



SILVIA ANGIOI*

ASPETTI SOSTANZIALI E PROCEDURALI DELLA QUESTIONE ROHINGYA DI FRONTE ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Brevi cenni sull'origine del problema dei Rohingya in Myanmar. - 3. Il problema della qualificazione giuridica: deportazione *vs* trasferimento forzato. - 3.1 Gli (altri) elementi della deportazione: coazione, presenza legittima e illiceità delle misure adottate. - 4. Deportazione e persecuzione. - 5. Gli aspetti procedurali della questione Rohingya davanti alla Corte penale internazionale: la richiesta del Procuratore ex art. 19(3) dello Statuto. - 5.1. Segue: l'orientamento della Pre-Trial Chamber. - 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Sul finire del mese di agosto 2017, un'operazione su larga scala è stata condotta dalle forze armate birmane e dalle forze di polizia contro i villaggi Rohingya nello Stato del Rakhine (Myanmar nord-occidentale), che ha determinato un esodo massiccio della popolazione oltre il confine con il Bangladesh, nonché la dispersione, all'interno del territorio birmano, di un numero imprecisato di persone. L'operazione, condotta con l'impiego di circa 35.000 soldati, nonché con il supporto di milizie locali di religione buddista, è stata giustificata dal governo del Myanmar come misura adottata in risposta agli attacchi rivendicati dal cosiddetto "Arakan Rohingya Salvation Army" – un movimento separatista che si oppone al governo centrale – contro alcune postazioni dell'esercito birmano e delle forze di polizia nello Stato del Rakhine. L'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, l'UNHCR, l'IOM, insieme a numerosi osservatori internazionali hanno denunciato e documentato il contenuto, l'ampiezza e la brutalità delle operazioni ed il ricorso su vasta scala a massacri, incendi di interi villaggi, violenze sessuali, esecuzioni sommarie e detenzioni arbitrarie¹. Le dimensioni e la gravità degli avvenimenti hanno indotto l'allora Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani Zeid Ra'ad Al

* Professore Associato di Diritto internazionale, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli".

¹ Human Rights Watch, *World Report 2018*. Cfr. altresì *Mission report of OHCHR rapid response mission to Cox's Bazar, Bangladesh, 13-24 September 2017*; Amnesty International, *Myanmar - Rapporto annuale 2017-2018*; OHCHR, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar, A/HRC/37/70*, 9 March 2018; UNHCR, *Supplementary Appeal – Myanmar Refugee Emergency Response in Bangladesh. September 2017 - February 2018* (<https://www.unhcr.org/59cbf1117.pdf>); IOM Bangladesh, *Rohingya Crisis Response? 26 October 2017*, https://www.iom.int/sites/default/files/situation_reports/file/IOM-CXB-26Oct2017.pdf.

Hussein a definire l'operato delle forze birmane a «textbook example of ethnic cleansing»² e a richiedere l'intervento della Corte penale internazionale per il tramite del Consiglio di Sicurezza. Ad aprile 2018, il Procuratore della Corte penale internazionale, in considerazione dei «consistent and credible public reports» ricevuti ed esaminati, ha inoltrato alla Pre-Trial Division della stessa Corte la richiesta, ex art. 19(3) dello Statuto, al fine di ottenere una pronuncia sulla giurisdizione della Corte in merito ai fatti occorsi in Myanmar e più in particolare alla presunta deportazione dei Rohingya dal Myanmar al Bangladesh³.

Pendente la pronuncia della Pre-Trial Chamber I, cui è stata assegnata la richiesta del Procuratore, il Myanmar ed il Bangladesh hanno concluso un accordo per il rimpatrio dei Rohingya e nel mese di maggio 2018 il Myanmar ha concluso con l'UNHCR e l'UNDP un *memorandum of understanding* con l'intento di definire le modalità delle operazioni di rimpatrio e del coinvolgimento delle due agenzie delle Nazioni Unite nelle stesse operazioni⁴. Ciononostante – come già accaduto in passato allorché erano stati conclusi accordi analoghi⁵ – sia Human Rights Watch sia l'Assistente del Segretario generale delle Nazioni Unite per i diritti umani Andrew Gilmour, hanno denunciato la prosecuzione, da parte del governo del Myanmar, delle operazioni avviate mesi addietro, sostenendo che fossero nel frattempo cambiate solo le modalità con le quali le stesse erano condotte e denunciando il fatto che si fosse passati dal «freezed blood-letting and mass rape of last year to a lower intensity campaign of terror and forced starvation that seems to be designed to drive the remaining Rohingya from their homes»⁶. A settembre 2018, la Pre-Trial Chamber I si è pronunciata in senso positivo, stabilendo che la Corte penale ha giurisdizione sui fatti in oggetto ed invitando il Procuratore ad espletare celermente la fase della *preliminary examination*⁷.

L'obiettivo del presente articolo è di esaminare alcune fondamentali questioni di carattere sostanziale e procedurale che la questione Rohingya solleva. Le prime attengono alla qualificazione delle condotte, ascrivibili ai membri dell'esercito e delle forze di polizia birmane, in quanto crimini sui quali la Corte ha giurisdizione; le seconde attengono invece agli aspetti più prettamente procedurali connessi con la richiesta inviata dal Procuratore,

² Cfr. UN High Commissioner for Human Rights Zeid Ra'ad Al Hussein highlights human rights concerns around the world in an address to the 36th session of the Human Rights Council in Geneva, 11 September 2017, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22044&LangID=E>.

³ Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, 9 April 2018, ICC-RoC46(3)-01/18-1.

⁴ Per il testo dell'accordo e del *Memorandum of understanding* cfr. <https://progressivevoicemyanmar.org/wp-content/uploads/2018/05/382854287-The-MOU-between-Myanmar-Government-and-UNDP-and-UNHCR.pdf>.

⁵ Amnesty International, *Myanmar. The Rohingya Minority: Fundamental Rights Denied*, 18 May 2004. Il rapporto poneva in evidenza come la campagna di rimpatri forzati dal Bangladesh, organizzata agli inizi degli anni '90 in esecuzione del *memorandum of Understanding* concluso nel 1993 tra i governi del Bangladesh e del Myanmar, pur essendo stata effettuata sotto la supervisione del UNHCR, aveva esposto i Rohingya, una volta riammessi sul territorio dello Stato, a nuove violenze e forme di discriminazione e di abusi da parte delle autorità del Myanmar.

⁶ Cfr. *Myanmar: Senior UN human rights official decries continued ethnic cleansing in Rakhine State*, <https://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22761&LangID=E>; *Myanmar-Bangladesh: Plan Puts Rohingya at Risk*, <https://www.hrw.org/news/2018/11/02/myanmar/bangladesh-plan-puts-rohingya-risk>.

⁷ Pre-Trial Chamber I, *Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"*, ICC-RoC46 (3)-01/18, 6 September 2018.

che appare inedita perché solleva per la prima volta il problema dell'esercizio della giurisdizione ai sensi dell'art. 19(3) dello Statuto della Corte. Gli aspetti della questione Rohingya – definita dal Procuratore come eccezionale – appaiono di particolare interesse perché nella loro peculiarità rappresentano un significativo banco di prova per la Corte, in un momento storico in cui il tema della “crisi” della Corte penale, del suo ruolo e della sua reale capacità di adempiere al mandato conferito sono oggetto di un ampio e vivace dibattito; sono altresì di interesse perché il caso Rohingya, può costituire un precedente sulla base del quale la giurisdizione della Corte potrebbe essere affermata in futuro in ordine a casi che presentino caratteristiche analoghe.

2. *Brevi cenni sull'origine del problema dei Rohingya in Myanmar*

Va preliminarmente considerato che il termine Rohingya è controverso: sebbene venga utilizzato sia a livello internazionale per indicare il gruppo etnico di religione islamica tradizionalmente presente nello Stato nord-occidentale del Rakhine (denominato Arakan fino al 1962), sia dagli stessi appartenenti al gruppo per auto-definirsi, i Rohingya non sono inclusi nel novero delle minoranze etniche ufficialmente riconosciute dal governo birmano. Altrettanto controversa è la questione relativa alle origini della presenza del gruppo nel territorio del paese: mentre i Rohingya sostengono di essere discendenti delle comunità arabe e persiane che si sono nel tempo, a seguito di varie ondate migratorie, stanziati nell'area nord-occidentale del Myanmar⁸, tra la popolazione birmana di religione buddista è invece piuttosto diffusa la percezione che i Rohingya siano degli immigrati – per lo più classificati come “irregolari” – provenienti dal Bangladesh, al cui tessuto etnico appartenerebbero e al quale sarebbero accomunati innanzitutto dal fatto di professare la fede islamica. Data la sua collocazione geografica, l'area del Rakhine è stata storicamente interessata da fenomeni migratori ciclici – peraltro ampiamente incoraggiati dall'amministrazione britannica durante il periodo della dominazione coloniale⁹ – che hanno influito sulla caratterizzazione etnica e religiosa dell'area¹⁰; allo stesso tempo proprio la peculiarità della minoranza Rohingya in termini etnico-religiosi, ha favorito il diffondersi di un generale sentimento di ostilità nei confronti del gruppo che, percepito come estraneo al tessuto etnico e religioso del paese, è diventato bersaglio di fenomeni ricorrenti di odio e violenza. Va poi evidenziato che sebbene in un contesto di carattere generale, la storia del

⁸ Cfr. A. WARE, C. LAOUTIDES, *Myanmar's "Rohingya" Conflict*, Oxford, 2018, spec. p. 67 ss.

⁹ La Gran Bretagna aveva infatti, per più di un secolo, garantito al Rakhine un certo grado di autonomia, incoraggiando al contempo – come del resto anche in altre aree dell'impero – fenomeni di migrazione interna di lavoratori provenienti da diverse regioni dell'India (Malabar, Punjab e Gujarat) e dal Bengala in particolare. Tale politica aveva dunque favorito lo spostamento e lo stanziamento di un numero consistente di immigrati – e dei correlativi nuclei parentali – nell'area in questione. A questo proposito è stato evidenziato che “at the beginning of the twentieth century, Indian immigrants were arriving at the rate of 250.000 per year (...) In Burma in 1921 there were 1 million Indians – half of them Muslims – as against a little more than 11 million Burmese”. Cfr. M. YEGAR, *The Muslims of Burma. A Study of a Minority Group*, Wiesbaden, 1972, p. 31 ss.

¹⁰ Va considerato che proprio il fattore etnico-religioso aveva giustificato la richiesta che la minoranza Rohingya, all'indomani della conquista dell'indipendenza nel 1948, aveva inoltrato all'Assemblea costituente birmana – incontrandone il rifiuto – perché la regione fosse incorporata nel Pakistan orientale, cioè lo Stato a maggioranza islamica sorto a seguito dell'indipendenza dell'India nel 1947 e della conseguente separazione tra i due nuovi Stati.

Myanmar post-coloniale sia stata contrassegnata dallo svilupparsi di conflitti interni che – in particolare con l'avvento del potere militare nel 1962 – hanno visto opporsi diversi gruppi etnici minoritari al governo centrale, la questione Rohingya presenta comunque delle peculiarità. Ciò che infatti caratterizza il rapporto tra la minoranza Rohingya e le autorità centrali è proprio il rifiuto opposto dal regime militare di riconoscere la stessa esistenza dei Rohingya in quanto gruppo dotato di una propria specifica identità etnica, religiosa e culturale; da qui, la conseguente scelta politica di utilizzare i diversi mezzi a disposizione – dalla violenza e dall'incitamento all'odio¹¹, agli strumenti di tipo più prettamente giuridico – per estromettere il gruppo dal tessuto nazionale ovvero per rendere la sua permanenza, nonché le condizioni di vita sul territorio dello Stato, oltremodo difficili¹². Sotto questo profilo, merita un cenno in particolare, l'adozione della legge sulla cittadinanza del 1982; quest'ultima infatti per il modo in cui è stata all'epoca concepita, ha prodotto il risultato di rendere la maggior parte dei Rohingya apolidi¹³. La naturale

¹¹ La campagna di incitamento all'odio e alla violenza è assai risalente e non è cessata nemmeno dopo le violenze dell'agosto 2017. Cfr. H. HINDSTRÖM, *The Freedom to Hate*, in *Foreign Policy*, 14 giugno 2012; F. WADE, *The Monks Who Hate Muslims*, *ivi*, 22 aprile 2013; *A Genocide Incited on Facebook, With Posts from Myanmar's Military*, *The New York Times*, 15 October 2018. Cfr. altresì The Canadian Parliament House of Commons, *Sentenced to a Slow Demise: The Plight of Myanmar's Rohingya Minority. Report of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Development*, June 2016.

¹² Cfr. S. HOQUE, *Myanmar's Democratic Transition: Opportunity for Transitional Justice to Address the Persecution of the Rohingya*, in *Emory International Law Review*, 2018, p. 551 ss.

¹³ La legge si basa su un criterio distintivo di tipo etnico-razziale ed individua una serie di gruppi etnici minoritari ai cui membri è riconosciuto lo *status* di cittadini ("full citizens") a condizione che possa essere provato che la presenza degli ascendenti sul territorio dello Stato risale al periodo precedente il 1823. Fra i gruppi etnici ufficialmente riconosciuti non sono annoverati i Rohingya, mentre vi rientrano etnie come quelle dei Kachin, dei Karen, degli Shan, dei Kayah, dei Mon, dei Chin e dei Burman. La legge individua dunque tre distinte tipologie di cittadini: i "full citizens" di cui si è detto, cui si aggiungono gli "associate citizens" ed i "naturalized citizens". Va considerato che mentre la naturalizzazione è procedura solitamente riservata agli stranieri e agli apolidi (gli interessati devono infatti dare prova della conoscenza di una delle lingue ufficiali del paese), vengono invece definiti "associate citizens" coloro che al momento dell'entrata in vigore della nuova legge risultavano aver presentato una richiesta (ancora pendente) di cittadinanza ai sensi di quanto previamente stabilito dalla legge del 1948. A questo proposito, merita sottolineare che solo un numero limitato di persone aveva inoltrato tale richiesta: la maggior parte infatti si era trovata in possesso, fino al 1962, di documenti di identità (la cosiddetta "National Registration Card"), rilasciati già durante il periodo dell'amministrazione coloniale, che attestavano il possesso della cittadinanza. Tali documenti avrebbero dovuto essere sostituiti con altri idonei a confermare il possesso della cittadinanza. In realtà tale procedura non è stata attivata in maniera uniforme e regolare e non necessariamente tutti coloro che tra il 1948 e il 1962 avevano ricevuto i documenti attestanti il possesso della cittadinanza si sono poi visti riconoscere il diritto a conservarla. Con particolare riferimento ai Rohingya, è stato posto in rilievo come dopo l'avvento della giunta militare al potere nel 1962, gran parte dei documenti di identità fossero stati requisiti col pretesto del rinnovo necessario alla luce della nuova normativa e mai sostituiti. Il possesso di tali documenti permetteva (e permette tutt'ora) l'accesso ai servizi essenziali, *in primis* cure ed istruzione, ma condiziona ovviamente anche l'accesso al lavoro nonché qualsiasi forma di spostamento. A ciò si aggiunge il fatto che qualche anno prima dell'approvazione della legge del 1982 – più recisamente nel 1978, a seguito della operazione militare denominata "Naga Min" e della conseguente fuga di oltre 250.000 Rohingya in Bangladesh – le autorità birmane avevano provveduto oltre che a confiscare beni, terre e proprietà di coloro che avevano trovato rifugio oltrefrontiera, anche a revocare lo status di cittadinanza. Ne è derivato che quando sul principio degli anni '90 parte dei rifugiati fece ritorno in Myanmar, ad essi e ai loro discendenti fu riservato il trattamento di immigrati illegali di origine bengalese. Cfr. M. M. HAQUE, *Rohingya Ethnic Muslim Minority and the 1982 Citizenship Law in Burma*, in *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2017, p. 454 ss.; A. A. ULLAH, *Rohingya Refugees to Bangladesh: Historical Exclusions and Contemporary Marginalization*, in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 2011, p. 139 ss.; H. K. MOHAJAN, *History of Rakhine State and the Origin of the Rohingya Muslims*, in *The Indonesian Journal of Southeast Asian Studies*, 2018, p. 19 ss.

condizione di vulnerabilità che solitamente si riconnette allo *status* di apolidia si è tradotta, nel caso dei Rohingya, nel sistematico diniego dei più basilari diritti: la diffusione del lavoro forzato e non retribuito sotto diverse forme, l'imposizione arbitraria di tasse e imposte, l'impossibilità di accedere alle cure e ai servizi di base, nonché gli abusi fisici, la violenza sessuale e le detenzioni arbitrarie sono stati costantemente oggetto di denunce e rapporti da parte degli osservatori internazionali¹⁴. Le restrizioni alla libertà di movimento così come il “confinamento” in villaggi controllati dalle forze di polizia o dall'esercito sono stati motivati ufficialmente con ragioni di sicurezza e di ordine pubblico. La situazione descritta ha dunque originato, in maniera ciclica e ricorrente, fenomeni di esodo forzato della minoranza Rohingya in particolare verso il vicino Bangladesh, nonché verso altri paesi dell'area, in particolare Thailandia, Malesia e Indonesia¹⁵. Esodi e rimpatri hanno dunque ciclicamente determinato l'insorgere di crisi umanitarie, fino all'ultima, quella del 2017, che ha raggiunto proporzioni fino ad allora inedite.

3. *Il problema della qualificazione giuridica: deportazione vs trasferimento forzato*

Quando nel settembre 2017 il Procuratore della Corte penale internazionale ha deciso di prendere in esame la questione Rohingya, si è trovato a dover affrontare la prima fondamentale questione, quella della giurisdizione della Corte, trattandosi di un caso che vedeva coinvolto principalmente uno Stato – il Myanmar – non parte dello Statuto della Corte. Come si avrà modo di precisare meglio allorché saranno affrontate le questioni di carattere procedurale, per individuare i presupposti della giurisdizione è stato necessario innanzitutto provvedere alla qualificazione delle condotte: si è ritenuto infatti che la giurisdizione potesse sussistere in considerazione del fatto che le condotte che avevano originato l'esodo di circa 1 milione di persone avevano avuto luogo sul territorio di uno Stato non membro ma avevano prodotto effetti sul territorio di uno Stato membro (cioè il Bangladesh). La richiesta presentata dal procuratore alla Pre-Trial Division, volta ad ottenere la pronuncia della Corte sulla giurisdizione, è imperniata su una serie di considerazioni relative alla natura transnazionale del crimine di deportazione ed è proprio l'elemento della transnazionalità che assume una valenza specifica sul piano dell'individuazione dei presupposti della giurisdizione.

Va preliminarmente considerato che il Procuratore fonda il proprio ragionamento su una norma dello Statuto della Corte penale – l'art. 7, in particolare il paragrafo (1)(d) – che contiene l'elencazione dei diversi crimini contro l'umanità. A tale proposito merita fare una prima considerazione relativa al mancato riferimento (anche) alla norma contenuta nell'art. 8 dello Statuto, dedicato ai crimini di guerra, e in particolare all'art. 8(2)(c) dedicato ai crimini commessi nel corso di conflitti armati non internazionali. Ciò potrebbe in parte sollevare qualche perplessità in considerazione del fatto che, come già rilevato sopra, la situazione interna al Myanmar, in particolare durante tutto il periodo della dittatura militare,

¹⁴ See Human Rights Watch, *Burma: The Rohingya Muslims: Ending a Cycle of Exodus?* September 1996; *Rohingya Refugees in Bangladesh: The Search for a Lasting Solution*, 1997; *Burmese Refugees in Bangladesh: Still No Durable Solution*, May 2000.

¹⁵ Amnesty International, *Myanmar. The Rohingya Minority: Fundamental Rights Denied*, 18 May 2004. Si veda altresì il rapporto pubblicato nel 2018 dalla *Independent International Fact Finding Mission on Myanmar*, nominata dal *Human Rights Council* delle Nazioni Unite nel 2011, A/HCR/39/64, 12 September 2018.

si è caratterizzata per la presenza di numerosi conflitti armati che hanno visto opposti diversi gruppi etnici minoritari al governo (e all'esercito) centrale¹⁶. L'approccio del Procuratore può essere spiegato tuttavia, alla luce di specifiche motivazioni politiche. Appare infatti verosimile che il Procuratore abbia ritenuto che una richiesta volta ad accertare la giurisdizione della Corte per crimini di guerra commessi nel corso di un conflitto armato interno, sarebbe apparsa, in assenza di un intervento da parte del Consiglio di Sicurezza in merito alla questione birmana¹⁷, non del tutto opportuna sul piano strettamente politico ed avrebbe reso ancora più ostico il percorso diretto ad individuare i presupposti per l'esercizio della giurisdizione della Corte.

Venendo all'analisi delle questioni di carattere sostanziale e dunque alla questione della qualificazione delle condotte in quanto rientranti nella nozione di crimine, occorre prendere le mosse dal fatto che il fenomeno della deportazione – per quanto certamente

¹⁶ Cfr. *supra*, p.3. V. altresì The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, *The War Report. Armed Conflicts in 2017*, March 2018, spec. p. 92 ss. Va peraltro evidenziato che nel 2015 l'Arakan Salvation Army non figurava tra i diversi gruppi etnici che ad ottobre 2015 avevano concluso con il governo centrale un accordo generale di cessate il fuoco: fra gli 8 gruppi etnici parte dell'accordo infatti figura l'ALP (Arakan Liberation Party), ma non l'Arakan Salvation Army.

¹⁷ Il Consiglio di Sicurezza infatti non solo non ha deferito alla Corte penale internazionale la questione birmana, ma si è finora astenuto dall'adozione di risoluzioni che prevedano l'adozione di specifiche misure ai sensi del Cap. VII della Carta ONU. Sull'assenza di una presa di posizione da parte del Consiglio di Sicurezza nei confronti della crisi in Myanmar si era pronunciata, già all'insorgere della crisi, Human Rights Watch (cfr. *How Long Will Un Security Council be Missing in Action on Burma?* 1 November 2017). Il rapporto di *Human Rights Watch* aveva seguito di poco l'iniziativa, intrapresa all'interno del Consiglio di Sicurezza da alcuni Stati membri, volta all'adozione di una risoluzione (il cui testo era stato predisposto dai rappresentanti di Regno Unito e Francia) sulla questione birmana. L'iniziativa era stata bloccata dall'opposizione dei rappresentanti di Cina e Russia e la successiva adozione di un *Presidential Statement* era stata evidentemente il risultato di un compromesso (cfr. S/PRST/2017/22, 22 November 2017). È noto altresì che quando a distanza di un anno, il 16 ottobre 2018, un gruppo di Stati membri del Consiglio di Sicurezza aveva proposto che il Capo della *Independent International Fact Finding Mission on Myanmar* (cfr. *supra*, nota 15, d'ora in poi *fact finding mission*) fosse invitato a tenere un *briefing* davanti al Consiglio di Sicurezza sulla situazione in Myanmar (cfr. UNDOC S/2018/926; <https://www.whatsinblue.org/2018/10/myanmar-briefing-1.php>), l'iniziativa era stata fortemente osteggiata, ancora una volta, sia dal rappresentante cinese sia dal rappresentante russo, che non solo avevano evidenziato la "non obiettività" della *fact finding mission*, ma avevano altresì sostenuto, adducendo ragioni di natura procedurale, che il Consiglio di Sicurezza non poteva essere chiamato a svolgere funzioni (quali l'essere direttamente coinvolto nell'attività delle *country-specific missions*) attribuite invece all'Assemblea generale. Il *briefing* aveva invece dato modo al capo della *fact finding mission* Marzuki Darusman, di reiterare la richiesta al Consiglio di Sicurezza perché intervenisse sia attraverso il *referral* alla Corte penale internazionale, sia attraverso l'adozione di *smart sanctions* nonché di un embargo sulle armi (cfr. SC/13552, 24 October 2018). Tale richiesta era stata avallata espressamente dai rappresentanti di alcuni Stati membri (fra cui Regno Unito, Paesi Bassi, Stati Uniti, Francia e Svezia), mentre i rappresentanti di Cina e Russia avevano ribadito che la soluzione del problema dovesse essere rimessa ad un accordo tra il Myanmar ed il Bangladesh. In quella circostanza, il rappresentante svedese aveva evidenziato come ad alcuni "small but important steps" compiuti dal Consiglio di Sicurezza – quali l'adozione del *Presidential Statement* del novembre 2017 e la visita ufficiale di alcuni membri del Consiglio in Myanmar ad aprile 2018 – non avessero fatto seguito effettivi progressi sul piano concreto. Un eventuale intervento del Consiglio di Sicurezza ai sensi del cap. VII della Carta avrebbe potuto consentire una qualificazione della situazione in Myanmar ed eventualmente la rilevazione dell'esistenza di un conflitto interno: a questo proposito va invece evidenziato che nel senso della sussistenza, perlomeno a partire dall'agosto 2017, di un conflitto armato interno nello Stato del Rakhine, si era pronunciata la *fact finding mission* che aveva precisato che la propria posizione risultava essere del tutto in linea con quanto stabilito dal *International Committee of the Red Cross* (cfr. A/HCR/39/64, cit. *supra*, nota 15, p. 4). Per quanto specificamente concerne le ragioni che stanno alla base della posizione assunta dalla Cina sulla questione birmana cfr. A. JOY, *Understanding China's Response to the Rakhine Crisis*, in *United States Institute for Peace, Special Report*, February 2018).

connaturato agli eventi bellici¹⁸ – è annoverato non solo tra i crimini di guerra ma anche tra i crimini contro l'umanità sia dagli Statuti che istituiscono i tribunali di Norimberga e Tokyo¹⁹ sia dalla IV Convenzione di Ginevra del 1949²⁰. Il consolidamento del divieto di deportazione nel diritto internazionale è poi confermato dal dettato normativo del primo Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977, che lo estende ai conflitti armati non internazionali (art. 85(4)(a)). In tempi più recenti norme che vietano la deportazione sia come crimine di guerra che come crimine contro l'umanità sono state inserite nel testo dello Statuto dei tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia (art. 2(g); art. 5(d)) e per il Ruanda (art. (3)(d)); compaiono altresì nel testo dello Statuto del tribunale per la Sierra Leone (art. 2(d)) e del tribunale speciale per l'Iraq (art. 12(a)(4)). Infine, anche lo Statuto della Corte penale internazionale annovera la deportazione tra i crimini di guerra – con riferimento sia ai conflitti armati internazionali (art. 8(2)(a)(vii)), sia ai conflitti interni (8(2)(b) (viii)) – nonché, come già rilevato, fra i crimini contro l'umanità (art. 7(1)(d)).

La qualificazione della deportazione in quanto crimine di guerra ovvero crimine contro l'umanità va valutata alla luce di alcuni elementi, il primo dei quali è rappresentato dal *tempus commissi delicti* e dunque dal collegamento degli atti con il conflitto armato internazionale o interno²¹. Il secondo elemento che rileva è quello relativo alla tipologia delle vittime che, nel caso dei crimini di guerra, devono poter essere definite come *persone protette* dal diritto internazionale umanitario, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 4 della IV Convenzione di Ginevra. Sul piano invece strettamente contenutistico, va rilevato che nessuno degli strumenti internazionali sopra menzionati – tenuto conto dei termini utilizzati che sono solitamente quelli di *deportation* o *transfer* – provvede a dare una definizione di deportazione. Una definizione non compare infatti nella IV Convenzione di Ginevra e nemmeno nei Protocolli addizionali²²; non provvede a fornirla nemmeno il Commentario alla IV Convenzione di Ginevra, sebbene in esso venga precisato che l'intento dei redattori nel formulare la norma relativa era stato quello di vietare quei massicci trasferimenti forzati di cui la seconda guerra mondiale aveva offerto numerosi, drammatici esempi²³.

¹⁸ A. DE ZAYAS, *Forced Population Transfer* (voce), in *Max P. Enc. Pub. Int. Law*, 2011, p. 165 ss.

¹⁹ Gli Statuti definiscono la deportazione come crimine di guerra e come crimine contro l'umanità rispettivamente agli artt. 6(b)(c) e 5(c).

²⁰ Artt. 49 e 147.

²¹ Con riferimento alla circostanza che i crimini contro l'umanità possono essere commessi anche in tempo di pace merita ricordare che il tribunale per la ex Jugoslavia (ICTY), ha affermato che pur dovendo tenere conto del fatto che ai sensi dello Statuto anche i crimini contro l'umanità si qualificano in virtù del nesso tra condotta e conflitto, occorre tenere altresì conto del fatto che ai sensi del diritto internazionale consuetudinario l'esistenza di tale nesso non è più ritenuta essenziale (cfr. ICTY, *Tadić*, Appeal Judgement, 1999, par. 249-251; *Kunarac*, Appeal Judgement, 2002, par. 83). Diversamente si atteggiano gli Statuti del tribunale per il Ruanda (ICTR) e della Corte penale internazionale che invece non richiedono l'esistenza di un nesso tra condotta e periodo di conflitto ed assumono dunque che i crimini possano avere luogo anche in periodo di pace.

²² Va peraltro evidenziato che il secondo Protocollo addizionale utilizza un termine ancora diverso, cioè *displacement*. Cfr. V. CHETAIL, *The Transfer and Deportation of Civilians*, in A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSOLI (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 1185 ss.

²³ «(...) It will suffice to mention that millions of human beings were torn from their homes, separated from their families and deported from their country, usually under inhumane conditions. These mass transfers took place for the greatest possible variety of reasons, mainly as a consequence of the formation of a forced labour service (...)». Si precisa altresì che il fatto che l'art. 49 della Convenzione vieti accanto alla deportazione anche il trasferimento *forzato* è dovuto alla circostanza che l'obiettivo dei redattori era di evitare che fosse previsto un divieto assoluto di trasferimento che avrebbe potuto come tale esplicare i suoi effetti anche nelle ipotesi in

L'eccezione è rappresentata dallo Statuto della Corte penale internazionale e dallo Statuto del tribunale speciale per l'Iraq: il primo, all'art. 8(2)(a)(vii), proibisce qualsiasi "unlawful deportation or transfer" e precisa altresì che costituisce un crimine di guerra in quanto violazione grave delle norme del diritto internazionale umanitario, il trasferimento ad opera della potenza occupante di parte della popolazione civile ovvero la deportazione o il trasferimento di tutta o parte della popolazione del territorio occupato «within or outside of this territory» (art. 8(2)(b)(viii))²⁴.

Sono poi gli *Elements of crimes* che precisano più nel dettaglio che per deportazione (o trasferimento forzato) debba intendersi il «forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law». Tale definizione è stata poi ripresa dallo Statuto del tribunale speciale per l'Iraq, che qualifica come *deportation or forcible transfer of population*, il «displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law» (art. 12(12)(d)).

La qualificazione poi della deportazione in quanto crimine contro l'umanità contiene degli elementi ulteriori, peraltro comuni in generale a tutti i crimini, che è quanto dire della circostanza che siano commessi «as a part of a widespread or systematic attack»²⁵ contro la popolazione civile, essendo quest'ultima l'obiettivo primario della medesima condotta. Quanto alla definizione di "attacco", l'art. 7(2)(a) dello Statuto della CPI precisa che per «attack directed against any civilian population» debba intendersi «a course of conduct involving the multiple commission of acts (...) against civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organisational policy to commit such attack»²⁶.

Tenuto conto del quadro normativo così delineato, merita considerare che un elemento su cui in particolare si è concentrata l'attenzione del Procuratore della Corte

cui il trasferimento di parti della popolazione sia volontario e motivato dal timore di subire discriminazioni o persecuzioni in ragione della propria appartenenza etnica, religiosa o politica. Cfr. International Committee of the Red Cross, *Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Commentary of 1958, Art. 49*, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/COM/380-600056?OpenDocument>.

²⁴ In merito ai conflitti armati interni, merita osservare che, al di là delle definizioni terminologiche e contenutistiche relative al concetto di conflitto armato interno (Cfr. D. AKANDE, *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts*, in E. WILMHURST (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts*, Oxford, 2012, p. 32-79), sia l'art. 17 del secondo Protocollo addizionale, sia lo Statuto della Corte penale (art. 8(2)(e)(viii)) definiscono la fattispecie indicando requisiti ulteriori rispetto a quelli previsti dalle norme applicabili ai conflitti armati internazionali. Compare infatti sia il riferimento alle necessità militari imperative, quali ragioni idonee a giustificare il trasferimento della popolazione, sia l'esistenza di un nesso tra trasferimento della popolazione e conflitto. Ancora più interessante è poi la circostanza che lo Statuto della Corte penale internazionale all'art. 8(2)(e)(viii) definisca il crimine non come semplice "displacement" ma come *ordine* di "displacement", facendo dunque intendere che sia l'ordine impartito a configurare il crimine con la conseguenza di limitare la responsabilità a colui che lo impartisce piuttosto che a colui che lo esegue. E' evidente inoltre che per poter qualificare certe condotte in quanto crimini di guerra occorre altresì che queste per le dimensioni e per le modalità con cui sono poste in essere superino una elevata soglia di gravità che consenta di distinguere tali condotte da altre che invece sono classificabili alla stregua di reati comuni come tali perseguibili, pur se commessi in periodo di conflitto armato, attraverso gli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento nazionale.

²⁵ Cfr. ICTY, *Kunarac*, Appeal Judgment, cit., par. 100; *Blaškić*, Appeal Judgment, 2004, parr. 103-116 e 135-139.

²⁶ Nello stesso senso, l'art. 12a dello Statuto per il tribunale speciale per l'Iraq stabilisce che «For the purposes of this Statute, 'crimes against humanity' means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack».

penale nella sua istanza relativa al caso Rohingya è quello relativo al fatto che la norma sul crimine di deportazione contenuta nello Statuto fa riferimento a due fattispecie distinte – *deportation or forcible transfer* – concepite in maniera alternativa: tale circostanza, ad avviso del Procuratore, fa intendere che le stesse si caratterizzano in virtù di elementi differenti. Il riferimento contestuale alle due fattispecie compare altresì negli *Element of crimes* senza che tuttavia siano forniti ulteriori elementi circa il criterio di distinzione, utile a differenziare le due ipotesi: in particolare, non è specificato *dove* è richiesto il crimine debba avvenire e *se* sia necessario che il trasferimento della popolazione avvenga attraverso una frontiera internazionale. In realtà i termini della questione che è quanto dire della definizione della linea di demarcazione tra deportazione e trasferimento forzato – sono stati oggetto di analisi da parte della giurisprudenza internazionale, in particolare del tribunale per la ex Jugoslavia: il giudice internazionale ha infatti posto in rilievo come l'elemento rappresentato dall'attraversamento di un confine internazionale – esistente *de jure* o *de facto* – serva a distinguere la deportazione dal trasferimento forzato, fenomeno quest'ultimo che, a differenza del primo, si origina e produce i suoi effetti all'interno dei confini dello Stato. L'orientamento del tribunale per la ex Jugoslavia – in particolare nel caso *Stakić*²⁷ e poi nei casi *Natalenić e Martinović*, *Krajišnik* e *Dordević*²⁸ – volto ad affermare che laddove esista un confine internazionale e attraverso tale confine si verifichi il trasferimento forzato, ci si trova in presenza di un fenomeno di deportazione, è stato successivamente confermato dalla Corte penale nel caso *Lubanga*²⁹.

E proprio l'attraversamento di una frontiera internazionale è l'elemento al quale il Procuratore della Corte penale ha attribuito uno specifico rilievo nel caso dei Rohingya: non solo tale elemento è utile a connotare il crimine di deportazione ai sensi dello Statuto, ma serve, perché idoneo nel suo prodursi a coinvolgere uno Stato membro la cui frontiera è attraversata, a radicare la giurisdizione della Corte. Gli altri, ulteriori elementi, utili a configurare il crimine di deportazione, non hanno nell'attuale fase, costituito l'oggetto dell'analisi del Procuratore: su di essi infatti, qualora la fase delle indagini sia avviata, sarà focalizzata l'analisi volta a rinvenire gli elementi costitutivi del crimine sia sotto il profilo dell'*actus reus* sia sotto quello della *mens rea*.

3.1 Gli (altri) elementi della deportazione: coazione, presenza legittima e illiceità delle misure adottate

Dalla definizione del crimine di deportazione di cui all'art. 7(2)(d) dello Statuto della Corte penale, si ricava che gli altri elementi caratterizzanti il crimine di deportazione sono rappresentati dalla coazione, dalla presenza legittima sul territorio dello Stato e dalla illiceità delle misure adottate.

²⁷ Cfr. ICTY, *Stakić*, Appeal Judgement, 2006, par. 278. Il giudice tuttavia non si è soffermato ad approfondire alcuni elementi, in particolare con riferimento al problema dell'attraversamento del confine non ha stabilito in quali termini e a quali condizioni un confine *de facto* possa essere equiparato ad uno stabilito *de jure*, circostanza che può assumere un particolare rilievo nelle ipotesi di conflitti interni in cui una delle parti in conflitto assuma il controllo di una parte del territorio, stabilendo *de facto* una linea di confine all'interno del medesimo Stato. Cfr. i rilievi mossi dalla Appeal Chamber nel caso *Dordević*, (2014), par. 535.

²⁸ Cfr. ICTY, *Natalenić e Martinović*, Appeal Judgement, 2006, parr. 152-154; *Krajišnik*, Appeal Judgment, 2009, parr. 304-305; *Dordević*, cit., parr. 533-536.

²⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, 2012, par. 609; *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeal Chamber, 2014, par. 305. In dottrina si veda G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*³, Oxford, 2014, p. 358-359; K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law*, Vol. II, Oxford, 2014, p. 85-87.

Analogamente a quanto evidenziato sopra, con riferimento al ruolo svolto dalla giurisprudenza internazionale in merito alla distinzione tra deportazione e trasferimento forzato, occorre rilevare che anche con riferimento alla individuazione degli altri elementi costitutivi del crimine di deportazione quella stessa giurisprudenza ha offerto un contributo assai significativo: quest'ultimo appare tanto più significativo in considerazione del fatto che, come già rilevato, gli Statuti dei tribunali speciali per la ex Jugoslavia e per il Ruanda non contengono, a differenza dello Statuto della Corte penale, disposizioni normative che indichino parametri di riferimento puntuali. Da questo punto di vista con riferimento innanzitutto alla coazione, è stato posto in evidenza che la deportazione – così come il trasferimento forzato – deve avvenire *contro* la volontà delle vittime. Il concetto di coazione è però da intendersi in senso lato: ciò che rileva infatti sono le circostanze, perché i mezzi di coazione cui si fa ricorso possono assumere diversa natura. Se da un lato è infatti evidente che il ricorso alla violenza sistematica, così come il creare un clima di intimidazione e terrore si riconnette chiaramente all'idea di coazione, dall'altro si qualificano come costrittivi anche i mezzi, diversi dal ricorso alla forza e alla violenza in senso stretto, che sono comunque idonei a porre le vittime in condizione di non poter scegliere, che è quanto dire di non avere alternative rispetto alla deportazione ovvero alla fuga³⁰. L'eventuale presenza del consenso deve dunque essere attentamente verificata perché potrebbe condurre ad escludere che ci si trovi in presenza di un crimine; per contro va attentamente valutata anche l'assenza del consenso, il che significa che deve essere accertato che questo, laddove prestato, sia effettivo e reale e non celi in realtà, una volontà contraria³¹.

Se la verifica dell'elemento della coazione – al di là ovviamente dei casi eclatanti in cui si sia fatto ricorso alla violenza e alla forza come nel caso Rohingya – potrebbe rivelarsi non del tutto pacifica, altrettanto problematica potrebbe essere quella degli altri elementi che contraddistinguono il crimine di deportazione. Sia la presenza legittima sul territorio dello Stato, sia l'illiceità delle misure adottate sono infatti condizioni che devono essere valutate alla luce di diversi parametri: è quanto dire della necessità che tale valutazione sia fatta alla luce dell'interazione tra diversi sistemi di norme, in considerazione del fatto che provvedimenti che pure potrebbero essere del tutto legittimi sul piano interno potrebbero non esserlo su quello internazionale, perché ad esempio in contrasto con norme che garantiscono la tutela dei diritti umani o i diritti di particolari categorie di individui, *in primis* rifugiati e apolidi.

Quanto al primo elemento, va evidenziato che la presenza legittima è un criterio che assume una valenza centrale in quanto serve ad escludere dall'ambito di applicazione della norma – e dunque dalla fattispecie deportazione – il caso di coloro che sono oggetto di procedure di espulsione perché non si trovano legittimamente sul territorio dello Stato. Da un punto di vista generale si presume che lo Stato sia nel pieno diritto di disporre la

³⁰ In questo senso si è chiaramente pronunciato il giudice internazionale allorché ha stabilito che “Forced is not to be interpreted in a restrictive manner, such as being limited to physical force” (cfr. ICTY, *Krnjelac*, Trial Judgment, 2002, par. 475) e che per coazione deve intendersi anche “(the) threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment” (cfr. ICTY, *Krstić*, Trial Judgment, 2001, par. 529). E' dunque fondamentale che il trasferimento non sia volontario e che la persona che lo subisce sia posta in condizione di non avere scelta (cfr. ICTY, *Stakić*, cit., par. 279; *Simić, Tadić, and Zarić*, Trial Judgment, 2003, par. 125).

³¹ Si veda la ricostruzione operata dalla Camera d'Appello del tribunale per la ex Jugoslavia nel caso *Krnjelac* (2005), par. 229.

deportazione ovvero l'espulsione di coloro che non siano in possesso dei requisiti richiesti dalla legislazione interna per risiedere sul territorio dello Stato, inteso il termine risiedere in senso lato. Le misure di espulsione contro gli stranieri in particolare, sono ammesse per quanto regolamentate dal diritto internazionale³². Fuori dalle ipotesi di provvedimenti adottati dallo Stato in condizioni di normalità e che abbiano ad oggetto specifiche (singole) situazioni – posto che, come si preciserà oltre, sussiste anche un generale divieto di espulsioni collettive – è chiaro che se si considera il fenomeno dell'espulsione, *rectius* della deportazione, in un'ottica di diritto internazionale penale ne deriva che lo stesso deve assumere le dimensioni e deve presentare le altre fondamentali caratteristiche proprie dei crimini. È in quest'ottica che la giurisprudenza internazionale ha dunque escluso – allorché ha dovuto giudicare in merito a fenomeni di deportazione in quanto crimini di guerra o contro l'umanità – che il parametro su cui misurare la legittimità della presenza dell'individuo sul territorio dello Stato possa essere rappresentato dalla (mera) residenza legale. Il giudice del tribunale per la *ex* Jugoslavia ha infatti attribuito al radicamento dell'individuo nel luogo in cui abitualmente vive una specifica centralità: il crimine di deportazione va considerato alla luce della specifica *ratio* del divieto, che non è solo quella di impedire che la persona sia forzatamente trasferita da un luogo ad un altro, ma anche quella di garantire a ciascun individuo il diritto a vivere nella propria casa e nella propria comunità, libero da qualsiasi interferenza esterna. Il tribunale osserva infatti che poiché «the clear intention of the prohibition against forcible transfer and deportation is to prevent civilians from being uprooted from their homes and to guard against the wholesale destruction of communities»³³, se ne deve ricavare che il regime di protezione si estende a coloro che potrebbero anche non trovarsi in possesso dei requisiti richiesti per legge ai fini dell'ottenimento della residenza: tale regime è in linea più generale diretto ad escludere solo coloro che «are occupying houses or premises unlawfully or illegally», senza che debba essere richiesto di dimostrare il possesso della residenza in quanto requisito basilare³⁴. Il trasferimento forzato così come lo sradicamento dell'individuo dal proprio territorio determinano pertanto l'insorgere della responsabilità di colui che perpetra il crimine, al di là ed oltre la destinazione fisica e il luogo in cui la persona è trasferita³⁵.

Il terzo elemento, quello della illegittimità della deportazione, cioè della mancanza di motivi che per il diritto internazionale potrebbero rendere lecita l'adozione delle misure di deportazione, può in parte essere riconnesso al precedente perché lo Stato potrebbe, come si vedrà a breve, fare della illegale presenza sul territorio dello Stato un presupposto sul quale fondare la legittimità delle misure di deportazione; in altri casi può invece acquisire

³² In merito ai limiti che il diritto internazionale pone alle procedure di espulsione si veda in generale il testo del progetto predisposto dalla Commissione di diritto internazionale in materia di espulsione degli stranieri (ILC, *Draft Articles on the expulsion of aliens with commentaries*, 2014, A/69/10, spec. art. 9) che contiene peraltro una serie di importanti richiami ai parametri richiamati dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Ahmadou Sadio Diallo* (ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo, République de Guinée v. République Démocratique du Congo*, 30 November 2010). In dottrina cfr. G. S. GOODWIN-GILL, *The Limits of the Power of Expulsion in Public International Law*, in *Br. YB Int. Law*, 1976, p. 55 ss.; R. B. LILICH, *The Human Rights of Alien in Contemporary International Law*, Manchester, 1984; M. A. YATES (ed.), *Immigrants and Illegal Aliens: Removal, Deterrence and Detention Issues*, New York, 2011; J. WOJNOWSKA-RADZIŃSKA, *The Right of an Alien to be Protected Against Arbitrary Expulsion in International Law*, Leiden-Boston, 2015; S. D. MURPHY, *The Expulsion of Aliens (Revisited) and Other Topics: The Sixty-Sixth Session of the International Law Commission*, in *Am. Jour. Int. Law*, 2015, p. 125 ss.

³³ Cfr. ICTY, *Popović*, Trial Judgment, 2010, par. 900.

³⁴ *Idem*.

³⁵ ICTY, *Krnjelac*, Appeal Judgement, cit., par. 218.

una specifica autonomia, come accade innanzitutto nel caso di crimini di guerra in cui la presenza di particolari “imperative military reasons” può servire a giustificare e rendere lecita la deportazione o il trasferimento forzato della popolazione³⁶.

Proprio con riferimento al nesso tra i requisiti della legittima presenza sul territorio dello Stato e la liceità delle misure di deportazione – il caso Rohingya pare assai significativo. È noto infatti che l’argomento maggiormente utilizzato dal governo birmano a giustificazione delle “misure” adottate nei confronti della minoranza Rohingya è stato, accanto a quello della risposta agli “attacchi terroristici” sferrati dall’Arakan Salvation Army, quello della presenza irregolare della maggior parte della popolazione Rohingya sul territorio dello Stato. Proprio l’elemento della presenza irregolare dei Rohingya sul territorio birmano appare particolarmente controverso e merita qualche considerazione, al di là evidentemente della constatazione che sarebbe sufficiente considerare le modalità con le quali le *clearance operations* sono state condotte per definire le stesse contrarie al diritto internazionale, anche nell’ipotesi in cui si volesse considerare legittima la deportazione dei Rohingya in quanto migranti irregolari³⁷.

Come si è già avuto modo di considerare, la questione della liceità delle misure di deportazione deve essere valutata sotto il profilo internazionalistico, perché provvedimenti in teoria legittimi sul piano interno, potrebbero non esserlo affatto sul piano internazionale. Da questo punto di vista occorre considerare che la presunta illegalità della presenza dei Rohingya sul territorio dello Stato va valutata in un contesto più ampio, in cui rileva innanzitutto l’adozione della già richiamata legge sulla cittadinanza del 1982 che, come evidenziato, ha prodotto il risultato di rendere gran parte degli appartenenti all’etnia Rohingya apolidi³⁸. Si può innanzitutto argomentare che la presenza (e la permanenza) sul territorio dello Stato di un individuo privo della cittadinanza perché apolide è del tutto conforme al diritto internazionale. Ed è altrettanto evidente che se lo Stato adotta – con specifiche finalità (come per es. la successiva espulsione dal territorio dello Stato) e sulla scorta di motivazioni legate all’appartenenza etnica, razziale e religiosa – provvedimenti idonei a privare l’individuo della cittadinanza, determinando così l’insorgere di uno stato di apolidia, tali provvedimenti risulteranno contrari a quel generale divieto di natura consuetudinaria relativo alla “arbitrary deprivation of nationality”³⁹. Riguardo poi

³⁶ Così la IV Convenzione di Ginevra all’art. 49.

³⁷ Cfr. *Mission report of OHCHR rapid response mission to Cox’s Bazar, Bangladesh*, cit.; OHCHR, *Brutal attacks on Rohingya meant to make their return almost impossible – UN Human Rights Report*, 11 October 2017.

³⁸ Cfr. *supra*, nota 13.

³⁹ UN Secretary General, report to the Human Rights Council, *Human rights and arbitrary deprivation of nationality*, A/HRC/13/34, 14 December 2009; Interparliamentary Union and UNHCR, *Nationality and Statelessness: A Handbook for Parliamentarians No 22*, 2014; UN Human Rights Council res. A/HRC/RES/32/5, 30 June 2016. È noto che per lungo tempo il diritto internazionale – il cui approccio è chiaramente riflesso in alcuni fondamentali passaggi della sentenza *Nottebohm* resa dalla Corte internazionale di giustizia nel 1955 (ICJ Reports, 1955, spec. par. 20) – ha considerato le questioni attinenti alla cittadinanza come rientranti nel dominio riservato dello Stato. In una prospettiva evolutiva tuttavia - ma tenuto conto che già la Convenzione dell’Aja del 1930 sulle questioni attinenti ai conflitti di leggi sulla cittadinanza aveva espresso il principio per cui il diritto dello Stato sovrano in quest’ambito è riconosciuto nella misura in cui il suo esercizio sia «consistent with international conventions, international custom and the principles of law generally recognized with regard to nationality» (art. 1) – tale materia è considerata come strettamente connessa con quella dei diritti umani, trovando l’attività dello Stato nella materia dei diritti umani, precisi limiti e parametri. In questo senso si è orientata la giurisprudenza internazionale, non solo allorché ha affermato che il concetto di cittadinanza debba essere inteso in senso ampio e debbano essere adeguatamente tenuti in considerazione i legami effettivi che l’individuo ha con il paese, al fine di evitare che l’individuo possa essere considerato “a

all'eventuale legittimità dei provvedimenti di espulsione va rilevato che, in considerazione della interrelazione esistente tra i diritti umani, la legittimità di tali provvedimenti va considerata in relazione alla idoneità degli stessi a pregiudicare altri fondamentali diritti della persona. Alcune norme, da quelle relative al divieto di espulsione dei propri cittadini⁴⁰

mere alien” (così CCPR, *Steward v. Canada*; *Nystrom v. Australia*) ma ha altresì affermato il principio (recepito anche in alcuni strumenti Convenzionali fra cui la “European Convention on Nationality” del 1997) per cui sullo Stato grava l'obbligo di garantire la cittadinanza alle persone nate sul proprio territorio che altrimenti risulterebbero apolidi (IACrHR, Cf. *Castillo Petruzzi et al. v. Perù*, 1999; *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, Advisory Opinion OC-4/84, 1984; *Yean and Bosico Children v. the Dominican Republic*, 2005, spec. Separate Opinion of the Judge A. A. Cançado Trindade; *Bronstein v. Perù*, 2001; African Commission on Human and Peoples' Rights, *Malawi African Association and Others v. Mauritania*, Comm. n. 54/91, 61/91, 98/93, 164/97 à 196/97 and 210/98 (2000); African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child, *Nubian Children v. Kenya*, 2011, che peraltro presenta per le peculiarità del caso non poche similitudini con il caso dei Rohingya; ECtHR, *Saadi v. UK*, 2008; *Andrejewa v. Latvia*, 2009; *Kuric and Others v. Slovenia*, 2012; *Amie and Others v. Bulgaria*, 2013). Parimenti, già da tempo si è diffuso il convincimento che con riferimento alla possibilità che lo Stato possa ricorrere a provvedimenti di ritiro della cittadinanza *en masse*, tali provvedimenti siano in contrasto con il diritto internazionale in quanto si ravvisa «an attempt by the State of nationality to evade the duty to receiving back their nationals (...)»; così ILC, *Report on Nationality, Including Statelessness by Mr. Manley O. Hudson, Special Rapporteur*, A/CN.4/50, 1952. Sulla denazionalizzazione come contraria ai «fundamental principles of the organization of the international community» anche la dottrina si è pronunciata già in epoca risalente (cfr. J. FISHER-WILLIAMS, *Denationalization*, in *Br. YB Int. Law*, 1927, p. 45 ss.; C. DUPUIS, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des Cours*, 1930, vol. 32, p.156 ss.; J. P. A. FRANÇOIS, *Le problème des apatrides*, in *Recueil des Cours*, 1935, vol. 53 p. 371-372. In seguito, P. WEISS, *Nationality and Statelessness in International Law*², Alphen aan den Rijn, 1979, p. 5; G. S. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons Between States*, Oxford, 1978, p. 21 ss.; W. T. WORTSTER, *International Law and the Expulsion of Individuals with More than One Nationality*, in *Ucla*, 2009, p. 423 ss.) fino ad affermare in epoca più recente che alcune forme di privazione della cittadinanza devono non solo essere considerate nell'ottica specifica propria di alcune norme sui diritti umani (*in primis* le norme sui rifugiati, perché laddove lo *status* di rifugiato vada a sommarsi allo *status* di apolide il problema acquista dimensioni ancora più complesse; cfr. P. J. SPIRO, *A New International Law of Citizenship*, in *Am. Jour. Int. Law* 2011, p. 694 ss.; H. LAMBERT, *Comparative Perspectives on Arbitrary Deprivation of Nationality and Refugee Status*, in *Int. Comp. Law Quar.*, 2015, p. 1 ss.; E. FRIPP, *Nationality and Statelessness in the International Law of Refugee Status*, London, 2016), ma possano essere più precisamente equiparate a forme di persecuzione. Sul punto cfr. S. GILLIAN, *Refugee Convention – Whether Deprivation of Citizenship Amounts to Persecution*, in *Journal of Immigration, Asylum & Nationality Law*, 2007, p. 347 ss.; S. FORBES, *Imagine There's No Country: Statelessness as Persecution in Light of Haile II*, in *Buffalo Law Review*, 2013, p. 699 ss.; D. C. BALUARTE, *Denationalization as Persecution – Using a Human Rights Approach to Refugee Law to Address the Stateless Legal Limbo in the United States*, Panel Paper, Global Forum on Statelessness, The Hague, September 2014; M. FULLERTON, *Comparative Perspectives on Statelessness and Persecution*, in *Kansas Law Review*, 2015, p. 862 ss.

⁴⁰ L'idea che tale norma sia radicata nel diritto internazionale era stata già affermata nei primi decenni del '900; la dottrina più risalente già aveva affermato che «la règle de non-expulsion des nationaux est incontestée» (cfr. C. DE BOECK, *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique*, in *Recueil des Cours*, 1927, vol. 18, p. 477; C. DUPUIS, cit., p. 156). Come è stato posto in rilievo, tale norma è intesa a garantire i diritti dello Stato sovrano prima ancora che del singolo individuo; in questo senso si è sostenuto che «When a national of one State is expelled to another State which has not consented to admit him, or when a State is prevented from returning a foreign national to the State of his nationality by the latter's refusal to receive him back, the foreign State may demand from the State of nationality that it should refrain from expulsion or, as the case may be, re-admit its national, on the ground of the duty of the State to grant to its nationals the right to reside on its territory (...)». Così P. WEISS, *Nationality and Statelessness in International Law*², 1979, p. 46. Ciò, in altri termini, significa che l'espulsione dei propri cittadini è vietata proprio nei limiti in cui la stessa produce effetti che si riverberano ed inficiano i diritti sovrani dello Stato che riceve la persona espulsa. Cfr. altresì United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, *The Right of Everyone to Leave Any Country, Including His Own and to Return to His Country*, E/CN.4/Sub.2/1988/35, June 1988. In dottrina si veda altresì, più di recente, J. F. DURAN-ALBA, *The Prohibition on Expelling and Depriving Nationals of the Right to Enter in Their Own State (Article 3 of Protocol 4)*, in J. GARCÍA-ROCA, P. SANTOLAYA (a

e al divieto di espulsioni collettive⁴¹, a quelle che impongono allo Stato il rispetto di specifici obblighi nell'adozione dei provvedimenti di espulsione⁴², in particolare quando tali provvedimenti abbiano quali destinatari rifugiati ed apolidi⁴³, paiono chiaramente radicate nel diritto internazionale così come è stato recentemente rilevato sia dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Diallo*⁴⁴, sia dalla Commissione di diritto internazionale nel progetto di articoli sull'espulsione degli stranieri⁴⁵.

Fra le norme citate, quella che vieta allo Stato l'espulsione dei propri cittadini, si attaglia chiaramente al caso dei Rohingya, anche qualora tale norma volesse intendersi in un'accezione ristretta che è quella che riconosce l'esistenza di tale divieto nei limiti in cui lo Stato è tenuto a non espellere i propri cittadini laddove non vi sia nessun altro Stato disposto ad accoglierli sul proprio territorio⁴⁶. Volendo infatti ragionevolmente considerare che nel caso dei Rohingya le vittime della deportazione non siano apolidi per la totalità, è indubbio che la deportazione di cittadini birmani di etnia Rohingya risulterebbe chiaramente in contrasto anche con la norma che vieta l'espulsione dei cittadini: ciò sembrerebbe confermato dalla circostanza che, come rilevato sopra, successivamente all'esodo in massa dei Rohingya, il Myanmar ed il Bangladesh hanno concluso uno specifico accordo destinato a determinare condizioni e modalità del ritorno di coloro che avevano varcato la frontiera bengalese. Tale accordo peraltro, se per un verso sembra dare

cura di), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Leiden, 2012, p. 625ss. Va infine rilevato che la regola è ormai incorporata anche in buona parte degli strumenti internazionali a tutela dei diritti dell'uomo (Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo art. 13; Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 12; 4° Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti umani, art. 3; Convenzione americana dei diritti dell'uomo, art. 12; Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, art. 12; Carta araba dei diritti dell'uomo, art. 27).

⁴¹ Tale divieto generalmente contemplato dagli strumenti a carattere regionale (art. 4 del 4° Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti umani; art. 22(9) della Convenzione americana dei diritti dell'uomo; art. 12(5) della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; art. 26(1) della Carta araba dei diritti dell'uomo) non è invece previsto dal Patto sui diritti civili e politici. Va tuttavia considerato che come ha avuto modo di affermare il Comitato sui diritti umani istituito dal Patto (CCPR), soccorre il disposto dell'art. 13 del Patto che, pur ammettendo che lo Stato abbia il diritto di decidere in merito all'espulsione degli stranieri – è ovvio infatti che fermo restando il divieto di espulsione dei propri cittadini, ne deriva che il divieto di espulsioni collettive riverbera i suoi effetti sui non-cittadini – tale diritto è tuttavia circoscritto entro una serie di limiti di carattere innanzitutto procedurale, volti a regolamentare l'attività dello Stato e ad evitare espulsioni arbitrarie (Committee on Civil and Political Rights, *General Comment 15/27 of 22 July 1986*, spec. par.9-10). Analoghe indicazioni sono contenute in apposite norme contenute nella Convenzione sullo status dei rifugiati (art. 32); nella Convenzione sull'apolidia (art. 31); nella Convenzione sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti (art. 22); nella Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (art. 12(5)); nella Convenzione americana sui diritti dell'uomo (art. 22(6)); nella Carta araba dei diritti dell'uomo (art. 26(2)) e nel 7° Protocollo addizionale alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo (art. 1).

⁴² In merito alle espulsioni degli stranieri e agli obblighi imposti allo Stato in materia cfr. altresì Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Rights of Non-citizens*, New York-Geneva, 2006; European Court of Human Rights, *Guide on Article 4 of Protocol No. 4 to the European Convention on Human Rights. Prohibition of collective expulsions of aliens*, 2018.

⁴³ Council of Europe *Recommendation 1547 (2002) on expulsion procedures in conformity with human rights and enforced with respect for safety and dignity*; Council of Europe, *Twenty Guidelines on Forced Return*, September 2005. Cfr. altresì Committee on Civil and Political Rights, *General Comment 15*, cit., par. 10; European Court of Human Rights, *Andric v. Sweden*, application no. 45917/99, 23 February 1999, par. 1; African Commission on Human and Peoples' Rights, *Rencontre Africaine pour la Défense des Droits de l'Homme c. Zambia*, Communication no. 71/92 (1996); *Union Inter-Africaine des Droits de l'Homme and others v. Angola*, communication no. 159/96 (1997).

⁴⁴ Cfr., *supra* nota 32.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Cfr. *The Right of Everyone to Leave Any Country*, E/CN.4/Sub.2/1988/35, cit., (*supra* nota 40), p. 25.

conferma dell'esistenza del divieto suddetto, dall'altro solleva ulteriori questioni di compatibilità con gli obblighi che gravano sullo Stato – in questo caso il Bangladesh – relativamente all'adozione di provvedimenti di rimpatrio verso uno Stato nel quale i destinatari dei provvedimenti potrebbero essere sottoposti a torture o trattamenti inumani e degradanti e nel quale anche le garanzie minime sulla tutela dei diritti dell'individuo potrebbero non essere assicurate, non avendo il Myanmar ratificato la maggior parte degli strumenti internazionali sui diritti umani⁴⁷.

Da ultimo pare opportuno un cenno ad alcuni parametri interpretativi utilizzati ancora una volta dal giudice internazionale che si ritiene possano trovare applicazione nel caso Rohingya: si intende fare riferimento sia al criterio – rilevante sotto il profilo della *mens rea* – della irrilevanza dell'intenzione di deportare in maniera permanente le vittime del crimine⁴⁸, sia al criterio – rilevante invece sotto il profilo dell'*actus reus* – della necessità di contestualizzare le condotte così da valutare attentamente gli effetti che queste producono sulle vittime⁴⁹. Il ricorso a tali parametri potrebbe dunque tornare utile, nel caso di specie, sotto diversi profili: innanzitutto perché potrebbe consentire di definire le condotte tenendo conto del risultato prodotto al di là dell'intenzione di chi ha agito di consolidare quel medesimo risultato nel tempo; in secondo luogo perché consentirebbe di collocare i fatti occorsi da ultimo in un contesto generale, dotato di una specifica valenza storica e politica, nel quale la sistematicità, la pianificazione e la non occasionalità della violenza non solo assurgono ad elementi distintivi dell'azione del governo birmano nei confronti della minoranza Rohingya, ma acquistano uno specifico rilievo proprio in relazione alla tipologia degli effetti che hanno prodotto nell'arco del tempo a carico degli individui appartenenti a tale minoranza.

4. *Deportazione e persecuzione*

Un'ulteriore questione che il caso *Rohingya* solleva è quella relativa al nesso individuabile tra crimini diversi, pur dotati di una propria specifica autonomia. Va infatti considerato che ai sensi di quanto stabilito dallo Statuto della Corte penale la deportazione costituisce in sé e per sé un crimine contro l'umanità; va altresì rilevato che se si guarda alla motivazione che sottende l'atto del deportare, si comprende come quest'ultimo, oltre ad avere una finalità propria, possa essere inserito in un contesto più ampio nel quale, sommandosi ad altre condotte, può dare luogo al crimine di persecuzione. Quest'ultimo infatti – che a sua volta è dotato di specifica autonomia, essendo ricompreso nel novero dei crimini contro l'umanità ai sensi dell'art. 7(1)(h) dello Statuto della Corte penale – si caratterizza per assumere i caratteri di una sorta di “ombrella crime”: ciò in altri termini

⁴⁷ Il Myanmar non ha sino al momento attuale ratificato nessuno dei fondamentali strumenti internazionali in materia di diritti umani che rilevano in particolare per gli aspetti considerati (dal Patto sui diritti civili e politici, alla Convenzione sullo status dei rifugiati, alla Convenzione sull'apolidia e alla Convenzione sulla riduzione dello status apolidia, alla Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale) né ha accettato i meccanismi di *inquiry procedure* previsti dai pochi trattati che ha provveduto a ratificare (e cioè il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, la Convenzione per l'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne, la Convenzione sui diritti del fanciullo nonché il Protocollo addizionale sul traffico di minori, prostituzione e pornografia a danno dei minori e la Convenzione sui diritti delle persone disabili).

⁴⁸ Sul punto cfr. ICTY, *Stakić*, cit., parr. 279-307; *Dordević*, cit., parr. 533-536; *Krajišnik*, cit., parr. 304-305.

⁴⁹ Cfr. *Natalelić and Martinović*, cit., *Partially Dissenting Opinion of Judge Schomburg*, parr. 25-26.

significa che la persecuzione può estrinsecarsi attraverso condotte che possono o possono anche non costituire di per sé dei crimini internazionali⁵⁰ ma che comportano la «intentional and severe deprivation of fundamental rights contrary to international law by reason of the identity of the group or collectivity»⁵¹.

All'individuazione degli elementi del crimine di persecuzione ha provveduto recentemente la camera d'Appello del *Mechanism for International Criminal Tribunals* che ha definito il crimine di persecuzione, alla luce dell'art.5(h) dello Statuto del tribunale per la ex Jugoslavia, come «an act or omission which: (i) discriminates in fact and which denies or infringes upon a fundamental right laid down in international customary or treaty law (*actus reus*); and (ii) was carried out deliberately with the intention to discriminate on one of the listed grounds, specifically race, religion, or politics (*mens rea*)»⁵². Il crimine di persecuzione si caratterizza dunque sotto il profilo dell'*actus reus* per il fatto di concretarsi in atti e condotte (i c.d. *underlying acts*) che, pur non dovendo necessariamente assumere i caratteri propri dei crimini internazionali, si concretano in violazioni di diritti fondamentali garantiti dal diritto internazionale. Sotto il profilo della *mens rea* invece, la persecuzione si caratterizza per essere tali condotte realizzate in maniera consapevole e con un preciso intento discriminatorio⁵³. Va da sé, infine, che per potersi definire tale, anche il crimine di persecuzione, o meglio gli atti nei quali si concreta, dovranno essere stati commessi in quanto parte di un attacco sistematico e pianificato contro la popolazione civile, sulla base di quella definizione di «attacco», contenuta nell'art. 7(2)(a) dello Statuto della Corte penale di cui si è già detto sopra⁵⁴.

Che la politica di persecuzione possa essere realizzata attraverso il ricorso a misure diverse è stato ampiamente provato dalla giurisprudenza, già a partire dal tribunale di Norimberga⁵⁵. Più di recente la giurisprudenza dei tribunali speciali – per il Ruanda e per la ex Jugoslavia in particolare – ha evidenziato che alcune condotte che integrano violazioni di diritti fondamentali della persona, garantiti dal diritto internazionale – ad es. limitazioni alla libertà di movimento, lavoro forzato, stupro, distruzione della proprietà etc. – per poter essere ricondotte al crimine di persecuzione devono essere lette nello specifico contesto in cui si verificano e valutate alla luce degli effetti che possono produrre, specie nei casi in cui condotte criminose diverse vengano poste in essere contestualmente⁵⁶. La classificazione che attribuisce autonomia al crimine di persecuzione ha, evidentemente, una ragion d'essere; nonostante la persecuzione possa infatti tradursi in comportamenti – gli *underlying acts* – che potrebbero già di per se essere classificati come crimini, il crimine in sé sussiste laddove alla base delle condotte in cui lo stesso si estrinseca sia individuabile un intento

⁵⁰ Cfr. ICTR, *Nabimana*, Appeal Judgement, 2007, par. 985, 987; ICTY *Popović*., Appeal Judgement, 2015, parr. 738, 766.

⁵¹ Statuto della Corte penale art. 7(2)(g).

⁵² MICT, Appeals Chamber, *Seselj, pro se*, 2018, par. 159.

⁵³ ICTY, *Popović*, cit., par. 713; *Šainović*, Appeal Judgement, 2014, par. 579; *Kordić & Čerkez*, Appeal Judgement, 2004, par. 112; *Krnjelac*, Appeal Judgement, cit., parr. 184; 221; *Kvočka*, Appeal Judgement, 2005, par. 319; ICTR, *Nabimana*, cit., parr. 985, 1026.

⁵⁴ Cfr. *supra*, p. 7.

⁵⁵ Cfr. *The United States et. al. v. Hermann Wilhelm Goering, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop et. al., Nazi Conspiracy and Aggression*, International Military Tribunal, 1 October 1946, p. 78-82, consultabile su http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1946.10.01_United_States_v_Goering.pdf.

⁵⁶ Cfr. ICTY, *Brđanin*, Trial Judgment, 2004, parr. 1049, 1050; *Popović*, cit., spec. parr. 713; 738; *Kvočka*, Appeal Judgment, 2005, parr. 324; 460; ICTR, *Nabimana*, cit., parr. 973-978; 987; *Šainović*, Appeal Judgement, 2014, par. 579. In dottrina cfr. F. POCAR, *Persecution as a Crime under International Criminal Law*, in *Journal of National Security Law and Policy*, 2008, p. 355 ss.

persecutorio. Ne deriva altresì che, proprio l'autonomia del crimine di persecuzione, così come dei singoli *underlying acts*, consente che possa essere invocata – laddove sussistano i requisiti richiesti per le singole fattispecie criminose e tenuto conto dello specifico contesto in cui si producono – la responsabilità per crimini diversi.⁵⁷

Nell'ambito degli *underlying acts* rientra evidentemente anche la deportazione. L'esistenza di un nesso tra deportazione e persecuzione va valutata con riferimento al caso concreto ma merita a tal proposito segnalare quanto affermato dal tribunale per la ex Jugoslavia. La Camera d'Appello nel caso *Krnojelac*, si è soffermata su alcune questioni attinenti al legame tra deportazione, espulsione, trasferimento forzato e persecuzione. Il giudice ha in quel caso contestato il fatto che la *Trial Chamber* dovendosi pronunciare sul trasferimento forzato sia all'interno dei confini della Bosnia-Erzegovina, sia oltre il confine con il Montenegro, di gruppi di uomini di religione musulmana, avesse utilizzato i termini di *expulsion* e *deportation* per qualificare le condotte ed avesse ommesso di considerare il nesso tra deportazione e persecuzione, trascurando dunque di considerare se la deportazione, nei casi in esame fosse più specificamente da considerarsi come un *underlying act*. Pur riconoscendo infatti che la formulazione dell'atto di accusa non appariva sotto questo profilo particolarmente precisa, la Camera d'Appello ha evidenziato che la stessa non lasciava comunque adito a dubbi circa il fatto che il Krnojelac fosse chiamato a rispondere del crimine di persecuzione, commesso attraverso il ricorso ad atti di deportazione e di trasferimento forzato sia all'interno dei confini della Bosnia-Erzegovina sia al di là dei medesimi⁵⁸. La Camera d'Appello ha analizzato i fatti nello specifico contesto in cui si erano prodotti ed è così giunta alla conclusione che gli atti di deportazione e di trasferimento forzato dei 35 detenuti musulmani verso il Montenegro erano stati commessi con un preciso intento discriminatorio: l'esistenza di un nesso tra la volontà di discriminare e l'atto del deportare ha dunque consentito alla Camera d'Appello di definire la deportazione come crimine che pur nella sua autonomia risulta in qualche modo funzionale rispetto al crimine di persecuzione⁵⁹.

Gli elementi individuati dal giudice internazionale sembra possano costituire, ancora una volta, dei parametri di riferimento utilizzabili nel caso Rohingya, al fine di rilevare la presenza di un collegamento tra deportazione e persecuzione. Per un verso infatti le condotte ascrivibili alle forze di polizia e all'esercito birmano – dalla distruzione di proprietà, agli incendi di villaggi, agli stupri, alle esecuzioni sommarie, ai trattamenti inumani, solo per citare gli atti cui fanno riferimento i documenti analizzati dal Procuratore – potrebbero di per sé integrare le ipotesi di crimini internazionali in quanto *underlying acts*: essendo tali atti diretti contro la popolazione Rohingya in ragione della sua specificità da un punto di vista etnico e religioso, questi potrebbero assumere la valenza di atti commessi con un chiaro intento discriminatorio e persecutorio. Per altri versi pare evidente che anche la deportazione possa essere vista nella sua diretta relazione con tali atti e dunque nel più ampio contesto del crimine di persecuzione. Ciò significa in altri termini che essendo

⁵⁷ In merito alle “cumulative convictions” che possono rendersi possibili nel momento in cui gli elementi che devono essere provati non sono gli stessi per ciascuna delle condotte poste in essere, v. ICTY, *Krajišnik*, cit., par. 388; *Kordić & Čerkez*, cit., par. 1039; ICTR, *Nahimana*, cit., par. 1032; *Bagosora et al.*, *Appeal Judgement*, 2011, par. 414.

⁵⁸ *Krnojelac*, *Appeal Judgement*, cit., par. 215.

⁵⁹ *Ibidem*, par. 234. La posizione assunta dalla camera d'Appello ricalca così quella già sostenuta da diverse *Trial Chambers* dello stesso tribunale che avevano appunto individuato l'esistenza di un nesso tra deportazione, trasferimento forzato e persecuzione. Cfr. *Blaškić*, cit., parr. 75-130, 234, 366, 380, 575 e 631; *Natalelić and Martinović*, cit., parr. 512-571 e 669-672. Così pure *Krstić*, cit., parr. 537-538.

l'intento persecutorio alla base della politica attuata dal governo birmano nei confronti della minoranza Rohingya, si può arguire che le diverse condotte sono state concepite in un contesto più ampio in cui la deportazione rappresenta un ulteriore e specifico strumento, funzionale rispetto alla estromissione fisica dal territorio nazionale del gruppo minoritario, destinatario di quelle medesime condotte. È quanto dire che sia la deportazione, sia i singoli atti in cui si sono concretate le specifiche violazioni dei diritti umani, possiedono tratti di autonomia ma al contempo appaiono strettamente collegati e si inseriscono nel contesto di una politica che il governo birmano attua da tempo con evidente continuità e sistematicità.

5. *Gli aspetti procedurali della questione Rohingya davanti alla Corte penale internazionale: la richiesta del Procuratore ex art. 19(3) dello Statuto*

Come si è detto in apertura, le dimensioni della crisi umanitaria originata dall'esodo della minoranza Rohingya verso il Bangladesh hanno indotto il Procuratore della Corte penale a presentare una richiesta alla Pre-Trial Division che è apparsa inedita perché per la prima volta il Procuratore, sulla base di quanto previsto dall'art. 19(3) dello Statuto, ha richiesto alla Corte l'esercizio di quella che è solitamente definita *kompetenz-kompetenz*.

La richiesta del Procuratore, ed il ragionamento ad essa sotteso, fa perno sul concetto di deportazione, considerato quest'ultimo nei suoi aspetti sostanziali. Le ragioni di tale scelta paiono piuttosto evidenti, in considerazione del fatto che non essendo il Myanmar parte dello Statuto della Corte, nessuna azione avrebbe potuto essere intentata – stante l'art. 12 dello Statuto⁶⁰ – se non ancorando alla natura transnazionale del crimine di deportazione e conseguentemente al criterio del *locus commissi delicti* la giurisdizione della Corte. Sotto questo profilo, il Procuratore ha attentamente evidenziato come l'art. 12 dello Statuto – per la parte in cui ricollega l'esercizio della giurisdizione al luogo (territorio dello Stato parte) in cui il crimine è commesso – debba essere interpretato alla luce del fatto che alcune condotte criminose si originano sul territorio di uno Stato e producono effetti sul territorio di un altro Stato. Per quanto la norma in questione non faccia espressamente riferimento a tale ipotesi⁶¹, il Procuratore ha evidenziato come il tratto comune a numerosi ordinamenti interni di Stati peraltro assai diversi per dislocazione geografica e sistema giuridico, sia quello di prevedere forme di esercizio della giurisdizione in ordine a reati che vengono commessi anche solo in parte sul territorio dello Stato; ha altresì posto in evidenza che durante i lavori preparatori dello Statuto gli Stati partecipanti avevano attentamente studiato una formulazione della norma che non risultasse in contrasto con tale orientamento⁶². Nel caso di specie, l'esercizio della giurisdizione della Corte in merito a fatti che originati sul territorio di uno Stato non membro (il Myanmar), sono solo in parte occorsi sul territorio di uno Stato membro (il Bangladesh), potrebbe dunque essere fondata su un'interpretazione dell'art. 12(2)(a) dello Statuto che tenga conto di diversi fattori: il

⁶⁰ La norma cumula i due criteri della territorialità dell'azione penale e della nazionalità attiva per stabilire che la Corte possa esercitare la giurisdizione in ordine a crimini commessi sul territorio di uno Stato parte ovvero commessi da un individuo avente la cittadinanza di uno Stato parte.

⁶¹ La norma infatti fa riferimento al luogo in cui «the conduct in question is occurred (...)», senza specificare se per *conduct* debba intendersi l'intera attività criminosa o anche solo alcuni comportamenti.

⁶² Application under regulation 46(3), Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute, ICC-RoC46(3)-01/18-1 09-04-2018, p. 8 ss.

primo è quello richiamato, relativo all'impostazione degli ordinamenti interni di un numero assai rilevante di Stati; il secondo è quello relativo al fatto che una concezione restrittiva dell'esercizio della giurisdizione ancorato ad un criterio rigido di territorialità non sembrerebbe supportata dall'aver un largo numero di Stati ratificato un altrettanto consistente numero di accordi internazionali che prevedono forme diverse di esercizio della giurisdizione che prescindono dal criterio della territorialità inteso in senso stretto. Un'interpretazione dell'art. 12 che tenga conto di tale pluralità di fattori ad avviso del Procuratore è necessaria tenuto conto che nel caso di alcuni reati, sia a causa della loro intrinseca natura – come nel caso della deportazione – sia a causa delle modalità attraverso cui si producono – come nel caso del *cross-borders shooting* espressamente citato dal Procuratore – l'elemento della transnazionalità e dunque del coinvolgimento del territorio di più Stati, caratterizza la fattispecie⁶³. L'elemento della transnazionalità richiama a sua volta la distinzione tra i due concetti di *conduct* e di *consequence of the conduct*: il Procuratore sottolinea infatti che per quanto si tratti di due concetti che possono essere tenuti distinti – dato che con riferimento a certe fattispecie, e fra queste la deportazione, gli elementi della condotta e delle conseguenze della condotta contribuiscono ad integrare la nozione di crimine – non vi è nulla che faccia ritenere che la formulazione dell'art. 12(2)(a) sia da intendersi in senso restrittivo e cioè nel senso che tenga conto solo della condotta e non anche delle conseguenze che questa produce. Sottolinea altresì che la formulazione dell'art. 12(2)(a) non offre particolari delucidazioni circa il fatto che sia necessario che i crimini su cui tale giurisdizione si esercita debbano essere commessi sul territorio dello Stato parte nella loro interezza o se è sufficiente che vi siano commessi anche solo parzialmente. Rispetto a questa “zona d'ombra” dunque l'interpretazione dell'art. 12(2)(a) dovrebbe essere intesa non in senso restrittivo ma piuttosto in modo da ammettere l'esercizio della giurisdizione anche nei casi in cui solo una parte della condotta criminosa abbia avuto luogo sul territorio dello Stato membro. Da questo punto di vista il Procuratore ha sostenuto che se anche si volesse accogliere l'ipotesi che la norma in esame sia stata formulata in maniera da limitare l'esercizio della giurisdizione, tale limite deve essere più precisamente inteso nel senso di escludere (solo) l'esercizio della giurisdizione universale e della giurisdizione basata sul criterio della nazionalità passiva, che altrimenti sarebbero ammissibili per il diritto internazionale consuetudinario, con riferimento alla maggior parte dei crimini elencati all'art. 5.

Accanto a tali considerazioni, il Procuratore ne aggiunge altre utili a rafforzare la sua tesi favorevole ad un'interpretazione dell'art. 12(2)(a) nel senso di cui sopra: in considerazione del fatto che resta fermo il carattere di sussidiarietà della giurisdizione della Corte e tenuto conto che la giurisdizione statale si estende a ricomprendere le ipotesi in cui anche solo una parte della fattispecie criminosa abbia avuto luogo sul territorio dello Stato, il Procuratore sottolinea l'incongruità di un'eventuale interpretazione dell'art. 12(2)(a) volta ad escludere che la giurisdizione della Corte, laddove sia quest'ultima ad esercitarla, possa essere intesa negli stessi termini in cui è inteso l'esercizio della giurisdizione statale. Una tale esclusione risulterebbe infatti ad avviso del Procuratore, in contrasto con la volontà dei redattori dello Statuto “to put an end to impunity” tramite la creazione di una Corte che

⁶³ In merito all'esercizio della giurisdizione su fatti occorsi fuori dal territorio dello Stato ma che producono effetti sul territorio del medesimo cfr. S. D. METZGER, *The "Effects" Doctrine of Jurisdiction*, in *Am. Jour. Int. Law*, 1967, p. 1015 ss.; H. L. BUXBAUM, *Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict*, in *Am. Jour. Comp. Law*, 2009, p. 631 ss.; C. RYNGAERT, *Territory in the Law of Jurisdiction: Imagining Alternatives*, in *Neth. YB Int. Law*, 2016, p. 57.

mantiene una funzione complementare proprio perché è sugli Stati che grava l'obbligo primario di repressione dei crimini internazionali.

Venendo alla questione della *kompetenz-kompetenz* disciplinata in particolare dall'art. 19(3), la norma prevede che il Procuratore possa sollevare «a question of jurisdiction or admissibility». La richiesta avanzata dal Procuratore nel caso Rohingya solleva la questione della giurisdizione ed è stata motivata invocando sia l'eccezionalità della situazione, sia la discrezionalità e l'indipendenza che l'art. 42 dello Statuto attribuisce al Procuratore nell'espletamento delle proprie funzioni. Quanto alla questione oggetto della richiesta e al problema temporale – è quanto dire della fase del procedimento nella quale l'eventuale richiesta deve essere presentata – l'art. 19(3) non offre indicazioni né precise né tantomeno limitative dei poteri e delle facoltà del Procuratore; quest'ultimo ha infatti sottolineato, quanto al primo aspetto, che la formulazione della norma è stata volutamente concepita in termini generici così da ammettere che la pronuncia della Corte possa riguardare questioni connesse sia alla “substantive jurisdiction”, così come alla “territorial” o alla “temporal jurisdiction”. Allo stesso modo, poiché l'art. 19(3) non offre indicazioni precise circa il momento o lo stadio del processo nel quale l'esercizio di tale competenza è ammesso, ad avviso del Procuratore si deve ritenere che la richiesta volta ad accertare la giurisdizione possa essere presentata in qualunque stadio, poiché limitare le possibilità di applicazione della norma allo stadio finale del processo significherebbe limitare significativamente l'efficacia della norma stessa⁶⁴.

5.1 *Segue: l'orientamento della Pre-Trial Chamber*

Allorché la Pre-trial Chamber I, cui è stata assegnata la richiesta del Procuratore, si è pronunciata, questa ha sostanzialmente condiviso l'impostazione della stessa richiesta sotto i diversi, principali profili. La Pre-trial Chamber ha innanzitutto evidenziato che l'esercizio della *kompetenz-kompetenz* è principio consolidato del diritto internazionale, ma è altresì una caratteristica che accomuna tutti i tribunali internazionali – ivi compresa la Corte penale – chiamati a decidere sul fondamento e l'estensione della propria competenza⁶⁵. Il principio

⁶⁴ Il Procuratore richiama a tale proposito la pronuncia della Appeal Chamber nel caso *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04, 13 July 2006, con la quale la Camera d'Appello aveva espressamente ammesso la possibilità che l'art. 19(3) trovi applicazione anche nella fase iniziale della procedura. Nello stesso senso cfr. *Situation in Darfur, Sudan*, ICC-02/05-01/07, 27 April 2007, par. 13. Va altresì considerato che la questione era stata affrontata durante i lavori preparatori ed era emersa l'opinione, ampiamente condivisa, che il problema dell'esercizio della giurisdizione avrebbe potuto essere sollevato in qualunque momento e «throughout all stages of the proceedings». Cfr. M. ABDU, *Art. 19*, in M. KLAMBERG (ed.), *Commentary on the Law of International Criminal Court*, Brussels, 2017, p. 268. Cfr. anche C. K. HALL, N. NSEREKO, M. J. VENTURA, *Article 19*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*³, München/Oxford/Baden Baden, 2016, p. 875.

⁶⁵ La Pre-Trial Chamber I fa riferimento a numerose pronunce; fra queste, Permanent Court of International Justice, (*Interpretation of the Greco-Turkish Agreement on December 1st, 1926 (Final Protocol, Article IV, 1928)*); ICJ, (*Nottebohm Case (1953)* e *Guinea-Bissau v. Senegal, 1991*); Inter-American Court of Human Rights, (*Constitutional Court v. Peru, 1999*; *Ivcher-Bronstein v. Peru (Competence) 1999*; *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago (Merits, Reparations and Costs) 2000*); Appellate Body of the WTO (*United States — Anti-Dumping Act of 1916, Report of the Appellate Body, 28 August 2000, WT/DS136/AB/R and WT/DS162/AB/R*); ICSID (*Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (Case No. ARB/81/2, 1985)*); ICTY (*Tadić, Appeals Chamber, Decision on the*

in questione, unitamente all'eccezionalità della situazione ed al fatto che la richiesta del Procuratore fosse apparsa tutt'altro che astratta, hanno dunque indotto la Pre-Trial Chamber ad accogliere l'istanza, ritenendo innanzitutto corretto il richiamo all'art. 19(3) quale norma di riferimento. Quanto poi alla *core question* rappresentata dall'estraneità del Myanmar allo Statuto della Corte penale – elemento quest'ultimo idoneo, ad avviso del governo birmano a pregiudicare l'esercizio della giurisdizione della Corte⁶⁶ – la Pre-Trial Chamber ha ripreso e ribadito le argomentazioni già utilizzate dal Procuratore: ha infatti posto l'accento sia sugli aspetti sostanziali relativi al crimine di deportazione – definito an "open-conduct" crime – sia sul collegamento tra la natura transnazionale del crimine in oggetto e la *ratio* dell'art. 12(2)(a)⁶⁷, per confermare la fondatezza del ragionamento del Procuratore. La Pre-Trial Chamber infatti ha evidenziato che il crimine di deportazione necessariamente implica che siano coinvolti gli spazi perlomeno di due Stati distinti; ciò considerato e tenuto conto che né l'art. 7 né l'art.12(2)(a) dello Statuto richiedono espressamente che gli Stati coinvolti siano *tutti* parte dello Statuto, trae la conclusione che il ragionamento del Procuratore che individua nel coinvolgimento del Bangladesh il presupposto necessario per l'esercizio della giurisdizione sia correttamente impostato.

Quanto alle questioni procedurali, la Pre-Trial Chamber ha rafforzato le argomentazioni del Procuratore, tramite un'interpretazione dei meccanismi procedurali – in particolare quelli previsti dall'art. 19(3) – che fa perno non solo sulla norma ora richiamata ma altresì su altre norme dello Statuto, *in primis* l'art. 15, che attribuiscono al Procuratore la competenza a valutare l'opportunità di avviare le indagini. Alcune questioni di carattere procedurale sono apparse di particolare rilievo e non a caso, hanno costituito l'oggetto della opinione parzialmente dissidente del giudice Perrin De Brichambout. Quest'ultimo ha infatti posto l'accento sulla prematurità della richiesta nell'ambito di un contesto generale in cui la vicenda processuale non aveva avuto inizio: ad avviso del giudice tale prematurità appariva confermata dalla circostanza che lo stesso Procuratore aveva definito la propria richiesta come inserita in un'attività di "pre-preliminary examination". Tale precisazione aveva dato spunto al giudice dissenziente per evidenziare che la richiesta del Procuratore appariva, rispetto allo stadio di evoluzione della causa, del tutto prematura e tale da porre la Pre-Trial Chamber in condizione di doversi esprimere su questioni di competenza astratte, non ancorate a situazioni concrete e prima ancora che la *preliminary examination* avesse definito i parametri della situazione⁶⁸.

Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 1995); Special Tribunal for Lebanon (*In the Matter of El Sayed*, Case No. CH/AC/2010/02, 2010).

⁶⁶ Le autorità birmane avevano rilevato che «the proposed claim for an extension of Court's jurisdiction contrasts the consensual approach underlying the ICC Statute and may very well reap serious consequences and exceed the well enshrined principle that the ICC is a body which operates on behalf of, and with the consent of State Parties which have signed and ratified the Rome Statute». Cfr. ICC-RoC46(3)-01/18, 6 September 2018, p.17.

⁶⁷ Cfr. *supra*, nota 61.

⁶⁸ Ad avviso del giudice (parzialmente) dissenziente, la prematurità della richiesta del Procuratore sarebbe da mettere in relazione con il fatto che questa è avvenuta "in uno stadio embrionale", prima ancora che si sia delineato un caso «ed in assenza sia di un mandato di arresto, sia di un mandato di comparizione davanti alla Corte». L'assenza di un "caso" che sia presente e definito e rispetto al quale non vi sono chiare indicazioni circa una precisa volontà del Procuratore di avviare le indagini, renderebbe impraticabile il ricorso all'art. 19(3) dello Statuto. Altrettanto discutibile è ritenuto il ricorso all'art. 119, in considerazione del fatto che la sua applicazione è prevista laddove vi sia una controversia dinanzi alla Corte. Sotto questo profilo, il giudice sottolinea come nonostante per la maggioranza dei membri della Pre-Trial Chamber sussista una controversia tra il Procuratore ed uno Stato non-membro (cioè il Myanmar), se ne deve dedurre che tale controversia si

La Pre-Trial Chamber invece, per quanto non si sia espressamente pronunciata sulla questione attinente allo stadio del procedimento nel quale può o dovrebbe essere sollevata la questione della giurisdizione – avendo verosimilmente considerato esaustivi i richiami alla pregressa giurisprudenza della Corte fatti dal Procuratore – ha sviluppato, rispetto al problema, un ragionamento diverso: ha infatti affermato che il problema della prematurità della richiesta ex art. 19(3) si risolve alla luce del fatto che non solo lo Statuto della Corte non contempla l'esistenza di una “pre-preliminary examination”, ma soprattutto che, al di là della definizione di “pre-preliminary examination” utilizzata dal Procuratore, una fase di *preliminary examination* doveva a tutti gli effetti considerarsi già avviata.

Se infatti si guarda al dettato sia dell'art. 15 dello Statuto – in particolare i paragrafi 1,2 e 6 – sia dell'art. 48 del regolamento di procedura, si evince che la fase definita di *preliminary examination* corrisponde alla fase precedente l'avvio delle indagini, in cui il Procuratore esamina la serietà, la gravità e la fondatezza delle informazioni in suo possesso, utilizzando i parametri offerti dall'art. 53(1)(a-c). Nel ragionamento del Procuratore, sciogliere il nodo della giurisdizione appare essere una preconditione per un successivo sviluppo della procedura, essendo la questione procedurale strettamente connessa con gli aspetti sostanziali della questione: dalla natura transnazionale del crimine infatti, e dunque dal coinvolgimento di uno Stato membro dello Statuto (il Bangladesh), deriva il riconoscimento della giurisdizione della Corte e di conseguenza anche l'avvio delle ulteriori fasi, che è quanto dire della fase preliminare. La Pre-Trial Chamber invece non sembra seguire il medesimo ragionamento e non sembra voler individuare un nesso imprescindibile tra il preventivo accertamento dell'esistenza della giurisdizione e il conseguente avvio della fase preliminare. Il ragionamento della Pre-trial Chamber pare invece aderente al dato reale, come si evince dal fatto che è preso in esame il contenuto dell'attività posta in essere fino a quel momento dal Procuratore e di tale attività si dà una lettura funzionale rispetto al complesso della situazione oggetto della richiesta. La Pre-Trial Chamber ha infatti evidenziato che nel momento in cui il Procuratore aveva inoltrato la propria richiesta ex art. 19(3), l'esame di un consistente numero di comunicazioni individuali, nonché di rapporti e documenti relativi ai (presunti) crimini era già stato effettuato, ai sensi di quanto previsto dall'art. 15 dello Statuto: nell'espletamento di tale attività, dunque il Procuratore aveva di fatto già dato avvio alla fase definibile come di “preliminary examination”⁶⁹.

La Pre-Trial Chamber pone altresì in evidenza che il Procuratore doveva avere necessariamente, almeno in parte, fatto perno sul criterio del “reasonable basis” previsto sia dall'art.15 (3), sia dall'art. 53(1)(a): è quanto dire che l'esame delle informazioni aveva già posto il Procuratore in condizione di ritenere che vi fossero ragionevoli motivi per ritenere che crimini previsti dallo Statuto fossero stati commessi o fossero in corso⁷⁰. Se dunque il criterio del “reasonable basis” aveva informato l'attività e le decisioni assunte dal Procuratore fino al momento considerato, ad avviso della Camera ne deriva che in

collochi al di fuori dell'istituzione e si basi su una serie di dichiarazioni delle parti «with no relation to the official findings presented to the Court», tenuto conto che il Myanmar ha rigettato l'invito a presentare le proprie osservazioni. Cfr. ICC, *Partially Dissenting Opinion of Judge Marc Perrin De Blichambant*, ICC-RoC46(3)-01/18-37-Anx 06-09-2018 1/21 RH PT, *passim*.

⁶⁹ Ad ulteriore riprova, la Pre-Trial Chamber evidenzia che lo stesso Procuratore nella sua richiesta aveva affermato che un'eventuale risposta positiva da parte della Pre-Trial Chamber, l'avrebbe posta in condizione «to continue her factual analysis and decide how to proceed [...] whether to seek authorisation to open an investigation». Cfr. Pre-Trial Chamber I, *Decision*, cit., par. 83.

⁷⁰ Art. 53(1)(a): «The information available to the prosecutor provides a reasonable basis to believe that a crime within the jurisdiction of the Court has been or is being committed (...)».

conformità a quanto previsto dall'art. 53(1), il Procuratore è tenuto ad avviare la fase investigativa perché questa serve ad appurare i fatti⁷¹.

In questo senso si comprende altresì perché la Pre-Trial Chamber abbia posto l'accento anche sull'esigenza di celerità che deve connotare la fase preliminare: il criterio del "reasonable basis" va infatti considerato come indicazione di uno standard minimo. Tale criterio, allorché si applica alla fase preliminare, deve essere inteso, ad avviso della Camera «as the lowest evidentiary standard provided for in the Statute»; ne deriva altresì che la fase preliminare deve caratterizzarsi per la celerità, non dovendo essere la stessa né conclusiva né esaustiva e dovendo invece essere – così come affermato dalla Pre-Trial Chamber III nel caso *Situation in the Central African Republic* – espletata celermente, «irrespective of its complexity»⁷². Tale impostazione è supportata peraltro dalla diversa ampiezza dei poteri conferiti al Procuratore ai sensi dell'art.54, nella fase investigativa vera e propria, che come tali richiedono il superamento di una soglia più elevata: è quanto dire che nella fase investigativa il criterio di cui all'art. 53(2) – "a sufficient basis for a prosecution" – è da intendersi come più consistente e, dovendosi lo stesso porre a fondamento di un eventuale mandato di arresto o di comparizione, è tale da richiedere un'evidenza probatoria rilevante⁷³.

Occorre infine evidenziare un ulteriore elemento al quale la Pre-Trial Chamber ha attribuito un'importanza centrale in quanto criterio informatore dell'attività e della funzione stessa della Corte e cioè il rispetto e la tutela dei diritti umani. Ribadendo quanto già affermato dalla Camera d'Appello nel caso *Lubanga*, la Pre-Trial Chamber sostiene che «the law applicable under the Statute must be interpreted as well as applied in accordance with internationally recognized human rights. Human rights underpin the Statute; every aspect of it, including the exercise of the jurisdiction of the Court»⁷⁴. Ne deriva pertanto che il Procuratore è investito della responsabilità «to respect the internationally recognized human rights of victims with regard to the conduct and result of her preliminary examination, especially the rights of victims to know the truth, to have access to justice and to request reparations, as already established in the jurisprudence of this Court»⁷⁵. L'approccio *human rights-oriented* della Pre-Trial Chamber traspare altresì dai frequenti

⁷¹ L'art. 53(1) prevede infatti che laddove il Procuratore, una volta assunte ed esaminate le informazioni ricevute «shall initiate an investigation», a meno che non ritenga che ci siano validi motivi per ritenere che non si debba procedere. L'utilizzo del termine *shall* nell'incipit della norma, secondo la Camera deve essere inteso nel senso che il Procuratore, una volta assunte le informazioni ed analizzata la documentazione in suo possesso, deve dare corso alla fase investigativa vera e propria, così da poter accertare i fatti. Cfr. Pre-Trial Chamber I, *Decision*, cit., par. 84.

⁷² ICC, Pre-Trial Chamber III, *Situation in the Central African Republic*, Decision requesting Information on the Status of the Preliminary Examination on the Situation in the Central African Republic, ICC-01/05-6, 30 November 2006, p. 4.

⁷³ Sempre la Pre-Trial Chamber II, nel caso *Situation in the Republic of Kenya Decision on Victims' Participation in Proceedings Related to the Situation in the Republic of Kenya*, 3 November 2010, ICC-01/09-24, ha affermato che lo standard di cui all'art. 53(1)(a) «was not designed to determine whether a particular person was involved in the commission of a crime within the jurisdiction of the Court, which may justify his arrest» (par. 32). Information «need not point towards only one conclusion» (par. 34). E ancora: «The standard implies that "the Chamber must be satisfied that there is a sensible or reasonable justification for a belief that a crime falling within the Court's jurisdiction 'has been or is being committed'"» (par. 35). Anche la dottrina ha definito il criterio del *reasonable basis (to proceed)* previsto sia dall'art. 15(3), sia dall'art. 53(1), come «the first step of a stairway which becomes stricter with every step taken towards trial and requires more profound evidence with each level». Cfr. I. STEGMILLER, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, Berlin, 2011, p. 253.

⁷⁴ Pre-Trial Chamber I, *Decision*, cit., par. 87.

⁷⁵ *Ibidem*, par. 88.

richiami alla giurisprudenza internazionale in materia di diritti dell'uomo che servono a rafforzare l'idea che la tempestività dell'intervento – che significa tempestività nell'avvio delle indagini – è fondamentale perché da essa dipende la possibilità che le vittime ottengano giustizia e siano risarcite per i danni sofferti.

6. *Conclusioni*

La questione Rohingya, ed i risvolti che questa ha assunto nell'ottica di un possibile intervento della Corte penale internazionale, offrono lo spunto per qualche riflessione.

La prima è che l'intervento del Procuratore, per quanto sia stato sollecitato dalla reazione della comunità internazionale – si allude non solo all'eco mediatica suscitata dall'entità e dalle modalità violente dell'azione militare da parte del governo birmano, ma soprattutto all'intervento di alcuni organi preminenti delle Nazioni Unite – è indicativo della volontà del Procuratore di non lasciare la Corte a margine di una vicenda che ha avuto gravi implicazioni sul piano delle violazioni dei diritti umani. A fronte delle difficoltà di carattere sostanziale e procedurale rappresentate innanzitutto dall'estraneità del Myanmar allo Statuto della Corte, il Procuratore ha comunque deciso di assumere un'iniziativa importante, sollevando per la prima volta una questione relativa alla giurisdizione della Corte ex art. 19(3) dello Statuto e motivando la richiesta con la peculiarità è l'eccezionalità della situazione.

L'iniziativa del Procuratore sembra poi essere stata sostenuta dalla Pre-trial Chamber che ha avallato la costruzione logica del Procuratore e le sue fondamentali argomentazioni fondate sull'individuazione di un nesso tra gli elementi sostanziali della fattispecie e i presupposti della giurisdizione. L'impostazione scelta dal Procuratore è stata infatti confermata dalla Pre-Trial Chamber innanzitutto sotto il profilo dell'individuazione della fattispecie: sotto questo profilo va rilevato che nonostante il riferimento – contenuto nel Rapporto dell'Alto Commissario per i diritti umani, ma anche nella documentazione fatta pervenire al Procuratore da varie fonti – alla “ethnic cleansing” in corso in Myanmar, il Procuratore ha scelto di focalizzare il proprio ragionamento sulla fattispecie “deportazione” che appariva quella più aderente al caso concreto perché più adatta, in virtù della transnazionalità, a radicare la giurisdizione della Corte. L'individuazione dei presupposti della giurisdizione è apparsa essere, logicamente, la preoccupazione primaria del Procuratore, bene consapevole del fatto che una volta accertata la giurisdizione della Corte, questa si estenderebbe anche sugli altri crimini, previsti dallo Statuto, che siano stati eventualmente commessi. Altrettanto consapevole è parso essere il Procuratore del fatto che, pure ottenendo l'avallo della Pre-Trial Chamber e pure riconosciuta la giurisdizione della Corte sulla questione in esame, vi saranno altri ostacoli da superare: non sembra infatti casuale che il Procuratore, una volta ottenuta la risposta positiva da parte della Pre-Trial Chamber in merito alla giurisdizione della Corte, abbia scelto un approccio prudentiale allorché dando ufficialmente notizia – nel settembre 2018 – della sua intenzione di avviare la successiva fase della *preliminary examination*, ha però tenuto a precisare che «A preliminary examination is not an investigation but a process of examining the information available in order to reach a fully informed determination on whether there

is a reasonable basis to proceed with an investigation»⁷⁶. Ciò da un lato dimostra che il Procuratore ha accolto i rilievi della Pre-Trial Chamber relativi al fatto che la *preliminary examination* doveva essere considerata come già avviata, dall'altro dimostra altresì che il Procuratore, prima di avviare la fase investigativa vera e propria ha ritenuto (e ritiene) di dover effettivamente valutare le possibilità concrete di dare corso all'azione giudiziaria. E' assai verosimile che il Myanmar, che fin dal primo istante ha chiarito che l'azione del Procuratore appariva in contrasto con il principio consensualistico che sottende il sistema dello Statuto della Corte penale, non darà mostra di una disponibilità a collaborare. Di conseguenza saranno non poche le difficoltà che si frapperanno alla conduzione delle indagini e alla raccolta di prove: tali difficoltà infatti derivano dall'essere stati, quella serie di atti da cui ha avuto origine la deportazione, commessi sul territorio di uno Stato non membro.

La seconda osservazione che ci sembra opportuna attiene all'eventuale, possibile impatto che l'indagine sul caso Rohingya potrebbe avere su casi futuri. Compito della Corte sarà infatti quello di dimostrare che l'attacco sferrato contro la popolazione Rohingya nel 2017, cui è seguito il passaggio di quasi 1 milione di persone attraverso la frontiera bengalese è parte di una politica sistematica che il governo birmano pone in atto da decenni con l'obiettivo di "espellere" dal tessuto etnico nazionale un gruppo minoritario considerato estraneo; si tratta di un banco di prova importante per la Corte perché la posizione che essa assumerà, potrebbe influenzare il futuro approccio in casi che potrebbero presentare elementi di similarità. È quanto dire che occorrerà una ponderazione attenta di tutti gli aspetti della questione in esame, perché quella definizione di "coercive environment" – formulata dal tribunale per la ex Jugoslavia – che si è rivelata essere un criterio di riferimento importante in alcuni casi di deportazione e che potrebbe assumere una valenza centrale anche nel caso Rohingya, potrebbe teoricamente essere intesa in maniera talmente elastica da consentire che qualsiasi fenomeno di dispersione di interi gruppi oltre le frontiere dello Stato, in particolare in concomitanza di eventi bellici, possa essere assimilato ad un fenomeno di deportazione.

La terza considerazione infine attiene al significato da attribuire alla scelta del Procuratore di agire *motu proprio*, in un'ottica di rivitalizzazione del ruolo attribuito alla Corte penale. Per un verso si potrebbe argomentare che tale scelta è stata in qualche modo imposta dalle circostanze, che è quanto dire dall'inerzia del Consiglio di Sicurezza peraltro spiegabile in termini prettamente politici, dati i solidi legami che intercorrono tra la Cina ed il governo birmano⁷⁷. Dall'altro, quella stessa scelta è indicativa della volontà di conferire nuovo impulso alla Corte, in un momento storico in cui l'ambizioso progetto di una giustizia internazionale penale – «the golden child of the international community»⁷⁸ – attraversa una fase di indubbia crisi, acuita dalle critiche mosse all'operato della Corte nonché dalle notifiche di recesso da parte di alcuni Stati membri⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. *Statement of ICC Prosecutor, Mrs Fatou Bensouda, on opening a Preliminary Examination concerning the alleged deportation of the Rohingya people from Myanmar to Bangladesh*, 18 September 2018.

⁷⁷ Cfr. *supra*, p. 5, nota 17.

⁷⁸ La definizione è di J. POWDERLY, *International Criminal Justice in an Age of Perpetual Crisis*, in *Leid. Jour. Int. Law*, 2019, 32, p. 1-11.

⁷⁹ Il recesso del Burundi (formalizzato il 27 ottobre 2017) e il recentissimo recesso delle Filippine (formalizzato il 18 marzo 2019) si sono accompagnati alle critiche che vari Stati africani – fra cui il Gambia e il Sud Africa (che aveva a sua volta notificato la decisione di recedere dallo Statuto, decisione poi ritirata ufficialmente il 7 marzo 2017) – avevano mosso alle scelte operate negli anni dalla Corte e alla sua

Si è già rilevato che la scelta del Procuratore di intervenire nella questione Rohingya è stata giustificata in termini di “eccezionalità” della situazione: l’intervento della Corte del resto è stato invocato fin dal primo momento dall’Alto Rappresentante per i diritti umani delle Nazioni Unite che ha continuato a chiedere il *referral* da parte del Consiglio di Sicurezza; con diverse modalità, anche il Rappresentante speciale delle Nazioni Unite per il Myanmar ha evidenziato la necessità che siano adottate misure al fine di «support and facilitate impartial, fair and independent international criminal proceedings in national or international courts or tribunals in accordance with international criminal law standards»⁸⁰. Il riferimento alla necessità di un intervento *comunque* concepito – a livello nazionale o internazionale che coinvolga “corti e tribunali internazionali”, intesi questi in senso ampio – sembrerebbe far trapelare l’esigenza di un coinvolgimento di tutti gli organi diversamente investiti della competenza a giudicare dei crimini e, potrebbe dirsi per estensione, delle gravi e massicce violazioni dei diritti umani. Il punto è valutare se all’intervento della Corte nella situazione dei Rohingya sia il Procuratore sia la Pre-Trial Chamber abbiano attribuito una specifica valenza nella prospettiva di una eventuale rivisitazione del ruolo della Corte. E’ quanto dire in altri termini, che resta da chiarire se ciò che ha mosso il procuratore ad agire può essere stata innanzitutto l’esigenza di riconoscere alla Corte un ruolo specifico, e dunque una capacità di intervento, in una situazione – quale è quella del Myanmar – in cui, data l’assenza di un qualsiasi meccanismo di controllo sulle violazioni dei diritti umani, le gravi violazioni commesse rischierebbero chiaramente di restare impuniti⁸¹.

Alcune argomentazioni potrebbero supportare una simile ipotesi. La prima è che sussiste una relazione tra norme relative alla repressione dei crimini internazionali e norme a tutela dei diritti umani, essendo i due sistemi di norme – per quanto ancorati a logiche di funzionamento diverse – ispirati entrambi dalla necessità di perseguire le violazioni dei diritti umani particolarmente gravi, rilevanti e concepite su larga scala. È infatti evidente che, ferma restando la differenza da un punto di vista teorico e sistematico tra violazioni gravi dei diritti umani e crimini internazionali, si tratta comunque – anche a non voler considerare il fatto che la linea di confine sul piano pratico può risultare sfumata – di categorie strettamente apparentate, come anche la stessa Corte penale ha avuto modo di considerare⁸².

La relazione di cui sopra emerge inoltre se si guarda al fatto che i due sistemi di norme sono complementari: in particolare si può notare che là dove meccanismi di controllo e monitoraggio sulle violazioni “ordinarie” sono presenti, l’esigenza di perseguire innanzitutto il crimine e l’individuo responsabile può cedere il passo all’esigenza di colpire lo Stato come autore delle violazioni. Quest’ultima infatti può rappresentare la via più facilmente perseguibile, perché la presenza di organi di controllo sulle violazioni dei diritti umani potrebbe sopperire al fatto che i meccanismi previsti per un intervento della Corte penale non siano, per diversi motivi, attivabili. In tali casi l’organo di controllo – il caso della Corte interamericana sotto questo profilo è assai significativo⁸³ – può provvedere a

propensione a concentrare l’attenzione sul continente africano. Per contro, la formalizzazione del recesso delle Filippine è stata preceduta di pochi giorni (4 marzo 2019) dall’adesione della Malesia.

⁸⁰ Cfr. A/HRC/37/70, 9 March 2018, cit., *supra*, nota 1, p. 19.

⁸¹ Come si è già rilevato, il Myanmar non solo non è parte dello Statuto della Corte penale, ma non ha nemmeno ratificato i principali trattati in materia di diritti umani. Cfr. *supra*, nota 47.

⁸² Ad es. nel caso Prosecutor v. *Katanga and Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008, par. 448.

⁸³ Cfr. *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (Judgment of 25.11.2003), *Plan de Sánchez Massacre with regard to Guatemala* (Judgment of 29.04.2004); *Mapiripán Massacre v. Colombia* (Judgment of 15.9.2005); *Pueblo Bello*

garantire e tutelare le vittime di violazioni dei diritti umani anche quando queste possiedono tratti che potrebbero essere quelli propri dei crimini, assicurando, se non la consegna degli autori dei crimini alla giustizia penale internazionale, perlomeno la tutela delle vittime e la riparazione del danno⁸⁴. Quella stessa complementarietà dunque potrebbe valere *a contrario* laddove si attribuisse alla Corte penale un ruolo, nelle ipotesi in cui violazioni gravi dei diritti umani si verificassero in contesti nei quali i sistemi di controllo previsti dagli strumenti internazionali a tutela dei diritti umani non dovessero risultare attivabili.

Ad una relazione tra tutela dei diritti umani e repressione dei crimini – e al conseguente ruolo individuabile in capo alla Corte – ha fatto del resto richiamo anche la Pre-Trial Chamber nei suoi *final remarks*: quest'ultima infatti ha da un lato evidenziato l'esistenza del nesso tra tutela dei diritti umani e ruolo della Corte allorché ha affermato che «Human rights underpin the Statute; every aspect of it, including the exercise of the jurisdiction of the Court» e dall'altro ha posto l'accento sul ruolo del Procuratore nel garantire il rispetto dei diritti delle vittime, del diritto a conoscere la verità, del diritto all'accesso al giudice e del diritto ad ottenere riparazione.

Da questo punto di vista, appare dunque legittimo domandarsi se i rilievi della Pre-Trial Chamber, relativi al rapporto tra diritti umani e norme dello Statuto, possano essere intesi come un *input* ad una rivitalizzazione del ruolo della Corte: una rivitalizzazione che potrebbe cioè passare attraverso un'interpretazione delle norme dello Statuto che in aderenza al caso di specie e per il tramite di un approccio “teleologico”, consenta di far ricorso proprio alle norme dello Statuto per garantire la tutela dei diritti fondamentali contro le violazioni particolarmente gravi e rilevanti, nei casi in cui – come quello del Myanmar – non sia possibile procedere altrimenti. In merito a questi possibili futuri sviluppi, il caso Rohingya rappresenta senza dubbio un interessante banco di prova: lo è tanto più, in quanto lo stesso è anche esemplificativo dei limiti che sono connaturati sia alla giustizia penale internazionale, sia al sistema di tutela dei diritti umani tutte le volte in cui gravi violazioni dei diritti umani si producono in contesti statali che si sottraggono alle diverse forme di controllo, perché gli Stati, intenzionalmente, restano estranei al sistema di accordi che le prevedono.

Massacre v. Colombia (Judgement of 31.1.2006); “Las Dos Erres” *Massacre v. Guatemala* (Judgement of 24.11.2009); *Rio Negro Massacres v. Guatemala* (Judgement of 4.9.2012); *The Santo Domingo Massacre v. Colombia* (Judgement of 30.11. 2012).

⁸⁴ Vale la pena richiamare quanto affermato dal giudice Cançado Trindade nella sua lunga *separate opinion* nel caso *Mapiripán Massacre*: «(...) In my view, examination, in recent years, of cases of massacres, heard both by international criminal courts and by international human rights courts, must, in our days, involve greater rapprochement or convergence between international criminal responsibility of individuals and international responsibility of the States, respectively, which in my opinion are essentially complementary (...)» (par. 39).