



MARIACHIARA GIOVINAZZO*

PLAUSIBILITÀ NELLA CONCESSIONE DI MISURE CAUTELARI PER CRIMINI INTERNAZIONALI: UNO STANDARD INCERTO

SOMMARIO: 1. L'elaborazione giurisprudenziale dei criteri per la concessione di misure cautelari e l'introduzione del criterio della plausibilità. – 1.1. L'applicazione della plausibilità nella giurisprudenza successiva. – 2. La plausibilità nella commissione di crimini internazionali. – 2.1. Il caso *Ucraina c. Federazione Russa*. – 2.1.1. La *mens rea*: plausibilità del reato?. – 2.1.2. Profili problematici dell'ordinanza. – 2.2. Il caso *Gambia c. Myanmar*. – 2.2.1. La non rilevanza della *mens rea* ai fini della plausibilità. – 2.2.2. Le conseguenze della nuova interpretazione adottata dalla Corte. – 3. Conclusioni.

1. *L'elaborazione giurisprudenziale dei criteri per la concessione di misure cautelari e l'introduzione del criterio della plausibilità*

La Corte internazionale di giustizia, ai sensi dell'art. 41 dello Statuto, «ha il potere di indicare, ove ritenga che le circostanze lo richiedano, le misure cautelari che debbono essere prese a salvaguardia dei diritti rispettivi di ciascuna parte».

La *ratio*, sottesa dietro l'attribuzione di tale potere in capo alla Corte, discende direttamente dalla funzione processuale rivestita dalle misure cautelari, ovvero la salvaguardia dei diritti delle parti *pendente lite*.

Lo Statuto, tuttavia, omette di specificare i requisiti di fatto e di diritto che lo Stato deve soddisfare per ottenere un provvedimento favorevole relativamente alla tutela cautelare.

Negli anni, tale lacuna è stata colmata dalla giurisprudenza.

I requisiti elaborati dalla Corte internazionale di giustizia sono stati principalmente quattro: la sussistenza di una giurisdizione di *prima facie*; l'esistenza di un legame tra i diritti di cui si lamenta la violazione e le misure cautelari richieste; il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile e l'urgenza.

Nel 2009, mediante l'ordinanza adottata nel caso *Belgio c. Senegal*¹, la Corte ha introdotto un nuovo elemento di valutazione: il criterio della plausibilità.

Nel caso in esame, il Belgio lamentava la violazione della Convenzione contro la Tortura da parte del Senegal e, con una richiesta di adozione di misure cautelari, chiedeva l'estradizione

* Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea, Università "La Sapienza".

¹ Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 28 maggio 2009, *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, I.C.J. Reports 2009, p. 139 ss.

dell'ex presidente del Ciad, Habrè, sulla base dell'obbligo dell'*aut dedere aut indicare*, sancito all'art. 7 della medesima Convenzione.

Sebbene la Corte rigettasse tale richiesta per mancanza di sussistenza dell'urgenza, l'ordinanza ha rivestito una particolare rilevanza alla luce dell'introduzione di un nuovo criterio di valutazione per la concessione della tutela cautelare, ovvero la plausibilità.

La Corte affermava, per la prima volta, che «The power of the Court to indicate provisional measures should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least plausible»².

I giudici non circoscrivevano ulteriormente il contenuto di questo nuovo requisito ma, dalla sua applicazione, pareva essere assimilabile alla possibilità che i diritti invocati (e per cui si richiedeva tutela cautelare) fossero suscettibili di esistere³.

I giudici, infatti, precisavano di non avere il dovere di accertare l'esistenza dei diritti invocati, proprio perché un simile accertamento sarebbe stato proprio della fase relativa al merito del giudizio, ma solo verificare che, in astratto, questi diritti potessero sussistere⁴.

Nel caso in questione, il criterio della plausibilità veniva ritenuto soddisfatto sull'argomentazione che il diritto invocato dal Belgio (ovvero il principio *aut dedere aut indicare*) potesse esistere come possibile interpretazione dell'articolo 7 della Convenzione medesima «the rights asserted by Belgium, being grounded in a possible interpretation of the Convention against Torture, therefore appear to be plausible»⁵.

1.1. Le applicazioni del criterio della plausibilità nella giurisprudenza successiva

La questione principale legata al criterio della plausibilità attiene alla sua mancata definizione e alle oscillazioni della Corte internazionale di giustizia in merito alla sua applicazione⁶. Alcuni studiosi hanno notato che tale criterio sia andato, con il tempo, irrigidendosi verso un sindacato più puntuale nella giurisprudenza applicativa della Corte⁷.

Nel 2011, con il caso *Costa Rica c. Nicaragua*⁸, alla Corte si presentava l'occasione di applicare per la seconda volta il criterio della plausibilità introdotto qualche anno prima.

La questione aveva ad oggetto il conteso diritto di sovranità tra Costa Rica e Nicaragua sulla Isla Portillos e il diritto alla tutela ambientale sull'area, messa a rischio dall'attività di dragaggio esercitata dal Nicaragua sul fiume San Juan. Il Costa Rica superava il *plausibility test* senza difficoltà. La Corte riconosceva la plausibilità del diritto di sovranità facendo generico riferimento agli argomenti presentati dalle parti; contestualmente, la plausibilità veniva soddisfatta anche con riferimento alla tutela ambientale, con riferimento al paragrafo 6 del Cleveland Award (1888) quale possibile base giuridica⁹.

² *Ibidem*, para.57.

³ Sul punto si veda estensivamente: C. MILES, *Provisional Measures and the "New" Plausibility in the Jurisprudence of the International Court of Justice*, in *The British Yearbook of International Law*, 2018, p.7 s.; M. LANDO, *Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice*, in *Leiden Journal of International Law*, 2018, pp. 642 ss.

⁴ Vedi *supra* nota 2.

⁵ Vedi *supra* nota 1, para. 60.

⁶ Sull'evoluzione della plausibilità nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia si veda anche T. SPARKS, M. SOMOS, *The Humanisation of Provisional Measures? - Plausibility and the Interim Protection of Rights Before the ICJ*, in F. PALOMBINO, R. VIRZO, G. ZARRA, *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, The Hague/Heidelberg, 2021, p. 82 ss.

⁷ MILES, *Provisional Measures*, cit., p.3; LANDO, *Plausibility in the Provisional Measures*, cit., p. 644 s.

⁸ Ordinanza della Corte internazionale di giustizia dell'8 marzo 2011, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, I.C.J. Reports 2011, p. 6 ss.

⁹ *Ibidem*, para. 58-59.

Tuttavia, proprio con l'adozione di questa seconda ordinanza emergevano tutte le perplessità relative al contenuto (mai specificato) della plausibilità.

Il giudice Koroma metteva in luce, innanzitutto, come il criterio della *plausibility* fosse foriero di ambiguità e incertezza, e come non fosse chiaro lo *standard* di evidenza necessario a dimostrarlo: in particolare, se andasse riferito ai fatti in causa, ai diritti reclamati o ad entrambi tali elementi. Il giudice sosteneva, che, nel caso in questione, il criterio fosse stato applicato con riferimento ai fatti e non ai diritti (come nel precedente Belgio c. Senegal). Affermava, infatti, che la plausibilità non facesse riferimento alla possibile esistenza, nel diritto internazionale, di un diritto alla sovranità (che appare invece consolidato ex art. 2 della Carta delle Nazioni Unite) e che apparteneva certamente al Costa Rica; piuttosto, si riferiva alla possibilità che lo Stato godesse del titolo al diritto di sovranità sulla Isla Portillos¹⁰. Anche il giudice Sepúlveda-Amor condivideva le incertezze relative al contenuto del requisito, affermando «the indeterminacy surrounding the concept of plausibility in the Order could prove problematic in future Requests for the indication of provisional measures, as will be shown in this opinion»¹¹.

I dubbi evidenziati in sede di seconda applicazione non costituirono, tuttavia, un ostacolo alle successive applicazioni del requisito della plausibilità che, invece, venne stabilmente incorporato dalla Corte internazionale di giustizia, come elemento da soddisfare al fine di ottenere tutela cautelare. In una prima fase, esso venne interpretato e applicato nell'accezione di suscettibilità del diritto di esistere, sulla scia del caso Belgio c. Senegal.

Nel 2011, nell'ordinanza relativa alla controversia *Cambogia c. Thailandia*¹², la Corte affermava che i diritti invocati dalla Cambogia (ovvero il diritto di sovranità nell'area del Tempio di Preah Vihear) fossero plausibili in qualità di una possibile interpretazione della sentenza resa dalla medesima Corte nel 1962 (paragrafo 40 dell'ordinanza).

Analogamente ai casi precedenti, la Corte applicava il criterio della plausibilità nel 2013, nell'ordinanza relativa al giudizio *Nicaragua v. Costa Rica*¹³. I giudici riconoscevano la *plausibility* del diritto invocato dal Nicaragua di essere libero da danni transfrontalieri di natura ambientale causati al fiume San Juan, poiché tale diritto, secondo precedente giurisprudenza, era da considerarsi connesso al diritto alla sovranità e all'integrità territoriale appartenente allo Stato¹⁴.

Un anno più tardi, nell'ordinanza relativa alla controversia tra *Timor Leste e Australia*¹⁵, la Corte giungeva ad affermare la plausibilità del diritto alla riservatezza delle comunicazioni sulla base del principio di uguaglianza tra gli Stati, così come sancito ex art. 2, paragrafo 3, della Carta delle Nazioni Unite. La dottrina metteva in luce come, per la prima volta, i giudici accertassero la plausibilità su una base giuridica diversa rispetto a quella prospettata dallo Stato ricorrente¹⁶.

¹⁰ Separate opinion of Judge Koroma, para.10-11.

¹¹ Separate opinion of Judge Sepúlveda-Amor, para. 3.

¹² Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 18 luglio 2011, *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, I.C.J. Reports 2011, p. 537 ss.

¹³ Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 13 dicembre 2013, *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, I.C.J. Reports 2013, p. 398 ss.

¹⁴ *Ibidem*, para. 19.

¹⁵ Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 3 marzo 2014, *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia)*, I.C.J. Reports 2014, p. 147 ss.

¹⁶ Cft. L. MAROTTI, *L'accertamento della plausibility nell'ordinanza sulle misure cautelari adottata in Timor Est c. Australia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, pp. 336-341.

Secondo alcuni studiosi¹⁷, a partire dal 2016, la *plausibility* sembrava diventare oggetto di una interpretazione evolutiva più complessa che ne innalzava lo *standard* di superamento. Nei casi più recenti, la Corte non si sarebbe limitata ad un accertamento meramente giuridico dei diritti in gioco, ma si sarebbe orientata verso un accertamento anche fattuale della plausibilità. La Corte, quindi, non ha più soltanto ricercato una eventuale base giuridica dei diritti invocati per ricavarne la possibile esistenza. Essa ha, piuttosto, iniziato ad effettuare un'analisi dei fatti in causa, per comprendere se questi fossero, in astratto, capaci di minacciare i diritti reclamati dal ricorrente.

Queste considerazioni sono alla base di una distinzione, effettuata dalla dottrina, tra *legal plausibility* e *factual plausibility*¹⁸.

Ad aprire questa nuova modalità applicativa del criterio è stata l'ordinanza adottata nella controversia *Equatorial Guinea v. France*¹⁹. La Corte non si limitava ad evidenziare che l'inviolabilità dei locali diplomatici fosse ascrivibile all'art. 22 della convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, ma affermava che la plausibilità del diritto invocato dalla Guinea Equatoriale potesse sostenersi sulla base della comunicazione che lo Stato aveva effettuato nei confronti della Francia relativamente all'adozione dell'edificio sito all'Avenue Foch come sua missione diplomatica e della formale presa d'atto della Francia di tale comunicazione nel 2014.

Nel caso *India v. Pakistan*²⁰, l'oggetto della controversia era la privazione dell'assistenza consolare (prevista dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche) di un cittadino indiano, il quale era stato arrestato, detenuto e condannato a morte dal tribunale marziale pachistano, con l'accusa di coinvolgimento in attività terroristiche. Il Pakistan non negava i fatti in causa, ma asseriva che i diritti invocati dall'India non fossero plausibili, asserendo che la convenzione di Vienna non fosse applicabile alle persone implicate attività terroristiche. La Corte, invece, accoglieva la richiesta dell'India, affermando che non fosse possibile escludere la riconducibilità dei fatti all'art. 36 della convenzione di Vienna, ritenendo superato il *plausibility test*.

In *Qatar v. UAE*²¹, i diritti invocati dal Qatar venivano ritenuti plausibili in quanto si poneva in evidenza che le condotte tenute dall'UAE sembravano volte a colpire solo la popolazione del Qatar e, pertanto, apparivano suscettibili di costituire atti di discriminazione razziale ai sensi della Convenzione per l'eliminazione della discriminazione razziale.

Poco tempo dopo, nella controversia *Iran v. USA*²², le misure annunciate e rese esecutive da parte del governo americano venivano considerate capaci di intaccare i diritti iraniani derivanti dal *Treaty of Amity* del 1955, per cui si riconosceva la plausibilità dei diritti iraniani in relazione al trattato in questione²³.

¹⁷ C. MILES, *Provisional Measures*, cit., p. 3 e 32 ss; M. LANDO, *Plausibility in the Provisional Measures*, cit., pp. 650-653.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 7 dicembre 2016, *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, I.C.J. Reports 2016, p. 1148 ss.

²⁰ Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 18 maggio 2017, *Jadhav (India v. Pakistan)*, I.C.J. Reports 2017, p. 231 ss.

²¹ Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 23 luglio 2018, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, I.C.J. Reports 2018, p. 406 ss.

²² Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 3 ottobre 2018, *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, I.C.J. Reports 2018, p. 623 ss.

²³ Sui casi *Qatar v. UAE* e *Iran v. USA* si veda estensivamente L. DI LULLO, *Il criterio della plausibilità nella recente giurisprudenza della Corte: i casi Qatar c. Emirati Arabi Uniti e Iran v. USA*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, pp. 384-390.

2. La plausibilità e l'elemento soggettivo nella commissione di crimini internazionali

L'applicazione del criterio della plausibilità ha avuto risvolti particolarmente interessanti con riferimento a due casi aventi ad oggetto norme di natura penale.

Da quando era stato introdotto il criterio della plausibilità, la Corte internazionale di giustizia non si era ancora trovata a decidere circa la concessione di misure cautelari in casi che contemplassero la commissione di crimini internazionali. Questa occasione le viene offerta, per la prima volta, nel 2017 in una controversia tra Ucraina e Russia²⁴ e, successivamente, nel 2019 nella controversia tra Gambia e Myanmar²⁵.

Nei casi in esame, la natura penale della norma violata ha posto, infatti, ulteriori dubbi in relazione alle modalità di applicazione del criterio della plausibilità. Nel dettaglio, si è trattato di comprendere se l'accertamento della plausibilità comprendesse o meno una verifica sulla possibile sussistenza dell'elemento soggettivo della fattispecie criminosa, oltre che dell'elemento oggettivo. Nei due casi in esame che, come si vedrà di seguito, presentano forti similitudini in riferimento alle violazioni lamentate, la Corte internazionale di giustizia applica il criterio della plausibilità in modo differente giungendo, dunque, ad esiti opposti.

2.1. Il caso Ucraina c. Federazione Russa

Nel 2017 il criterio della plausibilità subiva un'interpretazione innovativa quando la Corte internazionale di giustizia veniva chiamata ad esprimersi sulla richiesta di misure cautelari nella controversia *Ucraina v. Russia*²⁶. Nel caso di specie, l'Ucraina si rivolgeva alla Corte al fine di ottenere una tutela cautelare a favore degli interessi della propria popolazione nei confronti di due presunte violazioni commesse dalla Federazione Russa, riferite rispettivamente alla convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo (ICSFT) e la convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale (CERD).

Con riguardo alla CERD la plausibilità veniva soddisfatta rilevando come alcuni dei fatti reclamati dall'Ucraina fossero suscettibili di integrare atti di discriminazione razziale ai sensi della medesima convenzione. Anche in questo caso, dunque, la plausibilità veniva declinata secondo la più stringente versione elaborata dalla Corte a partire dal 2016.

Diversamente, con riferimento alla ICSFT, per la prima volta, i giudici della Corte negavano la concessione delle misure cautelari in quanto veniva ritenuto non soddisfatto il criterio della plausibilità.

L'Ucraina, nello specifico, lamentava violazione degli articoli 8, 9, 10, 11, 12 e 18 dell'ICSFT in relazione ad una serie di atti: il bombardamento durante una marcia pacifica a Kharkiv, il bombardamento a Mariupol; gli attacchi a Volnovakha e Kramatorsk; l'abbattimento del volo MH17 della *Malaysia Airlines*. Veniva, dunque, sostenuta la mancata cooperazione della Federazione Russa nell'adozione di misure adeguate a prevenire il

²⁴ Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 19 aprile 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)*, I.C.J. Reports 2017, p. 104 ss.

²⁵ Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 23 gennaio 2020, *Application on the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Provisional Measures, I.C.J. Reports 2020, p. 3 ss.

²⁶Vedi *supra* nota 24.

finanziamento di gruppi terroristici, oltre che l'insistente rifiuto ad indagare, perseguire o estradare i colpevoli presenti sul suo territorio.

La Federazione Russa negava la riconducibilità *ratione materiae* di tali illeciti alla ICSFT sulla base delle due nozioni di “atto terroristico” e “finanziamento al terrorismo” fornite nella medesima convenzione.

In particolare, con riferimento alla prima nozione, la difesa russa metteva in discussione la qualifica degli atti allegati dall'Ucraina come terroristici, alla luce della definizione fornita dall'art.2, para.1, lett. *b*, facente riferimento ad un atto che «per sua natura o per il contesto [...] sia diretto ad intimorire una popolazione o a costringere un governo o una organizzazione internazionale a compiere o a non compiere un qualunque atto». A tal proposito, la Federazione Russa sosteneva che le violazioni in questione fossero riferibili al solo diritto internazionale umanitario (come confermato da diversi reports di organizzazioni internazionali) e che l'Ucraina stesse erroneamente qualificando la natura di tali atti al fine di ricondurli ad una violazione dell'art.2 dell'ICSFT²⁷.

Sul versante della nozione di “finanziamento al terrorismo”, la Russia negava la sussistenza di elementi sufficienti a provare tale reato secondo la definizione fornita dall'art. 2, para. 1, dell'ICSFT incentrata sulla messa a disposizione di fondi «nell'intento di vederli utilizzati, o sapendo che saranno utilizzati» per la commissione di atti terroristici. La difesa sosteneva, infatti, la mancanza di prove attinenti alla dimostrazione dell'elemento intenzionale della fattispecie. Sulla base di tali considerazioni, la Russia riteneva di non poter essere neppure considerata colpevole per violazione dell'art. 18 dell'ICSFT, relativo alla mancata cooperazione per la prevenzione del finanziamento di gruppi terroristici.

La Federazione Russa, inoltre, metteva in dubbio la plausibilità dei diritti invocati dall'Ucraina, fornendo un'interpretazione del tutto nuova del criterio in questione. Essa sosteneva che tale requisito non fosse soddisfatto in quanto, data la particolare gravità dei reati lamentati, fosse necessario un'evidenza di prova maggiore ai fini del superamento del *plausibility test*: «Where, as here, the allegations of a very particular gravity are being made, it is necessary that there be a commensurate focus on the specific rights and breaches asserted, also on the evidence that has been put forward»²⁸.

Nell'ordinanza, la Corte accoglieva le pretese della Federazione Russa.

La Corte, nel vagliare le violazioni lamentate dall'Ucraina, metteva in luce come l'art. 18 dell'ICSFT andasse interpretato in combinato disposto con l'art. 2: infatti l'obbligo di cooperazione dello Stato nella prevenzione e repressione di qualsiasi forma di finanziamento a gruppi terroristici fa riferimento ai soli atti elencati ex art. 2. Il criterio della plausibilità andrebbe, dunque, valutato alla stregua di una sufficiente dimostrazione degli elementi oggettivi e soggettivi sanciti nell'art. 2. A tal proposito, risultava necessaria, da un lato, la dimostrazione che i finanziamenti fossero forniti «nell'intento di vederli utilizzati, o sapendo che saranno utilizzati» per la commissione di atti terroristici e, dall'altro, che tali finanziamenti fossero utilizzati per il compimento di qualsiasi atto che «per la sua natura o per il contesto [...] sia diretto ad intimorire una popolazione o a costringere un governo o una organizzazione internazionale a compiere o a non compiere un qualunque atto».

2.1.1. *La mens rea: plausibilità del reato?*

L'applicazione del criterio della plausibilità effettuato dalla Corte nel caso in questione

²⁷ Vedi *supra* nota 24, paragrafo 70.

²⁸ Per la Federazione Russa Wordsworth, CR 2017/2, p. 23, par. 6.

conferisce all'ordinanza diversi profili di interesse.

In termini generali, può dirsi confermato l'orientamento che la Corte aveva tenuto a partire dal 2016, con riferimento alla doppia analisi della plausibilità sia dal punto di vista giuridico che fattuale.

In senso più specifico, l'ordinanza assume una particolare rilevanza che deriva, principalmente, dall'inclusione dell'analisi sull'elemento intenzionale del reato di finanziamento al terrorismo ai fini della plausibilità.

Partendo dall'inclusione dell'elemento soggettivo nell'analisi relativa alla plausibilità, pare che la Corte si discosti dalle precedenti applicazioni del criterio.

Essa non si è limitata a valutare la plausibilità del diritto invocato (come possibile esistenza dello stesso) e neppure la plausibilità dei fatti (come suscettibilità di questi ultimi di intaccare i diritti in gioco). La Corte possedeva, infatti, gli strumenti per considerare soddisfatto il criterio della plausibilità anche nella sua versione più stringente. La plausibilità dei diritti reclamati dall'Ucraina si sarebbe potuta dedurre con riferimento alla documentazione fornita dallo Stato e, in particolare, ai reports della Special Monitoring Mission dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE), dai quali si deduceva il coinvolgimento russo nel finanziamento di attività terroristiche. Tali reports, a cui l'ordinanza fa cenno, avrebbero potuto ritenersi sufficienti al superamento del test, posto che la Corte non era chiamata nell'ordinanza decidere sul merito.

L'analisi effettuata dalla Corte sull'elemento soggettivo scavalca, invece, la giurisprudenza precedente, effettuando un vaglio sulla plausibilità del reato e non più del diritto o dei fatti. Una parte della dottrina ha evidenziato uno spostamento dell'asse della plausibilità: dall'accertamento della possibile esistenza del diritto, alla possibile violazione dello stesso²⁹.

Lo stesso giudice Owada, nella *separate opinion* all'ordinanza, metteva in luce come l'approccio tenuto dalla Corte non fosse coerente alle precedenti applicazioni del criterio, in cui la soglia per il soddisfacimento dello stesso era più bassa³⁰.

Il vaglio della *mens rea* comporta, inoltre, una serie di conseguenze di non facile soluzione in relazione alla mancanza di chiarezza del livello di prova necessario per il superamento del *plausibility test*.

Il giudice Owada esprimeva il timore che la valutazione particolarmente stringente sul criterio della plausibilità, effettuata in relazione all'intenzionalità, innalzasse la soglia necessaria al superamento del test ad un livello troppo elevato. Se, infatti, da un lato è vero che l'articolo 18 andasse letto in combinato disposto con l'articolo 2, è altresì vero che la Corte avrebbe dovuto valutare la probabilità, la mera possibilità che i diritti invocati dall'Ucraina potessero rientrare nell'art. 2, non implicando tale valutazione un dettagliato vaglio sulla conoscenza, l'intenzionalità e lo scopo della condotta. Per questi motivi, se la Corte avesse applicato coerentemente alla giurisprudenza precedente il criterio della plausibilità, questo si sarebbe dovuto considerare soddisfatto nel presente caso³¹. Negli stessi termini, la *separate opinion* del giudice Pocar esprimeva il proprio dissenso all'interpretazione della plausibilità operata nell'ordinanza, evidenziando che il criterio avrebbe dovuto ritenersi soddisfatto.

Il giudice Bhandari rilevava che la plausibilità dovesse incentrarsi sulla valutazione di due requisiti: l'esistenza in astratto del diritto invocato e il possesso, di tale diritto, dello Stato che lo invoca. Non risulta necessaria la prova di avere buone possibilità di vincere nel merito

²⁹ Si veda C. MILES, *Provisional measures*, cit., p.3.

³⁰ *Separate opinion* Judge Owada, para. 16-18.

³¹ *Ibidem*, para. 23-24.

(*fumus boni iuris*), ma è sufficiente la prova della non manifesta infondatezza dei diritti reclamati (*fumus non mali iuris*)³².

2.1.2. Profili problematici dell'ordinanza

Dall'inclusione della prova *mens rea* ai fini del soddisfacimento del criterio della plausibilità emergono una serie di questioni meritevoli di analisi nell'ottica di contribuire ad una identificazione chiara e precisa del contenuto del *plausibility test*.

La prima questione attiene al rischio che un sindacato così pregnante possa compromettere il giudizio di merito mediante una sua anticipazione, come sottolineato nelle opinioni di alcuni giudici della Corte.

La seconda riguarda l'asserita tesi secondo cui lo *standard* di prova necessario al soddisfacimento del criterio della plausibilità sia graduabile in relazione alla gravità dell'illecito lamentato, come sostenuto dalla difesa della Federazione Russa.

La terza si pone con riferimento al rapporto sussistente tra giurisdizione *prima facie* e plausibilità che, da un lato, sembrano accavallarsi nel contenuto ma, dall'altro, si pongono in contrasto per l'esito a cui giungono nel ragionamento della Corte.

Di seguito si procederà ad una analisi relativa a ciascuno di tali aspetti.

Il vaglio sulla *mens rea* del reato è strettamente connesso al rischio che si giunga ad un anticipo del giudizio di merito.

Questo aspetto veniva rilevato sia dal giudice il giudice Owada³³, che dal giudice Pocar, il quale, ulteriormente esprimeva la propria preoccupazione per le ricadute sulla corretta amministrazione della giustizia internazionale³⁴.

L'accertamento dell'elemento intenzionale rischia, infatti, di pregiudicare il giudizio di merito, portando la Corte a valutazioni troppo affrettate e non ponderate. D'altra parte, l'elemento soggettivo è quello che, in questo caso, distingue la condotta come terroristica e di finanziamento al terrorismo da violazioni diverse e genericamente conducibili al diritto internazionale umanitario. Negare che l'Ucraina abbia fornito sufficienti elementi di prova per dimostrare la sussistenza del requisito intenzionale di cui all'articolo 2, para. 1, significa affermare che, allo stato attuale, la Convenzione non possa ritenersi violata.

Con riferimento alla seconda questione, come precedentemente accennato, la Federazione Russa adduceva, a sostegno della propria difesa, che la valutazione più pregnante, estendibile all'elemento intenzionale, fosse coerente con la necessità di assicurare uno *standard* di prova più alto, in considerazione della particolare gravità della condotta lamentata.

Bisogna evidenziare che nessuna valutazione veniva fatta dai giudici sulla possibile gradazione dello *standard* della plausibilità in relazione alla gravità del crimine invocato, così come avanzato dalla Federazione Russa.

Non è chiaro se la Corte, nell'applicazione della plausibilità, abbia tenuto conto o meno della gravità della violazione. Ciò ha indotto alcuni studiosi a ritenere che la Corte avesse voluto mantenere quel grado di discrezionalità tale da poter condizionare il *plausibility test* alla natura dei diritti su cui si richiede tutela cautelare³⁵.

³² Separate opinion Judge Bhandari, para. 16.

³³ Vedi *supra* nota 30, para. 10.

³⁴ Separate opinion Judge Pocar, para. 5-9.

³⁵ In tal senso L. MAROTTI, *Ancora in tema di plausibility: l'ordinanza sulle misure cautelari nel caso Ucraina c. Russia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 248.

Sicuramente tale constatazione può essere ritenuta verosimile, tuttavia la possibilità che la Corte si riservi una certa discrezionalità può essere difficilmente ammissibile, in quanto i criteri per la concessione delle misure cautelari devono essere (o, quantomeno, dovrebbero essere) sufficientemente determinati o determinabili. L'idea che la Corte possa mantenere un margine così ampio di discrezionalità relativo allo *standard* di prova necessario per soddisfare il criterio della plausibilità non offre criteri oggettivi predeterminabili di giudizio e neppure consente alle parti di apprestare una difesa adeguata allo *standard* richiesto.

Infine, un aspetto peculiare dell'ordinanza è quello che afferisce ad un'apparente incongruenza dell'analisi effettuata dalla Corte tra la giurisdizione di *prima facie* e la plausibilità. Nella giurisdizione *prima facie* si tengono tendenzialmente in considerazione due aspetti: l'esistenza di una controversia tra le parti (da valutarsi in termini giuridici) e l'attribuzione alla Corte della giurisdizione per qualsiasi controversia sorta in relazione all'applicazione o interpretazione della Convenzione di cui si lamenta la violazione.

L'ordinanza, al paragrafo 30, sancisce «The Court must ascertain whether the acts of which Ukraine complains are *prima facie* capable of falling within the provisions of the Convention. The Court considers that at least some of the allegations made by Ukraine appear to be capable of falling within the scope of the ICSFT *ratione materiae*».

A ben guardare, la Corte si occupava di verificare che gli atti allegati dall'Ucraina potessero rientrare nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della ICSFT, proprio come nell'analisi della plausibilità! Questa considerazione non solo rende il confine fra giurisdizione *prima facie* e plausibilità incerto e sfumato, in quanto entrambi sembrano incentrati sulla valutazione della riconducibilità *ratione materiae* degli atti alla ICSFT, ma pone in contraddizione l'analisi della Convenzione effettuata sulla base di questi due criteri. Infatti, in un primo momento, con riferimento alla giurisdizione *prima facie*, la Corte sanciva che tali atti potessero rientrare nella ICSFT; successivamente, passando alla plausibilità, negava quanto prima aveva affermato, adducendo la mancanza di sufficienti elementi di prova a sostegno dell'elemento soggettivo.

2.2. Il caso Gambia c. Myanmar

La medesima Corte sembrerebbe essere giunta a conclusioni totalmente dissimili due anni più tardi.

L'11 novembre 2019, il Gambia depositava presso la Corte internazionale di giustizia un ricorso contro il Myanmar per presunta violazione della Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio, nei confronti della minoranza mussulmana dei Rohingya e, successivamente, sottoponeva una richiesta di adozione di misure cautelari. La Corte emetteva un'ordinanza il 23 febbraio³⁶.

Nella richiesta di adozione di misure cautelari, il precedente *Ucraina c. Federazione Russa* sprigionava la sua portata con riferimento all'interpretazione del criterio della plausibilità. Il Gambia, infatti, si preoccupava di fornire uno *standard* di prova più elevato, in grado di dimostrare l'elemento intenzionale del crimine di genocidio.

Lo Stato asseriva che la sussistenza del *dolus specialis* fosse evidente con riferimento alle tipologie di condotte tenute nei confronti dei Rohingya e chiaramente deducibile dal rapporto della *Fact-Finding Mission* istituita dalle Nazioni Unite. Nella propria linea difensiva, inoltre, il Gambia, pur preoccupandosi di fornire alla Corte elementi attinenti alla presenza di un intento genocidiale, si faceva portatore di alcune perplessità relative allo *standard* di prova

³⁶ Vedi *supra* nota 25.

richiesto per il soddisfacimento del criterio della plausibilità «In The Gambia's view, the Court should not be required, before granting provisional measures, to ascertain whether the existence of a genocidal intent is the only plausible inference to be drawn in the given circumstances from the material put before it, a requirement which would amount to making a determination on the merits. In this regard, the fact that some of the alleged acts may also be characterized as crimes other than genocide would not be inconsistent with and should not exclude the plausible inference of the existence of the said genocidal intent»³⁷.

Il Myanmar, sul polo opposto, sosteneva che l'accertamento del dolo specifico fosse fondamentale per la valutazione della concessione delle misure cautelari, in quanto elemento imprescindibile di differenziazione tra il genocidio e altri crimini. Nel caso di mancata prova della *mens rea*, la Corte avrebbe dovuto riconoscere non plausibile la richiesta del Gambia e, conseguentemente, rifiutare la concessione della tutela cautelare³⁸. La difesa richiamava la giurisprudenza della Corte relativa all'ordinanza sulle misure cautelari nel caso *Ucraina c. Federazione Russa*, rilevando come, in quel caso, fossero state negate le misure cautelari in quanto la mancata prova dell'elemento intenzionale aveva determinato il non soddisfacimento del requisito della plausibilità.

Lo Stato adduceva, inoltre, che la particolare gravità dei crimini invocati richiedesse il soddisfacimento di un più alto livello di prova al fine del superamento del *plausibility test*³⁹, analogamente alla posizione tenuta dalla Federazione Russa nel caso precedente.

La Corte, nell'ordinanza, decideva a favore del Gambia, sostenendo che i fatti e le circostanze menzionate fossero sufficienti a ritenere plausibili i diritti invocati. In particolare, al para. 56 dell'ordinanza, si legge «the Court does not consider that the exceptional gravity of the allegations is a decisive factor warranting, as argued by Myanmar, the determination, at the present stage of the proceedings, of the existence of a genocidal intent».

Questa affermazione pone in evidenza due aspetti: il primo è che non parrebbe essere necessaria, in questa fase, la valutazione dell'elemento intenzionale; il secondo è che la particolare gravità del crimine non giustifica uno *standard* di prova più elevato.

In questo caso la Corte pare aver ripristinato la versione classica (seppur più stringente) della plausibilità con riferimento alla possibile esistenza dei diritti invocati e alla mera capacità dei fatti di poter minacciare i diritti reclamati.

2.2.1. La non rilevanza della *mens rea* ai fini della plausibilità

L'ordinanza emessa in favore delle misure cautelari richieste dal Gambia pone degli interrogativi sulla coerenza interpretativa del criterio della plausibilità da parte della Corte con il precedente *Ucraina c. Federazione Russa*.

Innanzitutto, occorre preliminarmente notare che un confronto tra i due casi pare interessante nell'ottica in cui essi sono accomunati da un elemento significativo, ovvero riguardano l'applicazione di trattati di diritto internazionale penale⁴⁰.

Tale considerazione comporta che entrambi i trattati siano finalizzati alla determinazione di una fattispecie criminosa e alla sua prevenzione e repressione. Nella tipizzazione della fattispecie criminosa vengono, inevitabilmente, considerati due aspetti:

³⁷ *Ibidem*, para. 46.

³⁸ CR 2019/19, Schabas, p. 25, para. 11.

³⁹ *Ibidem* para. 12-13.

⁴⁰ Tale assonanza era stata notata anche nella difesa di Schabas per il Myanmar, vedi CR 2019/19, Schabas, p. 24, para.10.

l'elemento soggettivo e quello oggettivo. Tale costruzione della norma accomuna sia la Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio, sia la Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento al terrorismo.

A tale analogia si contrappone una scelta diversa della Corte nell'applicazione del criterio della plausibilità che riguarda principalmente l'elemento soggettivo della condotta criminosa.

L'analisi dell'intenzionalità è decisamente più sfumata nell'ordinanza *Gambia v. Myanmar*⁴¹. Nonostante in quest'ultimo caso venga fatto espresso richiamo al *Report della Fact-Finding Mission* delle Nazioni Unite, dal quale emergerebbe un intento genocidiale, i giudici non si soffermano nell'accertamento di tale elemento. Sembra che la Corte ripristini l'interpretazione del criterio della plausibilità come utilizzato nella sua precedente giurisprudenza.

A tal proposito rivestono particolare interesse le considerazioni del giudice Kress il quale precisa come sia evidente, dal paragrafo 56 dell'ordinanza, che la Corte abbia applicato uno *standard* di plausibilità più basso con riferimento all'intento genocidiale, aggiungendo «Whatever the correct interpretation of the standard applied in the Court's Order in the Ukraine v. Russian Federation case might be, the Court, in the present case, has not proceeded to anything close to a detailed examination of the question of genocidal intent»⁴².

La mancanza di analisi sulla *mens rea* abbassa, conseguentemente, lo *standard* di prova necessario al superamento del test.

Per indagare su tali differenze, si farà riferimento agli stessi elementi di analisi utilizzati nei paragrafi precedenti.

2.2.2. Le conseguenze della nuova interpretazione adottate dalla Corte

La scelta interpretativa adottata dalla Corte internazionale di giustizia nel precedente *Ucraina c. Federazione Russa* aveva implicato una serie di conseguenze già analizzate, ovvero il rischio di anticipo del giudizio di merito, la commisurazione del livello di prova in base alla gravità del reato e una sovrapposizione tra plausibilità e giurisdizione *prima facie*. Queste stesse criticità non appaiono rinvenibili in questa più recente ordinanza in cui la Corte adotta un approccio differente.

Innanzitutto, l'applicazione della plausibilità priva di considerazioni sull'elemento intenzionale consente il superamento del rischio evidenziato dal giudice Owada con riferimento ad un eccessivo innalzamento dello *standard* di prova richiesto e al rischio di un anticipo del giudizio di merito. Questa interpretazione, piuttosto, rende più marcata la distinzione tutela cautelare e giudizio di merito, ripristinando i timori che il giudice Pocar aveva espresso con importanti conseguenze sulla corretta amministrazione della giustizia internazionale.

Il fatto che la Corte non prenda posizione sulla necessità di accertamento della *mens rea* comporta che essa non si esprima in alcun modo sulla violazione o meno della Convenzione sul genocidio, rimandando tali considerazioni al giudizio di merito.

Si era fatto, inoltre, cenno alla pretesa secondo la quale lo *standard* della plausibilità fosse graduabile in considerazione della gravità della violazione lamentata. Questa tesi era

⁴¹ A riguardo si veda anche M. FERRARA, *L'ordinanza cautelare della Corte internazionale di giustizia nel caso Gambia c. Myanmar: la prova dell'intento genocidario tra giurisdizione prima facie e test di plausibilità della pretesa*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2020, pp. 523-524.

⁴² Declaration of Judge ad hoc Kress, para. 5.

stata sostenuta dalla Federazione Russa e, successivamente, ribadita dal Myanmar nell'intento di innalzare la soglia necessaria al superamento del *plausibility test*, includendovi la prova dell'elemento intenzionale.

Con questa più recente ordinanza la Corte mette un punto sulla questione che era in precedenza rimasta irrisolta, sancendo che l'eccezionale gravità dei fatti in questione non giustifica la necessità di prova dell'elemento intenzionale⁴³, con un aggravamento dello *standard* probatorio richiesto.

La negazione della modulabilità dello *standard* probatorio richiesto a seconda della gravità delle violazioni invocate parrebbe, inoltre, essere molto più in linea con la funzione che la tutela cautelare mira a svolgere. Infatti, in tal senso, una maggiore gravità delle violazioni dovrebbe, semmai, abbassare lo *standard* di prova richiesto ai fini del superamento del *plausibility test*.

Nell'opinione del giudice Kress, infatti, viene posto in evidenza che «The Court rejects the idea of such a more stringent standard. I agree and wish to add that, rather than saying, as Myanmar has done, that a strict standard to be applied at the merits stage in case of exceptionally grave allegations, must apply “a fortiori” “at the provisional measures phase”, one might wonder whether the distinct that is, the protective function of provisional measures does not point in the opposite direction, precisely because fundamental values are at stake»⁴⁴.

Infine, occorre soffermarsi sulla distinzione tra giurisdizione *prima facie* e plausibilità che in questa più recente ordinanza appare più marcata e mantiene una differente coerenza argomentativa.

Infatti, nella giurisdizione *prima facie* la Corte afferma «the Court is not required to ascertain whether any violations of Myanmar's obligations under the Genocide Convention have occurred. Such a finding, which notably depends on the assessment of the existence of an intent to destroy, in whole or in part, the group of the Rohingya as such, could be made by the Court only at the stage of the examination of the merits of the present case. What the Court is required to do at the stage of making an order on provisional measures is to establish whether the acts complained of by The Gambia are capable of falling within the provisions of the Genocide Convention»⁴⁵.

La Corte finisce per ritenere che almeno alcuni degli atti lamentati dal Gambia possano essere riconducibili *ratione materiae* alla convenzione sul genocidio.

Nell'analisi sulla plausibilità la coerenza argomentativa della giurisdizione *prima facie* viene mantenuta dai giudici, nella misura in cui essi nuovamente ribadiscono la mancata necessità di un vaglio relativo all'elemento soggettivo del reato in questa fase del procedimento.

Tuttavia, il criterio della plausibilità non viene interpretato e applicato con riferimento alla riconducibilità dei diritti invocati all'ambito di applicazione della Convenzione sul genocidio.

In quest'ultimo caso, infatti, ci si limita solo a constatare che i diritti reclamati dal Gambia e per i quali si richiede tutela cautelare sono plausibili⁴⁶. Nessun riferimento viene effettuato in relazione alla suscettibilità dei fatti di rientrare *ratione materiae* nella Convenzione sul genocidio.

⁴³ Vedi *supra* nota 25, para. 56.

⁴⁴ Separate opinion of Judge Kress, para. 56.

⁴⁵ Vedi *supra* nota 25, para. 30.

⁴⁶ *Ibidem*, para. 56.

Questa coerenza argomentativa ha un duplice valore: da un lato, ‘ripristina’ la rottura che nel caso *Ucraina c. Russia* aveva portato la Corte a ritenere soddisfatta la giurisdizione *prima facie* ma non plausibili i diritti invocati sulla base della ICSFT; dall’altro segna una più appropriata distinzione tra i due criteri della giurisdizione *prima facie* e della plausibilità, che riacquistano quell’indipendenza argomentativa che in precedenza avevano perso.

3. Conclusioni

Ancora oggi lo *standard* della plausibilità continua a non avere una definizione precisa, motivo per cui le applicazioni della Corte tendono ad oscillare, sottoponendosi, conseguentemente, a critiche.

In termini generali, sembra ragionevole supporre che la plausibilità vada riferita sia ai fatti che ai diritti, secondo le modalità elaborate dalla Corte internazionale di giustizia a partire dal 2016.

La plausibilità dovrebbe avere come linee guida due elementi: la configurabilità di un diritto come astrattamente possibile di esistere (quindi sancito dal diritto internazionale consuetudinario o pattizio) e l’esistenza di fatti i quali facciano presumere la sussistenza di una possibile minaccia (non violazione!) del diritto.

L’accertamento di uno solo di questi due elementi, probabilmente non sarebbe sufficiente. Infatti, la mera esistenza del diritto non basterebbe a giustificare una misura cautelare, poiché qualsiasi diritto sancito in una Convenzione potrebbe essere reclamato come esistente (verosimilmente a quanto sostenuto dal giudice Koroma in *Costa Rica v. Nicaragua*), ma tale invocazione di esistenza del diritto non coincide con la possibilità che tale diritto sia minacciato nel caso concreto e venga, pertanto, giustificata l’adozione di una misura cautelare. Allo stesso tempo, una mera analisi dei fatti, se non accompagnata dalla lamentata violazione di un diritto, non sarebbe in grado di dimostrare l’esigenza, insita nelle misure cautelari, di tutelare i diritti delle parti.

È possibile sostenere che sia nel caso *Ucraina c. Federazione Russa*, che in *Gambia c. Myanmar* la Corte abbia applicato questa più recente versione della plausibilità.

Nel primo caso, la Corte si sofferma sugli aspetti fattuali, richiamando i bombardamenti a Kharkive Mariupol, gli attacchi a Volnovakha e Kramatorsk e, infine, l’abbattimento dell’aereo della Malaysia Airlines (paragrafo 75 dell’ordinanza).

Anche nel caso *Gambia v. Myanmar* è possibile rintracciare il più recente approccio della Corte, relativo alla plausibilità non solo dei diritti ma anche dei fatti. Non a caso la Corte afferma che tutti i fatti e le circostanze a cui si fa cenno nei paragrafi 53-55 sono sufficienti a considerare plausibili i diritti allegati dal Gambia (para. 56 dell’ordinanza).

Il punto della questione è capire se l’applicazione più rigida del criterio della plausibilità (esteso oltre che ai diritti, anche ai fatti) giustifichi un vaglio sull’elemento intenzionale quando si abbia ad oggetto violazioni di natura penale.

Alla luce dell’analisi finora effettuata, non pare potersi sostenere questa tesi.

Infatti, l’applicazione del *plausibility test*, anche nella sua più rigorosa variante, non dovrebbe estendersi alla valutazione dell’elemento intenzionale quando si riferisce alla commissione di crimini.

Sul punto, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia ha utilizzato approcci differenti.

Nel caso *Ucraina c. Russia* la Corte si è espressa a favore di tale valutazione. Questa presa di posizione ha, tuttavia, determinato alcune ricadute su altri aspetti, determinando una serie di conseguenze: un innalzamento dello standard probatorio per il soddisfacimento del requisito; un rischio di anticipo del giudizio di merito; una sovrapposizione tra requisito della giurisdizione *prima facie* e della plausibilità.

Diversamente nel caso *Gambia c. Myanmar* la Corte si è espressa in senso sfavorevole con riferimento all'inclusione della *mens rea* negli elementi di valutazione del criterio della plausibilità. Il sindacato meno stringente ha, di converso, comportato una attenuazione delle conseguenze precedentemente elencate, determinando: un abbassamento dello standard probatorio ad un livello più adeguato a questa fase del procedimento; un abbassamento del rischio relativo all'anticipo del giudizio di merito; una più marcata differenziazione tra i criteri della giurisdizione *prima facie* e della plausibilità, in quanto basati su differenti criteri di valutazione.

Appare evidente che la Corte sia giunta a due conclusioni diverse su due casi simili.

L'approccio adottato nella più recente ordinanza, nel caso *Gambia c. Myanmar*, sembrerebbe da preferire. Nella stessa ordinanza, inoltre, i giudici si sono espressi su due degli aspetti problematici precedentemente messi in luce.

In *primis*, ha enunciato che una maggiore gravità della violazione non giustifica uno standard probatorio più elevato.

In *secundis*, ha negato la necessità di vagliare l'elemento intenzionale (che implicherebbe un accertamento sulla violazione della convenzione, quindi sul merito) sia con riferimento alla giurisdizione *prima facie* che in relazione alla plausibilità.

A tal proposito, solo la giurisprudenza futura potrà dare una conferma di questi ultimi criteri.

L'ordinanza nella controversia *Gambia c. Myanmar* è da preferirsi anche per il giustificato timore relativo ad un anticipo del giudizio di merito in considerazione dell'applicazione particolarmente stringente della plausibilità nell'ordinanza *Ucraina c. Russia*. Per questi motivi, un sindacato "più lento" sembra maggiormente opportuno al fine di salvaguardare la fase definitiva del giudizio.

Sul versante della differenza tra giurisdizione *prima facie* e plausibilità occorre mettere in luce come i due criteri siano posti a presidio di due diverse esigenze. La giurisdizione *prima facie* è funzionale ad una verifica sommaria sulla sussistenza, in capo alla Corte, della competenza necessaria a decidere sulla controversia. La plausibilità, invece, si prefigge come scopo quello di evitare che vengano adottate misure cautelari limitative della sovranità di uno Stato, in assenza di elementi sufficienti a far presupporre una minaccia dei diritti che si intendono tutelare⁴⁷.

Nell'ordinanza *Ucraina c. Federazione Russa*, i due criteri hanno finito per sovrapporsi e per risolversi in un'analisi sulla riconducibilità dei fatti alla ICSFT. Quest'approccio, sebbene adeguato ai fini della determinazione della giurisdizione *prima facie*, ha comportato la determinazione di una variante troppo stringente della plausibilità che rischia di frustrare le stesse finalità delle misure cautelari.

I giudici, peraltro, non solo hanno utilizzato lo stesso criterio (la riconducibilità *ratione materiae* dei fatti alla ICSFT) per la determinazione della giurisdizione *prima facie* e della plausibilità, ma sono arrivati persino a trarre conclusioni diverse nei due casi pur applicando lo stesso criterio! Nella giurisdizione di *prima facie* l'ambito di applicazione dei fatti alla

⁴⁷ M. LANDO, *Plausibility in the Provisional Measures*, cit., pp. 661.

convenzione è stato soddisfatto, nella plausibilità no. È chiaro che questa duplice soluzione non brilla per coerenza argomentativa.

L'applicazione effettuata, invece, nella più recente ordinanza nel caso *Gambia c. Myanmar*, appare più bilanciata e soprattutto più funzionale alle finalità che i due criteri si prefiggono. Inoltre, essendo stati i due criteri (giurisdizione *prima facie* e plausibilità) valutati alla stregua di parametri diversi, la Corte avrebbe ben potuto ritenere soddisfatto un requisito e non un altro senza implicare una mancanza di coerenza argomentativa dell'ordinanza.

In generale, alla luce di quanto detto, il criterio della plausibilità utilizzato dell'ordinanza *Gambia c. Myanmar* sembra sia da preferirsi per un ampio ventaglio di motivi e, soprattutto, appare anche in linea con la giurisprudenza precedente della Corte. A questo punto, potrebbe dirsi che la plausibilità così come applicata nel caso *Russia c. Ucraina* abbia costituito un *unicum* nella giurisprudenza della Corte, che ha comportato l'interpretazione della plausibilità ad un livello ancora più stringente della *legal* e della *factual plausibility*. Non pare di potersi ritenere, infatti, che seppure si opti per un'applicazione di una più severa del criterio della plausibilità (così come elaborata a partire dal 2016), sia necessaria la prova dell'elemento intenzionale di un reato per il soddisfacimento del test.

Occorre, infine, segnalare che la Corte internazionale di giustizia sia ritornata nuovamente sul tema della plausibilità nell'ordinanza emanata il 16 marzo 2022 e avente ad oggetto una nuova controversia tra Ucraina e Russia⁴⁸. Sebbene anche in questo caso sia stata reclamata una violazione della Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio, l'ordinanza in esame non sembra offrire spunti utili ad una ricostruzione sulla evoluzione della plausibilità per crimini internazionali con riguardo alla *mens rea*. Questa circostanza è principalmente dovuta al fatto che, nel caso in esame, l'*applicant* (ovvero l'Ucraina) reclaims il proprio diritto a non essere sottoposta ad operazioni militari russe sul proprio territorio sulla base di un'interpretazione abusiva dell'art. 1 della medesima Convenzione.

Nella presente ordinanza, dunque, non è possibile rinvenire la lamentata violazione dello specifico crimine di genocidio che, essendo appunto connotato dalla *mens rea* e dall'*actus reus*, avrebbe fornito alla Corte l'occasione di tornare nuovamente sulla questione.

⁴⁸ Ordinanza della Corte internazionale di giustizia del 16 marzo 2022, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v Russian Federation)*.