento allo Stato di Myanmar, che non è parte dello Statuto di Roma. Ne consegue che la CPI potrebbe pronunciarsi sul crimine di genocidio solo in seguito ad un *referral* della situazione da parte del Consiglio di sicurezza, a norma del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite.<sup>19</sup> Peraltro, il 15 novembre 2019 è stato sottoposto ad un giudice argentino un caso concernente i crimini internazionali commessi contro i Rohingya<sup>20</sup>. Le autorità argentine non hanno ancora deciso *definitivamente* sulla sussistenza della giurisdizione<sup>21</sup>, ma qualora questa fosse riconosciuta, per la prima volta i medesimi fatti risulterebbero parallelamente esaminati da un tribunale penale internazionale, dalla CIG e da un organo giudiziario interno nell'esercizio della giurisdizione universale.

### 3. La giurisdizione *prima facie* della CIG e il *locus standi* del Gambia

Tornando alla decisione in esame, in particolare ai suoi aspetti procedurali, è appena il caso di ricordare che, ai fini dell'adozione di misure cautelari, la

<sup>18</sup> L'analisi dei requisiti fattuali della giurisdizione della CPI sul crimine contro l'umanità di deportazione (art. 7, par. 1, lett. d)) e di persecuzione su base etnica e religiosa (art. 7, par. 1, lett. h)) è stata esaminata dalla *Pre-Trial Chamber III* nella decisione CPI, *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"*, ICC-RoC46(3)-01/18-37 del 6 settembre 2018.

<sup>19</sup> Statuto di Roma, art. 13 lett. b).

<sup>20</sup> Burma Campaign, *Complainant files a criminal complaint of genocide and crimes against humanity committed against the Rohingya community in Myanmar - Universal Jurisdiction*, 15 novembre 2019, [www.burmacampaign.org.uk](http://www.burmacampaign.org.uk).

<sup>21</sup> Infatti, una decisione di primo grado adottata nel dicembre 2019 ha declinato la giurisdizione argentina, sostenendo che vi sarebbe stata una sovrapposizione con le indagini aperte dalla CPI. Tuttavia, nel maggio 2020 la decisione è stata riformata, e il giudice d'appello ha espressamente affermato che si rendeva necessario un dialogo con la CPI in merito alla possibilità di aprire un'indagine senza che vi fossero duplicazioni (v. Burmese Rohingya Organisation UK (BROUK), *Argentinean Judiciary Moves Closer To Opening Case Against Myanmar Over Rohingya Genocide*, 1 giugno 2020, [www.thedailystar.net](http://www.thedailystar.net)). Nel settembre 2020, infine, le autorità hanno inviato una nota diplomatica alla CPI sul punto (si veda T. KHIN, "Universal Jurisdiction, the International Criminal Court, and the Rohingya Genocide", *Opinio Juris*, 23 ottobre 2020).

Corte deve innanzitutto convincersi che «the provisions relied on by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which its jurisdiction could be founded»<sup>22</sup>. Il Gambia ha sostenuto che la giurisdizione della CIG si fonda sugli art. 36, par. 1, dello Statuto CIG e IX della Convenzione contro il genocidio, ratificata da entrambi gli Stati. Ai sensi dell'ultima disposizione – una clausola compromissoria cui né il Gambia né il Myanmar hanno apposto riserve – la giurisdizione sussiste ove vi sia una controversia relativa all'interpretazione, all'applicazione o all'esecuzione della Convenzione.

Sull'applicabilità dell'art. IX non sembra potersi discutere. La Corte ha rigettato l'eccezione del Myanmar secondo cui l'aver apposto una riserva all'art. VIII implicherebbe il venir meno della possibilità di adire la CIG. Quest'ultima norma, infatti, dispone che «ogni Parte contraente può invitare gli organi competenti delle Nazioni Unite a prendere, ai sensi della Carta delle Nazioni Unite, ogni misura che essi giudichino appropriata ai fini della prevenzione e della repressione degli atti di genocidio». Pur costituendo la CIG un organo delle Nazioni Unite, la norma in esame si riferisce all'invocazione di azioni appropriate per la prevenzione e la soppressione di atti di genocidio, e non alla possibilità di sottoporre la controversia a un organo giurisdizionale. Avendo campi di applicazione differenti, la riserva apposta all'art. VIII, afferma la Corte, non si estende all'art. IX<sup>23</sup>. Del resto, se l'art. VIII facesse riferimento anche all'ipotesi del ricorso alla CIG (se, cioè, fosse anche una clausola compromissoria implicita), non si spiegherebbe la necessità di una norma specifica in materia.

Affinché vi sia giurisdizione *prima facie* è poi necessario determinare se, come espressamente previsto dalla clausola compromissoria, e sempre all'esito di un giudizio sommario, possa ritenersi esistente una controversia o disputa. A tal fine si richiede, dunque, che le parti siano «in conflict as to their respective rights»<sup>24</sup>. Nell'atto con cui ha instaurato il giudizio, il

<sup>22</sup> V., *ex multis*, CIG, *Application of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. the Russian Federation)*, par. 85.

<sup>23</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 35.

<sup>24</sup> Sulla necessità di una disputa come condizione per l'esercizio della funzione giurisdizionale della Corte, v. CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 20 dicembre 1974, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, par. 55: «it is not sufficient for a party to assert that there is a dispute, since “whether there exists an international dispute is a matter for objective determination” by the Court». Sulla necessità di accertare la disputa anche nella fase cautelare, nell'ambito della verifica *prima facie* della propria giurisdizione, v., sempre tra le tante, CIG, *Application of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*

Gambia ha indicato molteplici atti con cui avrebbe manifestato «its concerns in respect of the conduct of Myanmar». Tra di essi figurano dichiarazioni della Organizzazione della cooperazione islamica, discorsi e affermazioni del Gambia in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite e, soprattutto, la nota verbale inviata l'11 ottobre 2019 dalla Missione permanente del Gambia presso le Nazioni Unite alla Missione di Myanmar, nella quale lo Stato africano esprimeva le sue preoccupazioni sulle gravi violazioni emerse nei rapporti della *UN Fact-Finding Mission*. Il Myanmar non ha mai risposto a tale nota. Alla luce di quanto affermato dalla Corte nel caso *Marshall Islands* del 2016, affinché vi sia una controversia è sufficiente che lo Stato convenuto fosse consapevole, o non potesse non esserlo, che le proprie posizioni erano *positively opposed* dallo Stato attore<sup>25</sup>. A tal proposito, va ricordato anche un discorso del settembre 2019, davanti all'Assemblea generale, nel quale il Vicepresidente del Gambia si era detto «ready to lead concerted efforts to take the Rohingya issue to the International Court of Justice»<sup>26</sup>. E così, nell'ordinanza, la Corte riconosce come sufficienti tali elementi per affermare l'esistenza di una controversia tra le parti al momento della presentazione del ricorso da parte del Gambia<sup>27</sup>.

Occorre sottolineare anche che il Gambia ha proposto l'azione a tutela dei diritti della popolazione Rohingya «to exist as a group, to be protected from acts of genocide, conspiracy to commit genocide, direct and public incitement to commit genocide, attempt to commit genocide and complicity in genocide»<sup>28</sup>, nonché a tutela del proprio diritto a che gli obblighi sanciti nella Convenzione siano rispettati da tutti gli Stati membri<sup>29</sup>. A proposito della legittimazione a far valere presunte violazioni della Convenzione, perpetrate dal Myanmar nel proprio territorio, non è stata accolta l'obiezione di quest'ultimo secondo cui il Gambia non avrebbe titolo a tal fine, in quanto agente solo come sostituto della Organizzazione della cooperazione islamica, i cui 57 Stati membri sostengono il ricorso. Al riguardo, basta rilevare, come ha fatto la Corte, che la Convenzione stabilisce

(*Georgia v. the Russian Federation*), cit., par. 112, secondo cui deve trattarsi di una contrapposizione su questioni di fatto e/o di diritto tra le parti.

<sup>25</sup> CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 6 ottobre 2016, *Obligations Concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, par. 41.

<sup>26</sup> Assemblea generale, *8th plenary meeting*, UN Doc. A/74/PV.8 del 26 settembre 2019, p. 31.

<sup>27</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 31.

<sup>28</sup> *Ivi*, par. 45.

<sup>29</sup> *Ibidem*.



obblighi *erga omnes partes*, il cui adempimento ciascuno Stato parte è legittimato a invocare, a prescindere dalla sussistenza di un danno o interesse specifico<sup>30</sup>. Ed infatti, il rispetto delle norme sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio costituisce un valore condiviso dall'intera comunità internazionale, oggetto di obblighi *erga omnes*<sup>31</sup> e che hanno rango di *jus cogens*<sup>32</sup>, come reiterato dalla CIG nel nuovo caso sulle *Attività armate sul territorio del Congo*, sia pur affermando, in quella sede, che ciò non implica che una disputa possa essere sottoposta alla stessa Corte eccependo al principio secondo cui la propria giurisdizione si fonda, sempre, sul consenso degli Stati<sup>33</sup>. Essendo finalizzata alla protezione di un interesse comune, peraltro, l'azione dal Gambia è stata pubblicamente sostenuta da Canada e Olanda già all'inizio del mese di dicembre 2019<sup>34</sup>, precisando successivamente di avere intenzione di intervenire formalmente<sup>35</sup>, e dal Regno Unito nel gennaio 2020<sup>36</sup>. Anche il Governo delle Maldive, per sua parte, ha dichiarato di avere intenzione di intervenire nel processo<sup>37</sup>. Sotto questo profilo, il caso è particolarmente rilevante, giacché, pur non essendo la prima volta che uno Stato non direttamente leso invoca la violazione di norme *erga omnes partes* – essendo ciò avvenuto già nel caso sull'*Obbligo di perseguire o estradare*<sup>38</sup>, peraltro superando i limiti che la CIG aveva posto

<sup>30</sup> Ivi, par. 41: «the obligations in question are owed by any State party to all the other State parties to the Convention. [...] It follows that any State party to the Genocide Convention, and not only a specially affected State, may invoke the responsibility of another State party with a view of ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes*, and to bring that failure to an end».

<sup>31</sup> CIG, sentenza su giurisdizione e ammissibilità del 3 febbraio 2006, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Ruanda)*, par. 64.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Ivi, par. 125.

<sup>34</sup> Governo del Canada, *Joint statement of Canada and the Kingdom of Netherlands regarding the Gambia's action to address accountability in Myanmar*, 9 dicembre 2019, [www.canada.ca](http://www.canada.ca).

<sup>35</sup> Governo dell'Olanda, *Joint statement of Canada and the Kingdom of the Netherlands regarding intention to intervene in The Gambia v. Myanmar case at the International Court of Justice*, 2 settembre 2020, [www.government.nl](http://www.government.nl). V. anche P. PILLAI, "Canada and The Netherlands: New Intervention in The Gambia v. Myanmar at the International Court of Justice", *Opinio Juris*, 3 settembre 2020.

<sup>36</sup> Burma Campaign, *British Government welcomes Rohingya Genocide Case at ICJ*, 14 gennaio 2021, [www.burmacampaign.org.uk](http://www.burmacampaign.org.uk).

<sup>37</sup> Governo delle Maldive, *The Republic of Maldives to file declaration of intervention in support of the Rohingya people, at the International Court of Justice*, 25 febbraio 2020, [www.foreign.gov.mv](http://www.foreign.gov.mv). In generale, sull'intervento di Stati terzi v. B.I. BONAFÈ, *La protezione degli Interessi di Stati terzi dinanzi alla Corte internazionale di giustizia*, Napoli, 2014, pp. 199-205.

<sup>38</sup> CIG, sentenza del 20 luglio 2012, *Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, par. 69: «If a special interest were required for that purpose, in many cases no State would

nel caso *South West Africa*<sup>39</sup> – si tratta del primo caso in cui ciò avviene con riferimento alla Convenzione contro il genocidio<sup>40</sup>.

Stante quanto appena illustrato, non condividiamo la posizione del giudice Xue, secondo cui, se davvero il carattere *erga omnes partes* implicasse la legittimazione di ciascuno Stato membro ad agire davanti alla CIG, allora una riserva alla clausola compromissoria del trattato dovrebbe essere vietata ai sensi del diritto internazionale<sup>41</sup>. Lo scopo fondamentale della Convenzione contro il genocidio, come ormai pacifico fin dall'opinione consultiva del 1951 sull'ammissibilità delle riserve, non è, infatti, il deferimento delle controversie alla CIG, bensì la creazione di obblighi di prevenzione e repressione del crimine di genocidio<sup>42</sup>. Anche Xue, d'altronde, ammette che «resort to the Court is not the only way to protect to common interest of State parties in the accomplishment of the high purposes of the Convention»<sup>43</sup>. In altri termini: sostenere che il carattere *erga omnes partes* implichi detta legittimazione non fa della clausola compromissoria il cuore del trattato (per intenderci: oggetto e scopo di quest'ultimo), rendendo inammissibile una riserva alla clausola in questione. Tutto ciò che

be in the position to make such a claim. It follows that any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to comply with its obligations *erga omnes partes*». Tuttavia, in CIG, sentenza del 31 marzo 2014, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, la Corte non ha affrontato la questione della legittimazione a ricorrere a tutela di interessi collettivi, ma si veda C.J. TAMS, *Roads Not Taken, Opportunities Missed: Procedural and Jurisdictional Questions Sidestepped in the Whaling Judgment*, in M. FITZMAURICE, D. TAMADA (eds), *Whaling in the Antarctic: Significance and Implications of the ICJ Judgment*, Leiden, 2016, p. 193 ss., p. 204-205.

<sup>39</sup> CIG, sentenza del 18 luglio 1966 (seconda fase), *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, par. 88, in cui la Corte ha affermato che nel diritto internazionale non vi sarebbe un «equivalent of an *actio popularis*, or right resident in any member of a community to take legal action in vindication of a public interest».

<sup>40</sup> Sulla questione si veda più ampiamente M. LONGOBARDO, *The Standing of Indirectly Injured States in the Litigation of Community Interests before the ICJ: Lessons Learned and Future Implications in the Light of The Gambia v. Myanmar and Beyond*, in *International Community Law Review*, 2021, in corso di pubblicazione.

<sup>41</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Separate Opinion* del Vice-Presidente Xue, cit., par. 5-6.

<sup>42</sup> CIG, opinione consultiva del 28 maggio 1951, *Reservations to the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, p. 23: «The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as "a crime under international law" involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations».

<sup>43</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Separate Opinion* del Vicepresidente Xue, cit., par. 7.

può dirsi è che, se uno Stato non appone detta riserva, pur essendo libero di farlo, accetta che qualsiasi altro Stato Parte possa agire dinanzi alla Corte.

All'esito dell'esame del giudizio (sommario) sulla giurisdizione svolto dalla Corte, e se pure è vero che esso «in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court»<sup>44</sup>, il rigetto delle eccezioni del Myanmar risulta talmente netto da potersi forse ritenere definitivo.

#### **4. L'umanizzazione dei presupposti per l'esercizio del potere cautelare**

Venendo ora agli ulteriori presupposti per l'adozione di misure cautelari, essi riguardano, come è noto, il diritto invocato nel processo e, più precisamente: la plausibilità dell'esistenza del diritto di cui si chiede la protezione (*fumus boni iuris*); la sussistenza di un nesso tra tale diritto e le misure richieste; il rischio di un pregiudizio irreparabile e l'urgenza di adottare misure provvisorie di protezione<sup>45</sup> (*periculum in mora*).

Nell'accertamento di tali elementi, ed è questo il vero *quid pluris* della pronuncia in esame, la CIG si è servita in modo molto ampio dei vari *fact finding reports*, per concludere che i fatti cui fa riferimento il Gambia sono idonei ad essere sussunti nel campo di applicazione della Convenzione contro il genocidio, non essendo necessario, in tale fase, verificare se effettivamente costituiscano violazioni della Convenzione medesima<sup>46</sup>. Tale statuizione consente di riflettere tanto sullo *standard*, quanto sul materiale probatorio su cui la decisione si fonda.

In relazione al primo aspetto, non può negarsi che lo *standard* probatorio richiesto dalla Corte sia stato più basso rispetto al solito. Il parametro della plausibilità dei diritti di cui si chiede la protezione in sede cautelare, pur venendo puntualmente richiamato<sup>47</sup> nei termini in cui è stato formulato originariamente<sup>48</sup>, è stato applicato in termini particolarmente ampi.

<sup>44</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 85.

<sup>45</sup> K. OELLERS-FRAHM, A. ZIMMERMANN, *Article 41*, in A. ZIMMERMANN, C.J. TAMS, K. OELLERS-FRAHM, C. TOMUSCHAT (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, 2019, p. 1135 ss., p. 1150 ss.

<sup>46</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 30.

<sup>47</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 43.

<sup>48</sup> CIG, ordinanza del 28 maggio 2009, *Obligation to Prosecute or Extradite*, par. 57: «the power of the Court to indicate provisional measures should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least plausible»

Probabilmente, l'attenuarsi del rigore di tale *standard*, nello specifico con riferimento all'intento genocidario (il *dolo speciale* richiesto ai fini dell'integrazione della fattispecie)<sup>49</sup>, può ricondursi a quell'orientamento generalissimo, costituito dalla c.d. *umanizzazione* del diritto internazionale, da anni oggetto di dibattito nella dottrina internazionalistica<sup>50</sup>. D'altronde, almeno di recente, nei casi in cui i beneficiari ultimi delle misure provvisorie siano individui (come, ad esempio, in *Breard*<sup>51</sup> e *LaGrand*<sup>52</sup>, dove la cognizione è stata sommaria e le misure concesse in brevissimo tempo, nonché ancora più recentemente in *Jadhav*<sup>53</sup>), ovvero, come nel caso di specie (ma anche nei casi relativi alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale<sup>54</sup> alla *Richiesta di interpretazione* della sentenza del 1962 tra Cambogia e Thailandia<sup>55</sup>), un gruppo di individui vulnerabili, nella fase cautelare sembra manifestarsi una tendenza a superare le logiche tipiche della tradizionale dimensione interstatale del giudizio dinanzi alla CIG. Ciò avviene sulla scorta di un'attenzione più marcata per

<sup>49</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 56: « In the Court's view, all the facts and circumstances mentioned above [...] are sufficient to conclude that the rights claimed by the Gambia and for which it is seeking protection [...] are plausible».

<sup>50</sup> Per citare solo i più celebri rappresentanti di tale filone dottrinale, si considerino, T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, in *The American Journal of International Law*, 2000, p. 239 ss.; C. TOMUSCHAT, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, L'Aja, 2001; T. MERON, *The Humanization of International Law*, L'Aja, 2006; A.A. CANÇADO TRINIDADE, *International Law for Humankind, Towards a New Jus Gentium* (III ed.), L'Aja, 2020.

<sup>51</sup> CIG, ordinanza del 9 aprile 1998, *Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America)*.

<sup>52</sup> CIG, ordinanza del 3 marzo 1999, *LaGrand (Germany v. United States of America)*. Il ricorso introduttivo del giudizio è stato presentato in data 2 marzo 1999, alle ore 19.30 del pomeriggio, e successivamente la Germania ha presentato l'istanza di adozione di misure cautelari volta a sospendere l'esecuzione della pena di morte nei confronti di LaGrand. Le misure sono state adottate il giorno successivo, *inaudita altera parte*. Più lungo è stato invece il termine decorso tra la richiesta e l'adozione delle misure in CIG, ordinanza del 5 febbraio 2003, *Avena and other Mexican Citizens (Mexico c. United States of America)*.

<sup>53</sup> CIG, ordinanza del 18 maggio 2017, *Jadhav (India v. Pakistan)*.

<sup>54</sup> CIG, ordinanza del 15 ottobre 2008, *Application of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. the Russian Federation)*; CIG, ordinanza del 23 luglio 2018, *Application of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*. Ma non, invece, in CIG, ordinanza del 19 aprile 2017, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*.

<sup>55</sup> CIG, ordinanza del 18 luglio 2011, *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand)*.

gli interessi individuali coinvolti<sup>56</sup>, allorché la controversia, per quanto interstatale, insorga con riferimento a norme poste a tutela di diritti umani fondamentali<sup>57</sup>. Se, dunque, il Myanmar ha sostenuto in udienza che lo *standard* della plausibilità dovrebbe estendersi anche all'accertamento dell'intento genocidiario, e che tale *standard* dovrebbe essere particolarmente stringente, quando si tratta di presunte violazioni di particolare gravità<sup>58</sup> – argomentazione che la Corte ha espressamente rigettato<sup>59</sup> – noi riteniamo che, almeno nella fase cautelare, sia vero l'opposto. In virtù del carattere fondamentale dei valori di cui si chiede la protezione, e quando il rischio di pregiudizio sia estremamente alto (e, soprattutto, irreversibile, come messo in luce dalla Corte<sup>60</sup>), è sufficiente la *possibilità* dell'esistenza (e quindi della violazione) dei diritti in questione<sup>61</sup>,

<sup>56</sup> T. SPARKS, M. SOMOS, *The Humanisation of Provisional Measures? Plausibility and the Interim Protection of Rights Before the ICJ*, in F.M. PALOMBINO, R. VIRZO, G. ZARRA (eds), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, L'Aja, 2021, p. 77 ss., p. 78.

<sup>57</sup> R. HIGGINS, *Interim Measures for the Protection of Human Rights*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, p. 91 ss, p. 108: «the evolving jurisprudence on provisional measures shows a growing tendency to recognize the human realities behind the disputes of states»; C. MILES, *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*, Cambridge, 2017, p. 352-53; E. RIETER, *The International Court of Justice and Provisional Measures Involving the Fate of Persons*, in S. KADELBACH, T. RENSMANN, E. RIETER (eds), *Judging International Human Rights. Courts of General Jurisdiction as Human Rights Courts*, Svizzera, 2019, p. 127 ss, p. 167: «The ICJ is less strict about certain aspects of provisional measures in cases involving the fate of human beings».

<sup>58</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* cit., par. 47.

<sup>59</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 56.

<sup>60</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 70: «In view of the *fundamental values* sought to be protected by the Genocide Convention, the Court considers that the rights in question in these proceedings, in particular the right of the Rohingya group in Myanmar and of its members to be protected from killings and other acts threatening their existence as a group, are of such a nature that prejudice to them is capable of causing irreparable harm» (corsivo aggiunto).

<sup>61</sup> *Ibidem*. Ciò, peraltro, in linea con quanto era già stato sostenuto in passato, nel corso dell'elaborazione del test di plausibilità. Si vedano, ad esempio, CIG, ordinanza dell'8 marzo 2011, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica c. Nicaragua)*, *Declaration* del giudice Greenwood, par. 4: «What is required is something more than assertion but less than proof; in other words, 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»; CIG, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, cit., *Separate Opinion* del giudice Owanda, par. 10: «[the plausibility test] could and should merely indicate whether there is some arguable possibility – be it high or low – that the asserted rights exist [...]». Il Giudice Owanda cita anche l'opinione di Anzilotti nel caso CPGI, ordinanza del 23 luglio 1933, *Polish Agrarian*

così come la loro effettiva riferibilità al caso di specie. Lo *standard* della plausibilità tende dunque ad essere orientato dall'esigenza di tener conto della *human vulnerability*. Quest'ultima, riteniamo, non sostituisce l'accertamento proprio del test di plausibilità, come pure il giudice Cançado Trindade ha sostenuto<sup>62</sup>, ma opera piuttosto come una *aggravating circumstance* di cui tener conto nel giudizio, come peraltro affermato dal medesimo giudice<sup>63</sup>. Ed infatti, nell'ordinanza qui commentata la CIG prende atto dell'estrema vulnerabilità cui la popolazione dei Rohingya in Myanmar è esposta, nel momento in cui valuta i requisiti del pregiudizio irreparabile e dell'urgenza<sup>64</sup>. Basta, insomma, che quanto allegato dallo Stato attore lasci presumere la riconducibilità della fattispecie concreta alle norme rilevanti, posto anche che, come ha sostenuto il Gambia, «the fact that some of the alleged acts may also be characterized as crimes other than genocide would not be inconsistent with and should not exclude the plausible inference of the existence of the said genocidal intent»<sup>65</sup>. Richiedere, invece, come ha fatto Myanmar<sup>66</sup>, che l'intento genocidario debba essere dimostrato, significherebbe applicare uno *standard* prossimo alla certezza – seppur fondato sull'accertamento fattuale sommario che caratterizza la fase cautelare – col rischio di non riuscire a prevenire atti che potrebbero essere

*Reform and the German Minority (Germany v. Poland)*, p. 181, secondo cui «the *summaria cognition*, which is characteristic of a procedure of this kind, enabled us to take into account the *possibility* of the right claimed by the German Government, and the *possibility* of the danger to which that right was exposed [...]». E ancora CIG, ordinanza del 29 luglio 1991, *Passage through the Great Belt (Finland c. Denmark)*, *Separate Opinion* del Giudice Shahabuddeen, par. 31: «It is not suggested that the requesting State should anticipate and meet each and every issue which could arise at the merits. How far it should do so in any particular case will depend on the nature and circumstances of the case. What is important is that enough material should be presented to demonstrate the possibility of existence of the right sought to be protected».

<sup>62</sup> CIG, *Application of the International Convention for the Suppression of the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, cit., *Separate Opinion* del giudice Cançado Trindade, par. 44: «[...] human vulnerability is a test even more compelling than “plausibility” of rights for the indication or ordering of provisional measures of protection. In so acknowledging and sustaining, one is contributing to the ongoing historical process of humanization of contemporary international law».

<sup>63</sup> CIG, *Application of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, cit., *Separate Opinion* del giudice Cançado Trindade, par. 72: «The extreme vulnerability of the affected persons is an aggravating circumstance, rendering such provisional measures imperative».

<sup>64</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 72.

<sup>65</sup> Ivi, par. 46.

<sup>66</sup> Ivi, par. 47.

qualificati come genocidio. Pronunciandosi nel senso evidenziato, la CIG sembra imporre quella che è stata definita una *humanitarian stasis*, di modo che «during the lull between application and judgment, when the rights of States lie in the scale, it is the human factor that can tip the balance one way or the other»<sup>67</sup>. La rigidità dello *standard* appare dunque, in questo senso, parametrata allo stato di avanzamento del giudizio.

Quanto al materiale probatorio, in questa fase la Corte non ha frapposto particolari ostacoli alla formazione della prova, facendo rinvio agli accertamenti compiuti dalle *UN Fact Finding Mission*. La questione, tuttavia, si porrà nella prosecuzione del giudizio, posto anche che Myanmar ne ha contestato la veridicità, nel corso delle udienze davanti alla CIG e all'esterno<sup>68</sup>. La Corte, infatti, tende ad ammettere ricostruzioni fattuali compiute da *terze parti* solo quando si siano formate mediante un procedimento analogo a quello realizzato davanti a un organo giurisdizionale e, dunque, nel contraddittorio, mediante un controesame dei testimoni o degli autori delle valutazioni<sup>69</sup>. Il giudizio di merito, pertanto, non potrà fondarsi esclusivamente su detti accertamenti, ma la raccolta di ulteriori prove appare alquanto problematica se si considera che la CIG non ha accolto la richiesta del Gambia di ordinare al Myanmar la cooperazione con gli organismi delle Nazioni Unite di accertamento dei fatti<sup>70</sup>.

## 5. Le misure provvisorie adottate

Passando alle misure indicate dalla Corte – nell'esercizio del potere di cui all'art. 75, par. 2, del Regolamento di procedura che consente di adottare misure in tutto o in parte diverse da quelle richieste – va qui ricordato che esse consistono: (1) nell'adozione, in conformità agli obblighi derivanti dalla Convenzione, di qualsiasi misura idonea alla prevenzione di atti che rientrano nel campo di applicazione della stessa; (2) nell'assicurare ai Rohingya presenti nel territorio del Myanmar che né l'esercito statale, né gruppi armati irregolari agenti sotto la direzione, il controllo o l'influenza dello Stato commettano alcuno degli atti indicati, o cospirino per commettere genocidio, incitino allo stesso, tentino o supportino la

<sup>67</sup> T. SPARKS, M. SOMOS, *The Humanisation of Provisional Measures?*, cit., p. 103.

<sup>68</sup> N. CUMMING-BRUCE, *Nobel Peace Laureate Could Face Prosecution Over Myanmar Military's Actions*, in *The New York Times*, 17 settembre 2019.

<sup>69</sup> M.A. BECKER, 'The Challenges for the ICJ in the Reliance on UN Fact-Finding Reports in the Case against Myanmar', *EJIL Talk!*, 14 dicembre 2019.

<sup>70</sup> Sul punto v. *infra*, par. 5.

commissione di atti di genocidio; (3) nell'adozione di misure finalizzate a prevenire la distruzione delle prove, assicurandone la preservazione, in modo da garantire la punizione degli eventuali responsabili; (4) nella redazione di rapporti, il primo entro il termine di quattro mesi, e successivamente ogni sei mesi, in relazione all'adempimento delle misure indicate che, come è noto, hanno effetti giuridicamente vincolanti<sup>71</sup>, i quali non possono essere contestati dal Myanmar, che ha accettato la competenza della CIG<sup>72</sup>. In gran parte le misure imposte costituiscono una riaffermazione degli obblighi imposti dalla Convenzione, come è stato messo in evidenza<sup>73</sup>, ma hanno comunque il merito di richiamare al rispetto della stessa e di sottoporre l'attuazione alla costante attenzione della Corte nonché, ai sensi dell'art. 41, par. 2, dello Statuto, del Consiglio di sicurezza. Quest'ultimo potrebbe adottare una risoluzione per vigilare sul corretto adempimento degli stessi e per limitare ulteriormente le violazioni, così come per compiere accertamenti e raccogliere prove, sempre che la Cina non eserciti il proprio potere di veto.

La Corte non ha invece accolto la richiesta del Gambia di consentire l'accesso nel territorio dello Stato agli organi di accertamento delle Nazioni Unite, limitandosi a sostenere che «the Court does not consider that its indication is necessary in the circumstances of the case»<sup>74</sup>. Si tratta probabilmente di una scelta di carattere politico. La questione delle prove, infatti, dimostra anche l'intento di facilitare eventuali procedimenti penali individuali davanti alla CPI, organo di cui Myanmar non ha accettato la giurisdizione<sup>75</sup>. E infatti lo Stato si è fortemente opposto<sup>76</sup> altresì alla creazione da parte del Consiglio dei diritti umani dell'*Independent*

<sup>71</sup> CIG, *LaGrand*, cit., par. 109.

<sup>72</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Verbatim Record, Yusuf, CR 2019/18*

<sup>73</sup> M. MILANOVIC, 'ICJ Indicates Provisional Measures in the Myanmar Genocide Case', *EJIL Talk!*, 23 gennaio 2020.

<sup>74</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 62.

<sup>75</sup> Oltre a non avere mai provveduto alla firma e ratifica dello Statuto di Roma, in svariate occasioni lo Stato di Myanmar ha reiterato la sua opposizione all'istituzione. V., tra i molti: Comunicato stampa UN News, *Myanmar 'Resolutely Rejects' ICC Ruling on Rakhine; Voices 'Serious Concerns' over UN Human Rights Report*, 28 settembre 2018, [www.operationalsupport.un.org](http://www.operationalsupport.un.org); K. Tint Swe, Union Minister for the Office of the State Counsellor of Myanmar, Discorso al General Debate della 74esima Sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, New York, 24 – 30 settembre 2019.

<sup>76</sup> *Statement dell'Amb. H. Do Suan in risposta al report dello Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar; Agenda item 70(c)*, 74esima Sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, New York, 22 ottobre 2019.



*Investigative Mechanism for Myanmar*<sup>77</sup>, considerandola una violazione della propria sovranità e dichiarando che non coopererà in alcun modo alle attività della stessa. Il Meccanismo, creato con la risoluzione 39/2 del 27 settembre 2018, ha il compito di raccogliere, consolidare, preservare ed analizzare prove dei crimini internazionali commessi in Myanmar dal 2011 e di gettare le basi per futuri procedimenti penali<sup>78</sup>. Nonostante il Meccanismo operi nell'ottica della responsabilità penale individuale, il Consiglio per i diritti umani ha specificatamente introdotto una previsione che permette allo stesso di condividere informazioni con la CIG e con le parti del procedimento<sup>79</sup>.

A mo' di reazione, il 30 giugno 2018 il Governo di Myanmar ha istituito una *Independent Commission of Enquiry*<sup>80</sup> con il compito di «investigate allegations of human rights violations and related issues following the terrorist attacks by the Arakan Rohingya Salvation Army in Rakhine State with a view to seeking accountability and formulating recommendations on steps to be taken to ensure peace and stability in Rakhine State». La Commissione ha pubblicato un *executive summary* del proprio rapporto finale il 21 gennaio 2020<sup>81</sup>, giungendo alla conclusione che crimini contro l'umanità e crimini di guerra sono stati potenzialmente commessi nel territorio dello Stato di Rakhine, nella forma di uso eccessivo e non proporzionato della forza da parte di membri dell'esercito, ma che nessuna prova a sostegno di un piano o dell'intento di distruggere in tutto o in parte il gruppo è stata trovata, così come che nessuna linea di condotta genocidaria è emersa dalla ricostruzione degli episodi.

<sup>77</sup> Consiglio per i diritti umani, *Resolution adopted by the Human Rights Council on 27 September 2018 39/2. Situation of human rights of Rohingya Muslims and other minorities in Myanmar*, UN Doc. A/HRC/RES/39/2 del 3 ottobre 2018.

<sup>78</sup> Ivi, par. 22: «Decides to establish an ongoing independent mechanism to collect, consolidate, preserve and analyse evidence of the most serious international crimes and violations of international law committed in Myanmar since 2011, and to prepare files in order to facilitate and expedite fair and independent criminal proceedings, in accordance with international law standards, in national, regional or international courts or tribunals that have or may in the future have jurisdiction over these crimes, in accordance with international law». Il Meccanismo ha acquisito tutto il materiale raccolto dalla IIFFMM al termine del mandato della stessa nel settembre 2019.

<sup>79</sup> Consiglio per i diritti umani, *Situation of Human Rights of Rohingya Muslims and Other Minorities in Myanmar*, UN Doc. A/HRC/RES/43/26 del 3 luglio 2020, par. 9.

<sup>80</sup> Governo del Myanmar, *Press Release 8/2018, Government of the Republic of the Union of Myanmar Establishes the Independent Commission of Enquiry*, 30 luglio 2018, [www.reliefweb.int](http://www.reliefweb.int).

<sup>81</sup> Attualmente l'*executive summary* e il rapporto completo risultano non più accessibili sul sito del Governo del Myanmar.

## 6. Gli sviluppi e le incertezze

Attenuazione dello *standard* probatorio a parte, più difficile sarà per il Gambia provare il genocidio in sede di merito. Sui primi due elementi della fattispecie non sembrano porsi particolari problemi. Oltre ai vari rapporti menzionati, è da segnalare, infatti, che la difesa di Myanmar (riproponendo sostanzialmente le conclusioni della Commissione da ultimo citata) ha negato non già l'esistenza dei fatti materiali riportati dal Gambia, quanto la loro qualificabilità come atti di genocidio, ammettendo quindi che dei crimini sono stati sì commessi nel territorio del Rakhine contro soggetti di etnia (tra le altre) Rohingya, ma che tali fatti non costituiscono genocidio. In secondo luogo, non sembra potersi escludere che i Rohingya siano un gruppo etnico che si auto-identifica come tale, a prescindere dalla nazionalità (o apolidia), così come dal mancato inserimento nella lista dei gruppi etnici<sup>82</sup>. Ed infatti la Corte ha sostenuto che «the Rohingya appear to constitute a protected group within the meaning of Article II of the Genocide Convention»<sup>83</sup>. Sia pure in mancanza di un'ampia argomentazione sul punto, basta rilevare che una compiuta definizione di gruppo protetto è stata data dal Tribunale penale internazionale per il Ruanda fin dalla pronuncia *Akayesu*<sup>84</sup> (come poi precisato nei casi *Rutuganda*<sup>85</sup> e, infine, *Musema*<sup>86</sup>). La medesima posizione è stata adottata dal Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia (ad esempio nel caso *Jelisić*<sup>87</sup>), il quale è andato persino oltre, specificando che è sufficiente la percezione che gli autori della condotta hanno della appartenenza della vittima al gruppo protetto, anche in mancanza della sua reale affiliazione<sup>88</sup>. In presenza di una giurisprudenza

<sup>82</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 15.

<sup>83</sup> CIG, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, cit., par. 52.

<sup>84</sup> Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Camera), sentenza del 2 settembre 1998, *Procuratore c. J.P. Akayesu*, par. 170: «the Chamber finds that there are a number of *objective indicators* of the group as a group with a *distinct identity*» (corsivo aggiunto).

<sup>85</sup> Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Camera), sentenza del 6 dicembre 1999, *Procuratore c. G.A.N. Rutuganda*, par. 373: «in assessing whether a particular group may be considered as protected from the crime of genocide, it will proceed on a case-by-case basis, taking into account both the relevant evidence proffered and the political, social and cultural context»

<sup>86</sup> Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Camera), sentenza del 27 gennaio 2000, *Procuratore c. A. Musema*, par. 935.

<sup>87</sup> Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia (Camera), sentenza del 14 dicembre 1999, *Procuratore c. G. Jelisić*, par. 69 ss.

<sup>88</sup> Tribunale penale internazionale per l'Ex Jugoslavia (Camera), sentenza del 15 marzo 2002, *Procuratore c. M. Krnojelac*.

consolidata in materia – cui può ritenersi che la Corte, posta la sinteticità che caratterizza una pronuncia cautelare, abbia inteso fare implicito riferimento – non sembra potersi contestare la qualificabilità dei Rohingya come gruppo protetto ai sensi della Convenzione contro il genocidio.

Ciò che sarà difficile da provare è, invece, il c.d. dolo aggravato della fattispecie del genocidio. Nonostante i vari rapporti menzionati abbiano definito come *ongoing genocide* quanto è accaduto e sta accadendo nel Rakhine, nella pronuncia sull'applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio la Corte ha stabilito dei parametri particolarmente stringenti per l'accertamento di detto elemento<sup>89</sup>. E per quanto auspicabile sia – sempre in una prospettiva di “umanizzazione” del diritto internazionale – una flessione dello *standard* anche nella fase del merito, come pure è stato sostenuto<sup>90</sup>, sembra poco plausibile che ciò avvenga. Numerose, quindi, sono le difficoltà che si frappongono ad una vittoria nel merito per il Gambia.

Peraltro, ad incidere sulla prosecuzione del giudizio, e sulla stessa partecipazione dello Stato di Myanmar alle successive fasi, vi è il colpo di Stato realizzato dallo stesso *Tatmadaw* in data 1° febbraio 2021<sup>91</sup>. Uno degli effetti del golpe strettamente connessi al giudizio dinanzi alla CIG riguarda la questione della rappresentanza dello Stato. Sebbene solo marginalmente esaminata in dottrina, bisogna considerare che tanto l'Agente del Myanmar nel giudizio pendente, Aung San Suu Kyi<sup>92</sup>, quanto il suo sostituto Kyaw

<sup>89</sup> CIG, sentenza del 16 febbraio 2007, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, par. 373, in cui ha riconosciuto che l'intento potesse desumersi da *inferenze* ma in modo particolarmente stringente: «for a pattern of conduct to be accepted as evidence of its existence, it would have to be such that it could only point to the existence of such intent»; CIG, sentenza del 3 febbraio 2015, *Application on the Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, par. 417: «for the Court, intent to destroy the group, in whole or in part, must be the only reasonable inference which can be drawn from the pattern of conduct». Sul punto si vedano B.I. BONAFÉ, “Responsabilità dello Stato e dell'individuo per crimine di genocidio: persistenti incertezze nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia”, *SIDIBlog*, 20 febbraio 2015; G. LANDI, “Mens rea e responsabilità dello Stato per illecito di genocidio: ancora sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia”, *SIDIBlog*, 12 maggio 2015.

<sup>90</sup> G. KATHERINE, *The Issue of Intent in the Genocide Convention and Its Effect on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Toward a Knowledge-Based Approach*, in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2010, p. 238 ss.

<sup>91</sup> Sulle possibili implicazioni per la prosecuzione del giudizio, P. PILLAI, ‘Myanmar Coup d'état – Implications for International Justice’, *Opinio Juris*, 11 febbraio 2021.

<sup>92</sup> BBC, *Aung San Suu Kyi: Trial of Ousted Myanmar Leader Begins*, 14 giugno 2021, [www.bbc.com](http://www.bbc.com).

Tint Swe<sup>93</sup>, sono stati arrestati dal Governo militare instaurato a seguito del colpo di Stato. Come rilevato da Milanovic, la questione che si pone riguarda l'eventualità in cui tanto il Governo militare quanto il precedente Governo dovessero comunicare alla CIG la nomina di un nuovo agente<sup>94</sup>.

Inoltre, le misure provvisorie adottate dalla Corte sono state ritenute non particolarmente efficaci in quanto estremamente generiche<sup>95</sup> e il rispetto delle medesime è stato messo come minimo in dubbio ad alcuni mesi dall'adozione<sup>96</sup>. Queste ultime, tuttavia, hanno avuto comunque il merito non solo di richiamare Myanmar al rispetto dei propri obblighi internazionali, ma anche di portare nuovamente all'attenzione della comunità internazionale fatti gravissimi, qualificabili o meno che siano come genocidio nei termini particolarmente stringenti stabiliti nella Convenzione contro il genocidio e dalla CIG. Peraltro, un importante sviluppo del caso in esame riguarda l'avvenuta introduzione, da parte della CIG, di un meccanismo di monitoraggio sull'attuazione delle misure provvisorie, disciplinato dal nuovo art. 11 della risoluzione relativa alla *Internal Judicial Practice* della Corte<sup>97</sup>. Ai sensi del par. (i), nel momento in cui la CIG indica delle misure cautelari provvede anche alla nomina di tre giudici (diversi da quelli di nazionalità delle parti o dagli eventuali giudici *ad hoc* dalle stesse nominati) che formeranno un Comitato *ad hoc* che coadiuva la Corte nel monitoraggio dell'attuazione delle misure. Il par. (ii) precisa che sarà tale Comitato ad esaminare le informazioni che la parti forniranno in merito all'attuazione delle misure. Il Comitato riferisce poi alla Corte, proponendo

<sup>93</sup> Reuters, *Suu Kyi Aide Among new Wave of Arrests in Myanmar: Party Official*, 11 febbraio 2021, [www.reuters.com](http://www.reuters.com).

<sup>94</sup> M. MILANOVIC, "Two Questions on Coups and Representation before International Courts, *EJIL Talk!*, 12 maggio 2021. V. anche R. BARBER, "The General Assembly Should Provide Guidance to the UN System on the Question of Who Gets to Represent Myanmar", *EJIL Talk!*, 7 giugno 2021, che, occupandosi della questione della rappresentanza del Consiglio dei diritti umani e, in generale, negli organi delle Nazioni Unite, ha sostenuto che l'Assemblea generale potrebbe adottare una risoluzione, sia pur non giuridicamente vincolante, in merito al riconoscimento del Governo ritenuto legittimo al fine della rappresentanza in seno all'Organizzazione. È comunque difficile immaginare che tale risoluzione avrebbe un qualche effetto nel giudizio dinanzi alla CIG, la quale sarà pertanto, se (o quando?) la questione si porrà, chiamata a trovare una soluzione adeguata.

<sup>95</sup> M. MILANOVIC, 'ICJ Indicates Provisional Measures in the Myanmar Genocide Case', cit.

<sup>96</sup> P. VENKATRAMAN, A. JORDANA, 'Myanmar's Compliance with the ICJ Provisional Measures Order & the Road Ahead', *UK Human Rights Blog*, 3 settembre 2020.

<sup>97</sup> CIG, *Risoluzione concernente la prassi giudiziaria interna*, adottata il 12 aprile 1976 ai sensi dell'art. 19 del regolamento di procedura, aggiornata il 21 dicembre 2020. Sul punto v. P. PATARROYO, 'Monitoring Provisional Measures at the International Court of Justice: The Recent Amendment to the Internal Judicial Practice', *EJIL Talk!*, 22 gennaio 2021.

delle “*potential options*” alla medesima<sup>98</sup>, su cui ai sensi del par. (iii) decide in ogni caso la Corte. Non è in ogni caso chiaro se tale procedura si applichi retroattivamente, posto che secondo detta norma la Corte avrebbe dovuto procedere a nominare il Comitato *ad hoc* nell’ordinanza qui commentata. Secondo alcune voci il Myanmar avrebbe trasmesso allo stato attuale solo il primo dei rapporti periodici richiesti dalla Corte in merito all’attuazione delle misure, che in ogni caso non è stato pubblicato.

L’ultima informazione disponibile sul sito web della CIG, nel frattempo, è l’ordinanza del 28 gennaio 2021 con cui si è proceduto all’assegnazione al Gambia del termine per replicare alle eccezioni preliminari sollevate da Myanmar. Non resta, dunque, che attendere ulteriori sviluppi.

<sup>98</sup> Non è chiaro a cosa tale espressione si riferisca. È verosimile che essa faccia riferimento all’eventualità che la Corte proceda, *proprio motu*, a modificare o revocare le misure (art. 76 del Regolamento di procedura) o ad adottare ulteriori misure o richiedere ulteriori informazioni in merito all’attuazione (o presunta inattuazione) di quelle già disposte. Ed infatti, secondo ormai l’orientamento consolidato, la CIG non procede in ogni caso ad un accertamento della violazione delle misure prima della sentenza finale sul merito. V., al riguardo, CIG, ordinanza del 14 giugno 2019, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, par. 26: «As the Court has already stated, “[t]he judgment on the merits is the appropriate place for the Court to assess compliance with provisional measures”».

