



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 2/2020

1. RIFLESSIONI A MARGINE DELL'ORDINANZA DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA SULLE MISURE PROVVISORIE NEL CASO *GAMBIA C. MYANMAR*

Application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Order on the request for the indication on provisional measures

1. Introduzione

Il 23 gennaio 2020, la Corte internazionale di giustizia ha adottato l'ordinanza sulle misure provvisorie nella vicenda che vede contrapposte la Repubblica del Gambia e la Repubblica del Myanmar, relativa a una controversia sull'applicazione della convenzione sulla prevenzione e repressione del genocidio del 1948. Non è la prima volta che una controversia tra due Stati riguardante l'applicazione della convenzione viene portata all'attenzione della Corte (si vedano i casi *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* e *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*), ma è la prima volta in cui il ricorso è promosso da uno Stato non direttamente leso da una presunta violazione della convenzione (il Gambia).

In particolare, la vicenda riguarda i fatti accaduti, e in parte ancora in corso, nella Repubblica del Myanmar, dove da decenni la popolazione di etnia Rohingya è soggetta a forti discriminazioni che tuttavia, negli ultimi anni, si sono intensificate fino a includere atti di violenza, atrocità diffuse e, più in generale, gravissime violazioni dei diritti umani. In Myanmar, infatti, i Rohingya vivono in una situazione di sostanziale 'invisibilità giuridica' causata dal fatto che non possono ottenere la cittadinanza birmana, ai sensi della legge sulla cittadinanza del 1982, poiché esclusi dal novero delle 135 etnie riconosciute in cui rientrano coloro i quali hanno diritto a essere cittadini. I Rohingya sono infatti percepiti come una etnia 'straniera' e sono sempre stati visti con sguardo circospetto anche per via della religione che professano, musulmana, in uno Stato a larghissima maggioranza buddista. A partire da ottobre 2016, tuttavia, la situazione si è aggravata fino sostanzialmente a degenerare quando le autorità birmane hanno dato il via alle c.d. 'clearance operations' contro i villaggi situati nello stato di Rakhine. L'episodio che ha scatenato la prima ondata di violenza è stato l'attacco di un gruppo di Rohingya contro alcuni posti di blocco della polizia locale, verificatosi il 9 ottobre 2016. Dichiarate terminate nel febbraio 2017, le ostilità sono riprese ad agosto dello stesso anno a seguito dell'intensificarsi nell'area delle attività di un gruppo armato, l'*Arakan Rohingya Salvation Army*, ai cui attacchi sporadici le autorità militari dello Stato hanno reagito con estrema violenza, come narrato ampiamente nei rapporti adottati a settembre 2018 e agosto 2019 dalla *Independent International Fact-*

[Finding Mission](#) incaricata dal Consiglio dei diritti umani nel marzo 2017 di indagare sui fatti in corso in Myanmar.

Le autorità birmane negano di aver commesso atrocità in maniera sistematica, contestano le provocazioni da parte dei gruppi armati Rohingya e una narrazione dei fatti da parte, riconducendo eventuali vittime a eccessi di violenza non intenzionali e commessi da ambo le parti, nel corso degli scontri armati. Nondimeno, i rapporti sopra citati che, piuttosto copiosamente e dettagliatamente descrivono le atrocità commesse nello Stato di Rakhine, non lasciano dubbi: sono in atto sistematiche violazioni dei diritti umani e gravi oltraggi alla dignità delle persone che vivono nell'area, compiuti con un'intensità e brutalità preoccupanti.

Il Gambia, sottoponendo questi fatti al giudizio della Corte, chiede che sia accertata la responsabilità del Myanmar per aver violato la Convenzione sulla prevenzione e repressione del genocidio. È senz'altro difficile negare l'esistenza di queste atrocità, ormai ampiamente documentate, ma sono nondimeno molti i quesiti che si pongono all'attenzione della Corte e che i giudici dell'Aja sono chiamati a risolvere, quanto al merito della controversia. Primo tra tutti, verificare se si tratta effettivamente di atti di genocidio e, in tal caso, accertare il dolo specifico che deve accompagnare gli atti contestati dal Gambia. Ma c'è da chiedersi anche quale grado di intento sia necessario dimostrare nella fase del procedimento che si limita all'adozione di misure cautelari nonché a quale titolo il Gambia ricorra alla Corte internazionale di giustizia in ragione degli obblighi previsti dalla convenzione del 1948.

2. *Le misure provvisorie richieste e adottate*

Nell'ordinanza in esame, la Corte ha ritenuto, unanimemente, di accogliere quasi tutte le misure provvisorie richieste dal Gambia. La Corte ha riaffermato l'obbligo del Myanmar di fare tutto ciò che è in suo potere per prevenire atti di genocidio, da parte del proprio esercito e di unità armate che possano essere da esso supportate o dirette (§86, punto 2 dell'*Order for Provisional measures*). Inoltre, ha, per la prima volta, ordinato di adottare misure efficaci per prevenire la distruzione di prove e indizi che possano essere utili nell'accertamento delle accuse mosse dal Gambia (*ibid.*, punto 3 dell'*Order for Provisional measures*). Questa misura è da accogliere con particolare favore perché stabilisce un obbligo ulteriore per le autorità birmane e rappresenta un'innovazione interessante, non soltanto alla luce dell'esperienza del genocidio in Bosnia, ove la pratica di occultare le prove del genocidio è stata tragicamente comune, ma anche in ragione delle vicende documentate in Birmania, dove gli incendi spesso appiccati alle case dei Rohingya potrebbero essere sì una drammatica traccia delle atrocità commesse, ma anche uno strumento per distruggere le prove di quanto compiuto.

È rilevante inoltre gettare lo sguardo sulle misure che la Corte ha rifiutato di accogliere.

In primo luogo, la Corte ha deciso di non imporre misure ulteriori atte ad assicurare l'osservanza dell'obbligo di non fare nulla che possa aggravare la controversia: senza specificare dettagliatamente i motivi, la Corte ha affermato di non ritenerne necessaria l'adozione. Considerando la natura generale di questo provvedimento, la decisione di espungere tale misura da quelle adottate potrebbe sorprendere. Si può ritenere che, in ragione della loro natura generica, avendo i giudici già adottato misure molto più specifiche, imporre anche misure ulteriori relative all'obbligo di non aggravare la controversia non avrebbe aggiunto alcuna significativa misura protettiva per il gruppo a rischio di genocidio. D'altra parte, la *ratio* per l'eventuale adozione di questa misura avrebbe potuto anche essere rintracciata in una differente lettura del provvedimento. Infatti, poiché le misure provvisorie adottate in questa sede sono molto specifiche, adottare una misura di natura

così generale avrebbe in effetti consentito una maggiore protezione del gruppo vulnerabile, consentendo al Gambia di contestare in via residuale la violazione di quest'obbligo, qualora i comportamenti del Myanmar, in violazione della Convenzione, non potessero essere precisamente riconducibili nell'alveo delle altre misure provvisorie adottate. In questo senso, una eventuale reiterazione della condotta illecita avrebbe costituito se non una violazione degli obblighi in materia di prevenzione e repressione del genocidio, almeno un comportamento che, di fatto, contribuisce ad acuire la controversia tra le Parti.

In secondo luogo, la Corte, come si vedrà più avanti, ha deciso di non accogliere la misura che avrebbe obbligato il Myanmar ad assicurare l'accesso sul proprio territorio e la cooperazione delle autorità statali con tutte le missioni di *fact-finding* incaricate di indagare su possibili atti di genocidio contro i Rohingya. A ben vedere, non sorprende che la Corte abbia rifiutato di accogliere questa richiesta, data la gravosità di un obbligo di questo tipo oltre alla sostanziale possibilità di raccogliere documentazione molto sostanziosa mediante altre strade, ad esempio accedendo al territorio degli Stati limitrofi del Myanmar, anche entrando in contatto con le numerose vittime in Stati quali Bangladesh e Thailandia, come dimostrano i rapporti già adottati dalla *fact-finding mission* del Consiglio dei diritti umani.

Per valutare la necessità di adottare o meno le misure provvisorie richieste, la Corte ha condotto un ragionamento che non si discosta molto dalla prassi più recente, valutando l'esistenza di una controversia tra le parti (*Order for Provisional measures*, §20-31), il *locus standi* del Gambia (*ibid.*, §39-42), la plausibilità delle violazioni lamentate da questo Stato (*ibid.*, §43-56) e il rischio di un pregiudizio irreparabile per le vittime della violazione, qualora le misure richieste dal ricorrente non fossero adottate (*ibid.*, §64-75). Alcuni di questi passaggi sollevano questioni interpretative particolarmente rilevanti, quali il *locus standi* del Gambia e l'esame della plausibilità delle accuse da questo mosse al Myanmar.

3. Il locus standi del Gambia

Al di là dei motivi che possono aver spinto il Gambia a presentare un ricorso alla Corte internazionale di giustizia, per contestare dei fatti in cui questo Stato non è coinvolto direttamente, il caso presenta spunti di riflessione interessanti in relazione alla natura *erga omnes partes* delle disposizioni contenute nella convenzione del 1948 e, di conseguenza, al *locus standi* (o *legal standing*) che uno Stato non direttamente leso può avere in relazione alla vicenda che sottopone al giudizio della Corte.

Generalmente, infatti, posta l'esistenza di una controversia tra le Parti, al fine di formulare validamente un ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale internazionale occorre che il ricorrente dimostri un interesse diretto che giustifica il suo interesse ad agire. Tale requisito assume caratteri particolari nel caso in cui ci si trovi di fronte a obblighi *erga omnes* o *erga omnes partes*. Essi, nel primo caso, costituiscono obblighi che ciascuno Stato ha nei confronti della comunità internazionale nel suo complesso e, nel secondo, obblighi che, nel quadro di un trattato multilaterale, sono dovuti collettivamente a tutti gli Stati contraenti. Caso emblematico sono le disposizioni contenute nella Convenzione sulla prevenzione e repressione del genocidio che mirano a tutelare un interesse comune della comunità internazionale nel suo insieme e non un interesse specifico delle Parti (si veda, sul punto, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23*). Inoltre, già nel parere del 1951, la Corte aveva osservato che è proprio l'interesse comune di tutti gli Stati Parti alla realizzazione degli obiettivi della convenzione la ragion d'essere di questo strumento, non un particolare interesse che lo Stato Parte singolarmente possiede (*ibid.*, p. 12). Ciò non implica che un interesse di questo tipo non possa esistere (si pensi al già richiamato caso sul genocidio in Bosnia), ma che esso assuma connotati diversi dall'interesse dello Stato direttamente leso dalla commissione del genocidio.

Nel caso di specie manca uno specifico interesse del Gambia ad agire in qualità di Stato leso e ciò è ammesso dallo stesso ricorrente. Questo Stato ha fondato il proprio ricorso sulla base di un generico interesse al rispetto degli obblighi della convenzione e alla tutela degli interessi delle vittime di atti così gravi (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar), Application instituting proceedings and request for provisional measures*, §124-125). La Corte ha accolto questa interpretazione, sebbene l'esame di questo particolare aspetto sia estremamente conciso. A supporto della propria decisione, la Corte ha richiamato l'interpretazione precedentemente data alle disposizioni della convenzione contro la tortura (1984) nel caso relativo all'obbligo *aut dedere aut iudicare* (*Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, 20 July 2012, I.C.J. Reports, 2012, p. 422*), in cui la Corte aveva evidenziato le analogie tra le disposizioni della convenzione contro la tortura e quelle della convenzione sul genocidio, interpretandole entrambe come disposizioni che generano obblighi *erga omnes partes* «*in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given cases*» (*ibid.*, §68). In entrambi i casi da ciò la Corte fa discendere la facoltà di ogni Stato Parte al trattato di invocare la responsabilità di un altro Stato per la presunta violazione dell'obbligo *erga omnes*, con il solo scopo di porre fine a questa violazione, senza che occorra dimostrare uno specifico interesse ad agire.

Due particolari aspetti avrebbero probabilmente meritato maggiore attenzione. In primo luogo, avrebbe forse giovato alla solidità delle argomentazioni della Corte un riconoscimento esplicito delle differenze che sussistono tra il caso *Belgio c. Senegal* e la vicenda in esame. Infatti, pur essendo giunta, nel primo caso, alla conclusione secondo cui il Belgio aveva diritto di richiedere l'adempimento dell'obbligo *aut dedere aut iudicare* previsto dalla convenzione contro la tortura, senza dimostrare uno specifico interesse, lo Stato ricorrente aveva inizialmente formulato la propria domanda sostenendo di avere diritto a ottenere l'adempimento della norma in questione anche in ragione di un suo diretto interesse. Infatti, il Belgio era disponibile a giudicare l'ex Presidente del Ciad, Hissène Habré, non solo sulla base di un criterio di competenza giurisdizionale universale penale ma anche sulla base del criterio della giurisdizione personale passiva avendo ricevuto ricorsi anche da cittadini belgi di origine ciadiana (*Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal), Application instituting proceedings*, 19 February 2009, §3). La Corte, tuttavia, aveva 'invertito' le argomentazioni del Belgio, giudicando che questo fosse legittimato a chiedere il rispetto dell'obbligo *aut dedere aut iudicare* già in ragione della natura *erga omnes partes* degli obblighi inclusi nella Convenzione, che autorizzavano il Belgio a richiedere l'accertamento della responsabilità del Senegal a prescindere dall'interesse diretto nell'adempimento dell'obbligo in parola (*Questions relating to the obligation to prosecute or extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422, §66-70*).

Al contrario, il ricorso del Gambia è fondato esclusivamente sull'interesse ad agire derivante dal carattere *erga omnes partes* delle disposizioni della Convenzione sul genocidio. Accogliendo la tesi proposta dal Gambia, dunque, la pronuncia della Corte ha confermato che l'interesse ad agire meramente fondato sull'esistenza di una violazione di un'Alta Parte contraente è sufficiente per invocare la violazione di un obbligo *erga omnes partes* e la responsabilità dello Stato che compie la violazione.

Potrebbe poi sorprendere anche l'assenza di qualunque riferimento all'art. 48 degli Articoli sulla responsabilità dello Stato per atti internazionalmente illeciti (Risoluzione 56/83 dell'Assemblea Generale, 12 dicembre 2001), riguardante il diritto di qualunque Stato, oltre allo Stato leso, di invocare la responsabilità di un altro Stato se «a. the obligation breached is owed to a group of States, including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group» (ed è proprio questo il caso), oppure «b. the obligation breached is owed to the international community as a whole» (*ibid.* p. 126). La disposizione non precisa la necessità di ulteriori requisiti affinché tale diritto possa essere

esercitato, se non quelli previsti dal §3, che nulla hanno a che vedere con l'esistenza di un interesse specifico dello Stato ricorrente.

Osservando la disposizione in parola, due punti avrebbero potuto rivelarsi particolarmente importanti da porre in evidenza. Da un lato, vi è corrispondenza tra la disposizione e l'impiego della formula «invoke the responsibility of another State», che è quella impiegata dalla Corte nell'ordinanza e con cui i giudici giungono alla conclusione secondo cui ogni Stato Parte della Convenzione è autorizzato a invocare la responsabilità di un altro Stato in presenza di obblighi *erga omnes partes*. Questa corrispondenza avrebbe potuto confortare la conclusione della Corte. Per estendere l'interesse ad agire, l'art. 48 richiede che la norma contestata sia stata creata per la protezione di un interesse collettivo del gruppo, un attributo che pare particolarmente confacente agli obblighi della convenzione sul genocidio. La stessa Corte ha precisato come gli obblighi della convenzione siano stati istituiti per proteggere un interesse collettivo del gruppo di Stati Parti, già nel parere del 1951 (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23*). Successivamente, nel noto caso *Barcelona Traction (Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3*), a titolo di esempio di disposizioni che proteggono un interesse collettivo dell'intera comunità internazionale, la Corte cita proprio le norme che proibiscono il genocidio identificandole come obblighi *erga omnes* (*ibid.* §34). Non è escluso che l'art. 48 degli Articoli sarà richiamato più avanti, e specialmente in sede di accertamento definitivo della giurisdizione della Corte sul caso. Dall'altro, è proprio in sede di merito che la Corte potrà fornire indicazioni sul contenuto della responsabilità che può far valere lo Stato il cui interesse ad agire riposa su una norma *erga omnes*. L'art. 48, par. 2, menziona, è noto, la possibilità di chiedere la cessazione dell'illecito, garanzie di non ripetizione nonché la riparazione a favore dei beneficiari dell'obbligo *erga omnes* violato.

Infine, la Corte non confuta esplicitamente (ma la respinge implicitamente) l'argomentazione proposta dal Myanmar secondo cui il fondamento giurisdizionale del ricorso del Gambia non poteva rinvenirsi negli obblighi *erga omnes partes* espressi dalla Convenzione. La Corte non separa espressamente la questione del fondamento della sua competenza giurisdizionale dalla questione dell'interesse ad agire.

Dubbi su questa separazione sembrano rinvenibili nell'opinione della vicepresidente Xue (*Separate Opinion of Vice-President Xue nell'Order for Provisional measures*). Il giudice ha richiamato una distinzione di cui presumibilmente la Corte non avrebbe tenuto debito conto, secondo cui «it is one thing for each State party to the Convention against torture to have an interest in compliance with the obligations *erga omnes partes* thereunder, and it is quite another to allow any State party to institute proceedings in the Court against another State party without any qualification on jurisdiction and admissibility. The same consideration equally applies to the Genocide Convention, or any of the other human rights treaties» (*ibid.* §5).

Tale interpretazione non convince interamente, poiché in nessun passaggio dell'ordinanza si afferma che esiste un diritto di ricorso alla Corte soltanto sulla base della natura *erga omnes partes* degli obblighi della convenzione, né tantomeno che esista tale diritto senza una ulteriore verifica del consenso dello Stato all'esercizio della giurisdizione della Corte caso per caso, come appare necessario, invece, anche solo per verificare l'esistenza di una riserva alla giurisdizione della Corte.

Inoltre, la separazione tra competenza giurisdizionale e interesse ad agire può essere desunta dalle conclusioni dell'ordinanza. Il riconoscimento dei giudici dell'interesse ad agire in capo ad ogni destinatario dell'obbligo *erga omnes* non implica in nessun modo un aggiramento del requisito del consenso alla competenza contenziosa della Corte che riposa sull'accettazione della clausola compromissoria dell'art. IX della convenzione del 1948, clausola nei confronti della quale nessuna delle parti ha apposto riserve.

4. Plausibilità e intento: un'inversione di rotta solo apparente

Nell'ambito dell'esame effettuato per valutare la necessità di adottare o meno le misure provvisorie, la Corte si è soffermata, come ormai di consueto, sul problema della plausibilità dei diritti invocati dal ricorrente che deve essere valutata al fine di adottare misure (cautelari) volte alla protezione di tali diritti da un rischio imminente di pregiudizio irreparabile. Anche questo punto apre profili di riflessione più ampi rispetto al caso di specie, perché solleva la problematica questione dello standard di certezza della prova che la Corte deve applicare allo stadio del procedimento incidentale sulle misure cautelari per accertare la plausibilità dei diritti la cui protezione viene richiesta, nonché l'eventuale peso che la 'gravità' delle violazioni può avere in tale accertamento. In questo particolare caso, inoltre, la plausibilità della pretesa commissione del genocidio include anche una prima valutazione sulla presenza o meno dell'intento genocidario negli atti contestati, essendo il *dolus specialis* elemento costitutivo del crimine di genocidio.

Il Myanmar riteneva appunto che l'accertamento della plausibilità dovesse includere anche l'accertamento del *dolus specialis* del presunto genocidio e che il ricorrente non avesse fornito tale prova. Invece, la Corte ha ritenuto che un accertamento definitivo dell'elemento intenzionale della violazione non fosse necessario. Davanti alla gravità delle accuse proposte dal Gambia, la Corte si è ritenuta soddisfatta che «it is plausible that the existence of a genocidal intent is the only inference that can be drawn from the acts alleged and the evidence submitted by the Applicant» (§47 dell' *Order for Provisional Measures*, corsivo aggiunto).

Il problema, qui, sembra quasi richiedere un bilanciamento tra le diverse istanze da tutelare, specificamente nella fase incidentale del procedimento. Da un lato, 'l'interesse' dello Stato convenuto (la cui 'reputazione' può essere effettivamente minata da accuse tanto gravi quanto quelle mosse dal Gambia al Myanmar), dall'altro la protezione delle vittime di un crimine tanto odioso come quello di genocidio, che potrebbe ben condurre a conseguenze irreparabili, qualora la condotta genocidaria fosse effettivamente perpetrata. Senz'altro, l'ago della bilancia deve pendere in favore della seconda ipotesi, conclusione che, prevedibilmente, raggiunge anche la Corte (ordinanza §56) quando afferma che le accuse del Gambia sono plausibili, senza soffermarsi oltre sullo standard necessario a provare l'intento durante la fase delle misure provvisorie.

Peraltro, lo standard ipotizzato dal Myanmar appare molto elevato. Esso non soltanto non sembra in linea con la prassi più recente della Corte, che mostra come non sia necessario raggiungere, in questa fase del procedimento, un grado di certezza così puntuale, ma non sarebbe neppure coerente con lo scopo essenziale delle misure provvisorie, ossia la protezione dei diritti di gruppi più vulnerabili, che rischiano un pregiudizio irreparabile a causa della condotta illecita di uno Stato Parte, in pendenza della decisione sul merito della domanda. Come evidenziato dal giudice Kress, che, nominato *ad hoc* per il Myanmar ha votato in favore dell'adozione dell'ordinanza e allegato ad essa una propria dichiarazione, c'è da chiedersi se proprio il fatto che ci sono accuse molto gravi in gioco e che valori fondamentali della comunità internazionale rischiano di essere irreparabilmente violati, non escluda che sia necessario procedere a un accertamento dell'intento in maniera così puntuale, in questa fase del procedimento (*Declaration of Judge ad hoc Kress*, §4).

Al riguardo occorre però riconciliare il giudizio con la giurisprudenza più recente della Corte stessa e in particolare con l'ordinanza sulle misure provvisorie adottata nel caso *Ucraina c. Russia* nel 2017 (*Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017, p. 104*). In quell'occasione la Corte ha infatti riscontrato la necessità di

prendere in considerazione l'intento nella condotta della Russia al fine di stabilire le misure provvisorie in riferimento alla violazione della Convenzione internazionale sulla repressione del finanziamento del terrorismo. In particolare, la Corte ha ricordato in quella sede che «it is necessary to ascertain whether there are sufficient reasons for considering that the other elements set out in art. 2 [della Convenzione], such as the elements of intention or knowledge or purpose are present» (*ibid.* §75). Non riscontrando tali elementi, la Corte aveva infine deciso di non adottare misure provvisorie per impedire ulteriori violazioni della Convenzione sul finanziamento del terrorismo.

A ben vedere, tuttavia, l'approccio della Corte in quel caso non sembra molto diverso da quanto ribadito nell'ordinanza in esame. In questa sede, infatti, i giudici non hanno rigettato la necessità di accertare la plausibilità delle accuse di genocidio. E, per poterne accettare l'esistenza, è necessario che l'elemento costitutivo dell'intento sia in qualche modo ravvisabile. Ma a tal fine è apparso sufficiente alla Corte fare affidamento sui rapporti, a dire il vero di per sé molto ricchi di dettagli, adottati dalle già richiamate missioni di *fact-finding* incaricate dalle Nazioni Unite di investigare la situazione sul terreno, a settembre 2018 e ad agosto 2019. In questi rapporti è stata profusamente affermata l'esistenza di ragionevoli sospetti sulla presenza di un intento genocidario, lanciando l'allarme sui rischi di un eventuale genocidio a danno dei Rohingya (*Report of the detailed findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, 17 September 2018*, §1441 e *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, 8 August 2019*, §18). Essendosi affidati a questi corposi rapporti, i giudici non hanno indagato oltre, ma ciò non ha fatto venir meno la necessità di ravvisare la plausibilità delle accuse e, di conseguenza, la plausibilità della presenza di un intento genocidario nelle condotte compiute.

Ciò che la Corte indisputabilmente ha rigettato, a ragione, è invece l'interpretazione fornita dal Myanmar secondo cui i giudici avrebbero dovuto accertare come unica conclusione possibile, l'esistenza di intento genocidario. Una conclusione del genere, infatti, sarebbe parsa inevitabilmente più una conclusione sul merito che un accertamento preliminare di plausibilità, necessario meramente a valutare l'opportunità di adottare o meno delle misure provvisorie.

5. Conclusioni

L'ordinanza sulle misure provvisorie rappresenta certamente una prima, importante tappa nel procedimento contro il Myanmar e anche un primo riconoscimento della legittimità delle basi giuridiche invocate dal Gambia per il proprio ricorso, l'accertamento della plausibilità delle gravi accuse mosse contro il Myanmar e l'adozione di importanti misure provvisorie.

Sul merito della controversia, ovviamente, è ancora troppo presto per gettare luce, ma l'ordinanza senz'altro costituisce una prima presa d'atto, seppur preliminare, del fatto che atti molto gravi si sono verificati nel Rakhine: individui, legati o meno al governo sarà la sentenza di merito a deciderlo, stanno perpetrando gravissime violazioni dei diritti e della dignità umana delle persone che vivono in quell'area e, addirittura, un serio sospetto di genocidio nei confronti dei Rohingya si sta affermando.

Già il procedimento incidentale ha messo in luce come uno degli aspetti più complessi della vicenda sia certamente provare in maniera definitiva l'intento con cui tali atti sono stati compiuti, gettando così luce sull'effettiva qualificazione delle condotte perpetrate nello Stato di Rakhine. Non è problema da poco: sulla questione dell'intento, e della difficoltà di provarlo in modo definitivo per dimostrare l'esistenza di una condotta tanto grave come quella del crimine di genocidio, si sono dovuti arrestare altri casi (ad esempio, il richiamato caso relativo all'applicazione della Convenzione sul genocidio nella controversia *Croazia c. Serbia*).

Parte della dottrina ha già espresso dubbi sulle *chances* che il Gambia ha di provare l'intento genocidario (M. MILANOVIC, *ICJ indicates provisional measures in the Myanmar genocide case*, www.ejiltalk.org, 23 gennaio 2020) ed è evidente che, se nell'ordinanza sulle misure provvisorie l'intero impianto di ragionamento relativo all'intento rintracciato nei rapporti adottati dalle *fact-finding missions* si è rivelato sufficiente, nel merito saranno necessarie prove ben più solide per dimostrare che questo intento esista a tutti gli effetti. La Corte ha chiarito altrove (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment, 2007* e *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, 2015*) che il *dolus specialis* deve essere dimostrato in modo convincente: o facendo riferimento a un piano generale architettato per compiere un genocidio oppure facendo riferimento a specifiche circostanze che dimostrerebbero tale intento. Non si esclude che il dolo possa essere dimostrato anche tramite una condotta continua ('pattern of conduct'), ma in questo caso tale condotta dovrebbe essere tale da avere come unica inferenza l'esistenza di tale intento (ossia lo standard di prova che il Myanmar aveva chiesto già in occasione dell'adozione delle misure provvisorie). In particolare, la Corte ha specificato che deve essere dimostrata l'esistenza di una condotta dalla quale l'unica *ragionevole conclusione* che si possa trarre è che c'era un intento di distruggere un determinato gruppo, o parte di esso (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment, 2015*, §148 e §407).

Nel caso di specie, in ragione della difficoltà di rintracciare l'esistenza di un piano generale che dimostri l'intento di distruggere un gruppo protetto ai sensi della Convenzione, è evidente che molto si giocherà sulla capacità del Gambia di dimostrare che la condotta posta in essere dalle persone coinvolte in questi atti, posto che sia riconducibile al Myanmar, abbia avuto lo scopo di eliminare definitivamente tale gruppo. Ma anche qualora l'attività di queste persone non fosse riconducibile alle autorità birmane, l'accertamento del dolo resterebbe condizione essenziale per poter poi eventualmente verificare altre ipotesi di responsabilità, quali la complicità oppure la violazione dell'obbligo di prevenzione (come peraltro la stessa Corte ha ricordato nel caso *Croazia c. Serbia*, §441): senza il dolo, il crimine, o le condotte accessorie, non sussistono.

Infine, la pronuncia della Corte costituisce una conferma importante dell'interpretazione già introdotta dai giudici nella sentenza relativa al caso *Belgio c. Senegal*, perché ribadisce in via generale l'ammissibilità di un accertamento della responsabilità internazionale di uno Stato sulla base della contestazione di un obbligo *erga omnes partes* da parte di un altro Stato, senza che quest'ultimo debba dimostrare necessariamente un particolare interesse ad agire. La rilevanza di questa conferma risiede inoltre nelle prospettive più ampie che la pronuncia apre. Essa, oltre a contribuire al rafforzamento della tutela giurisdizionale di principi e norme *erga omnes partes*, solleva anche il dubbio sulla necessità di valutare una eventuale, ulteriore, estensione di questo criterio ad altre regole del diritto internazionale, che pure si pongono lo scopo di tutelare un interesse collettivo degli Stati, tra cui, ad esempio, gli obblighi che derivano da norme di natura consuetudinaria.

CLAUDIA CANDELMO