



OBSERVATOIRE SUR LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE N. 2/2014

5. L'ACCERTAMENTO DELLA *PLAUSIBILITY* NELL'ORDINANZA SULLE MISURE CAUTELARI ADOTTATA IN *TIMOR EST C. AUSTRALIA*

[Ordonnance du 3 mars 2014, Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données \(TimorLeste c. Australie\), demande en indications de mesures conservatoires](#)

L'ordinanza sulle misure cautelari adottata dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Timor Est c. Australia*, si presta ad alcune osservazioni concernenti l'oggetto e l'estensione della cognizione incidentale della Corte in sede cautelare. Tale provvedimento, infatti, costituisce l'espressione più recente di una prassi giurisprudenziale che ha conosciuto, soprattutto negli ultimi anni, una significativa evoluzione in materia. In particolare, tra gli elementi di novità che è possibile scorgere nell'ambito di simile tendenza evolutiva, figura senz'altro l'introduzione di un nuovo presupposto ai fini dell'apprestamento di una tutela cautelare da parte della Corte. Trattasi della cosiddetta *plausibilità* dei diritti che uno Stato rivendica dinanzi alla Corte – assumendone l'esposizione al pericolo di un irreparabile pregiudizio nelle more del processo –, il cui accertamento implica una sommaria valutazione sul merito della controversia nel corso del procedimento cautelare.

È noto come l'esplicitazione del *plausibility test* risalga all'ordinanza del 28 maggio 2009 resa nel caso *Questioni relative all'obbligo di processare o estradare (Belgio c. Senegal)* (in *ICJ Rep.* 2009, p. 139), in cui la Corte, per la prima volta, affermò che il potere di indicare misure cautelari «[...] should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least *plausible*» (par. 57; il concetto di “plausibilità” era già stato, in verità, evocato dal giudice Abraham al par. 11 dell'opinione individuale annessa all'ordinanza del 13 luglio 2006 nel caso delle *Cartiere sul fiume Uruguay*, in *ICJ Rep.* 2006, p. 113). In effetti, benché sia stata ampiamente dimostrata l'attitudine della Corte ad esperire in sede cautelare valutazioni attinenti al *fumus iuris* ancor prima che il presupposto della *plausibilità* fosse formalmente sancito, è solo a partire dall'ordinanza da ultimo citata che il “nuovo” criterio ha acquisito una propria autonomia, orientando la prassi successiva e influenzando sostanzialmente la cognizione incidentale della Corte (si vedano, al riguardo, le osservazioni del Presidente Owada nel discorso rivolto alla sesta commissione dell'Assemblea Generale, il 28 ottobre 2011, p. 4, consultabile sul sito della Corte).

L'ordinanza resa in *Timor Est c. Australia* fornisce notevoli spunti di riflessione sul tema, consentendo di ricostruire l'approccio seguito fino ad ora dalla Corte nell'accertamento di tale requisito nonché di mettere in rilievo le peculiarità che sembrano aver caratterizzato detta cognizione nel provvedimento qui in esame. Prima di entrare nel merito delle valutazioni compiute dalla Corte in *Timor Est c. Australia*, può essere quindi opportuno procedere ad una disamina delle modalità attraverso cui l'accertamento della *plausibility* è stato condotto nelle precedenti ordinanze, muovendo preliminarmente da due rilievi di carattere generale.

In primo luogo, occorre segnalare che la formalizzazione del *plausibility test* appare per certi versi riconducibile al carattere vincolante delle misure cautelari, carattere rilevato dalla Corte nella sentenza relativa all'affare *LaGrand* (27 giugno 2001, in *ICJ Rep.* 2001, p. 466, par. 92-116). Alla luce di quanto già sottolineato dalla dottrina e da diversi componenti della Corte infatti, la *ratio* dell'accertamento sommario sul merito sembrerebbe risiedere, principalmente, proprio nella pretesa efficacia obbligatoria delle misure (v. ad esempio l'opinione da ultimo citata del giudice Abraham, cit., par. 8). In altri termini, una valutazione *prima facie* sulla fondatezza dei diritti si renderebbe necessaria in quanto sarebbe ingiusto imporre una condotta obbligatoria ad uno Stato semplicemente in ragione della protezione da accordare ai diritti unilateralmente rivendicati da un altro Stato agente in via cautelare e in assenza di una *summaria cognitio* circa la loro fondatezza. Più in generale, è possibile ascrivere l'esplicitazione del requisito della "plausibilità" a quel particolare atteggiamento assunto dalla Corte nella prassi post-*LaGrand*, volto a stemperare ovvero a controbilanciare la portata e l'incidenza della vincolatività delle misure cautelari. Questo atteggiamento, riscontrabile con riguardo a molteplici aspetti del regime cautelare (basti pensare, ad esempio, all'incertezza che ancora pervade la questione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione delle misure), si è quindi tradotto anche nella previsione di un nuovo requisito, quello della *plausibility*, che ha reso di fatto più gravoso l'onere probatorio sullo Stato richiedente garantendo, in via di principio, una maggiore "copertura" alle misure cautelari sul piano della cognizione che ne assiste l'adozione, al fine di contenere il rischio che tali misure possano rivelarsi ingiuste perché volte a tutelare diritti inesistenti.

Il secondo rilievo da cui è opportuno muovere attiene invece ai criteri generali che sembrano aver ispirato la Corte nell'esercizio del potere di accertamento della *plausibility* fin dall'ordinanza resa in *Belgio c. Senegal*. Attraverso un esame della prassi rilevante, è possibile individuare detti criteri nella *prudenza processuale* e nella *discrezionalità* quanto alla gestione del potere di "incursione" nel merito della controversia in una fase incidentale. Per comprendere meglio tale rilievo, è utile aggiungere che – in ragione dei caratteri essenziali del regime cautelare, ossia la provvisorietà delle misure e della relativa cognizione, nonché l'incidentalità del procedimento ad esse sotteso (caratteri pienamente deducibili dal tenore dello Statuto e del Regolamento della Corte) – costituisce un dato ormai consolidato nella prassi quello per cui la decisione cautelare non solo non può anticipare il giudizio sul merito, assumendo i connotati di una sentenza interlocutoria, ma non deve neanche pregiudicare in alcun modo le questioni relative alla competenza, all'ammissibilità ovvero al merito della controversia. Con specifico riguardo a quest'ultimo profilo, che trova una conferma nel costante inserimento delle cd. clausole di non-pregiudizio all'interno delle ordinanze cautelari (cfr. ad esempio il par. 54 dell'ordinanza in rassegna), appare dunque evidente come l'accertamento del nuovo presupposto, nei limiti in cui implica un esame sommario su questioni di merito, debba essere condotto in maniera tale da evitare che possa pregiudicare i diritti delle parti a sottoporre le proprie argomentazioni nella sede

appropriata nonché orientare prematuramente il giudizio della Corte.

È comprensibile, pertanto, che l'approccio fino ad ora seguito da quest'ultima sia qualificabile prevalentemente in termini di *prudenza*, vale a dire di “cautela” nella valutazione *prima facie* di questioni la cui piena trattazione è rimessa al procedimento principale (sulla “cautela” nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 41 dello Statuto, si vedano da ultimo le considerazioni espresse dal giudice Greenwood nell'opinione dissidente annessa all'ordinanza resa in *Timor Est c. Australia*, par. 6). Ad un simile approccio prudenziale, si aggiunge inoltre la *discrezionalità* che la Corte si è riservata in ordine alla determinazione del “contenuto” del *plausibility test*. Quest'ultimo dato sembra emergere dalla giurisprudenza più recente, in cui essa ha sempre evitato di specificare in cosa consista l'accertamento della “plausibilità” dei diritti e quale sia il grado di intensità della cognizione preliminare sul merito (esponendosi in tal modo anche alle critiche di alcuni dei suoi componenti; v. in particolare le osservazioni dei giudici Koroma e Sepúlveda-Amor nelle rispettive opinioni individuali annesse all'ordinanza dell'8 marzo 2011 resa nel caso *Certe attività condotte dal Nicaragua nell'area di confine (Costa Rica c. Nicaragua)*, in *ICJ Rep.* 2011). Probabilmente, è proprio al fine di riservarsi un margine di discrezionalità quanto alla modulazione del grado di accertamento (*fumus boni iuris, fumus non mali iuris*, ecc.), variabile a seconda dei singoli casi e dell'entità dell'urgenza a provvedere, che la Corte ha finora esitato a pronunciarsi sul punto. Del resto, è sempre in forza della discrezionalità di cui essa gode nel gestire la propria cognizione cautelare – consentendole, ad esempio, di stabilire l'ordine di priorità per la valutazione delle condizioni *ex art. 41* dello Statuto – che l'accertamento sommario sul merito è stato condotto in modo *prudenziale*. Si pensi alla vicenda che ancora vede contrapporsi il Costa Rica e il Nicaragua dinanzi alla Corte. Il processo, in quel caso, ha conosciuto molteplici fasi incidentali in cui l'accertamento della *plausibility* avrebbe potuto essere effettuato, ma di fatto la Corte, nell'esercizio della discrezionalità che il silenzio dello Statuto e del Regolamento le attribuiscono al riguardo, si è sempre limitata a rinviare implicitamente all'accertamento *già* compiuto in occasione del primo procedimento cautelare, proprio per evitare di ripetere incautamente una valutazione attinente a questioni di merito (oltre che, ovviamente, per esigenze di economia processuale).

Quanto alla prassi rilevante, si è già accennato come, a partire dall'ordinanza adottata in *Belgio c. Senegal*, la Corte non abbia mai provveduto ad esplicitare il giudizio sulla plausibilità dei diritti rivendicati, limitandosi essenzialmente a far proprie le argomentazioni avanzate dallo Stato richiedente e sancendo la plausibilità dei diritti da questo invocati. Così, in *Belgio c. Senegal*, essa ha semplicemente rilevato che i diritti asseriti dal Belgio «[...] being grounded in a possible interpretation of the Convention against Torture, therefore appear to be plausible» (ordinanza del 28 maggio 2009, cit., par. 60). In *Costa Rica c. Nicaragua*, si è limitata ad affermare che «[...] after a careful examination of the evidence and arguments presented by the Parties, [it appears] that the title to sovereignty claimed by Costa Rica over the entirety of Isla Portillos is plausible» (ordinanza dell'8 marzo 2011, cit. par. 58). Infine, anche nell'ordinanza sulle misure cautelari relativa al caso della *Domanda di interpretazione della sentenza del 15 giugno 1962 nell'affare del Tempio di Preah Vihear (Cambogia c. Thailandia)* (in *ICJ Rep.* 2011, p. 537), la Corte ha concluso nel senso che «[...] the rights claimed by Cambodia, in so far as they are based on the 1962 Judgment as interpreted by Cambodia, are plausible» (par. 33).

In sostanza, ciò che appare desumibile dalla prassi citata è l'assenza di qualsivoglia forma di “motivazione” del giudizio di plausibilità da parte della Corte, ossia di argomentazioni giustificative che possano ricondursi a valutazioni autonomamente

effettuate da questa e non esclusivamente dallo Stato richiedente.

Ebbene, venendo all'ordinanza emessa nell'ambito della singolare controversia in atto tra il Timor Est e l'Australia, è possibile fin da subito rilevare come in tale provvedimento la Corte sia invece intervenuta in maniera più pregnante nello scrutinio sulla "plausibilità" dei diritti rivendicati dal Timor Est, manifestando un approccio certamente più "attivo" rispetto a quanto sembrerebbe emergere dalle ordinanze precedenti. Nel caso di specie, lo Stato richiedente aveva reclamato la protezione *pendente lite* dei diritti di possesso e proprietà sul materiale sequestrato dagli agenti australiani, la cui titolarità in capo ad uno Stato sovrano avrebbe implicato altresì il diritto all'immunità ed inviolabilità di tale proprietà. Inoltre, le misure cautelari richieste sarebbero state rivolte anche alla tutela di quel diritto alla confidenzialità e alla non interferenza nelle comunicazioni – gran parte delle quali attinenti ad un arbitrato pendente tra i due Stati in lite – intrattenute dallo Stato con i propri consulenti, che secondo il Timor Est assurgerebbe a principio generale di diritto (v. il par. 24 dell'ordinanza). Di contro, l'Australia aveva sostenuto che pur ammettendo, ma non concedendo, la titolarità del diritto di proprietà rivendicata dal Timor Est sul materiale sequestrato, non potesse configurarsi un principio generale in tema di inviolabilità e immunità al riguardo. Quanto invece alla riservatezza delle comunicazioni, essa si era espressa nel senso che l'eventuale esistenza di un simile principio nel diritto internazionale avrebbe trovato, ad ogni modo, un limite nelle esigenze di sicurezza nazionale (par. 25).

A fronte di tali rivendicazioni, la Corte ha dunque provveduto all'accertamento della *plausibility* in relazione al solo diritto alla confidenzialità delle comunicazioni concernenti la soluzione di una controversia internazionale intervenute tra uno Stato e i propri consulenti, rilevando come «[...] this claimed right might be derived from the principle of the sovereign equality of States, which is one of the fundamental principles of the international legal order and is reflected in Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations». In particolare, a giudizio della Corte, «[...] equality of the parties must be preserved when they are involved, pursuant to Article 2, paragraph 3, of the Charter, in the process of settling an international dispute by peaceful means. If a State is engaged in the peaceful settlement of a dispute with another State through arbitration or negotiations, it would expect to undertake these arbitration proceedings or negotiations without interference by the other party in the preparation and conduct of its case. It would follow that in such a situation, a State has a plausible right to the protection of its communications with counsel relating to an arbitration or to negotiations, in particular, to the protection of the correspondence between them, as well as to the protection of confidentiality of any documents and data prepared by counsel to advise that State in such a context» (par. 27).

Come risulta chiaramente dal passaggio riportato, la Corte non si è limitata a far proprie le deduzioni avanzate dal Timor Est al fine di sancire la "plausibilità", ma ha proceduto ad un autonomo scrutinio sull'apparente fondatezza del diritto invocato, esternando, con un attento uso del condizionale, le deduzioni giuridiche da essa autonomamente sviluppate. Senza voler entrare nel merito di simili valutazioni, ciò che interessa mettere in rilievo in questa sede è il carattere innovativo dell'approccio seguito dalla Corte con riguardo al *plausibility test*. Ciò si manifesta soprattutto mettendo a confronto tale approccio con la prassi precedente in cui, come si è visto, la forse eccessiva prudenza processuale faceva apparire il nuovo requisito come "inconsistente" sul piano dell'estensione della cognizione incidentale della Corte.

Un altro aspetto dell'ordinanza sul quale è interessante soffermarsi riguarda la

delimitazione dell'oggetto del *plausibility test*. Si è già accennato al fatto che la Corte, nel provvedimento in esame, ha limitato l'accertamento della "plausibilità" al diritto alla riservatezza nelle comunicazioni, omettendo quindi di pronunciarsi in ordine al carattere plausibile dei diritti di proprietà e possesso sul materiale sequestrato che pure avevano formato oggetto della domanda di protezione cautelare. Appare significativo al riguardo come la stessa Corte, una volta esaurito l'accertamento in questione, abbia considerato che «[...] *at least some of the rights for which Timor-Leste seeks protection – namely, the right to conduct arbitration proceedings or negotiations without interference by Australia, including the right of confidentiality of and non-interference in its communications with its legal advisers – are plausible*» (par. 28, corsivo aggiunto). Nelle precedenti ordinanze, la Corte non aveva mai proceduto ad una simile delimitazione dell'oggetto dell'accertamento che, stando alla formula risalente a *Belgio c. Senegal*, dovrebbe includere «*the rights asserted by a party*». In effetti, l'unico dato che è possibile desumere dalla giurisprudenza, concerne esclusivamente la demarcazione sul piano soggettivo del giudizio di plausibilità, vale a dire l'"unilateralità" di tale accertamento, che sarebbe dunque volto a ricomprendere i soli diritti rivendicati dallo Stato richiedente. Quest'ultimo aspetto è stato rilevato dalla Corte in occasione della prima ordinanza sulle misure cautelari resa nel caso *Costa Rica c. Nicaragua*, in cui essa ha chiarito che, ai fini dell'apprestamento di una tutela cautelare, «[...] *needs only to decide whether the rights claimed by the Applicant on the merits, and for which it is seeking protection, are plausible*», non essendo quindi chiamata in quel caso a decidere «[...] *on the plausibility of the title to sovereignty over the disputed territory advanced by Nicaragua*» (ordinanza dell'8 marzo 2011, cit., par. 57-58). È il caso di segnalare, inoltre, che il giudice Greenwood, nell'opinione dissidente annessa all'ordinanza adottata in *Timor Est c. Australia*, ha criticato, tra l'altro, tale approccio, osservando che «[...] *it is clear that the right of Australia to exercise its criminal jurisdiction and its right to protect the safety of its officials must also be regarded as plausible. In deciding what provisional measures to order, the Court should have regard to the plausible rights of both parties in a case*» (par. 28, corsivo aggiunto).

Nell'ordinanza in esame, dunque, la Corte non solo ha valutato la "plausibilità" dei soli diritti avanzati dal ricorrente, allineandosi in tal modo alla prassi precedente, ma ha altresì circoscritto il relativo giudizio soltanto a una parte di questi diritti. Tale delimitazione – riconducibile evidentemente all'ampia discrezionalità di cui gode la Corte quanto alla gestione della cognizione incidentale in sede cautelare – costituisce il portato dell'esigenza di salvaguardare il carattere strumentale e provvisorio di detta cognizione. In altri termini, sembra che la Corte, in tal modo, abbia orientato preventivamente la cognizione in funzione delle misure che avrebbe indicato, limitandosi pertanto ad esperire l'accertamento della *plausibility* solo in relazione ai diritti che tali misure sarebbero state demandate a proteggere. Del resto, una valutazione sulla "plausibilità" dei diritti di proprietà e possesso rivendicati dal Timor Est non sarebbe stata *funzionale* alle misure concretamente indicate dalla Corte (misure differenti rispetto a quelle richieste dal ricorrente), risolvendosi in una incursione nel merito tanto inutile, nell'ottica della Corte, quanto incauta.

Non è questa la sede per interrogarsi sulle ragioni che hanno indotto la Corte a discostarsi da quanto specificamente richiesto dal Timor Est – e quindi a modellare il *plausibility test* alla luce delle misure indicate di fatto –, essendo queste ragioni attinenti in prevalenza alle valutazioni circa l'entità del rischio di un pregiudizio irreparabile. Ciò che invece si intende mettere in luce, è che anche in questo caso l'accertamento sommario sul merito è stato gestito dalla Corte con l'opportuna "prudenza". Tuttavia, diversamente da

quanto emerge dalle ordinanze antecedenti, tale prudenza non si è manifestata nella mancata esplicitazione delle ragioni che, in punto di diritto, hanno sorretto le valutazioni della Corte, bensì nell'espressa delimitazione dell'oggetto di tale cognizione incidentale. Quest'ultima, in quanto strumentale alla sola indicazione di misure cautelari, non dovrebbe infatti includere aspetti relativi al merito il cui esame non è funzionale alle finalità del procedimento incidentale.

In definitiva, da quanto si è osservato, sembra che l'ordinanza sulle misure cautelari adottata in *Timor Est c. Australia* possa essere indicativa di un'evoluzione nell'approccio della Corte sull'accertamento del nuovo requisito della *plausibility*. La natura e i caratteri di questo accertamento cominciano infatti a prendere forma e ad assumere un'autonoma rilevanza nell'ambito del regime cautelare nel giudizio dinanzi alla Corte. Sarà interessante, pertanto, verificare gli orientamenti che emergeranno dai futuri sviluppi giurisprudenziali e tener conto, in particolare, anche dell'approccio che potrà adottare la Corte laddove il giudizio di "plausibilità" dovesse mai risolversi con esito negativo.

LORIS MAROTTI