

**Conseil de sécurité**

Distr. générale
27 janvier 2020
Français
Original : anglais

**Lettre datée du 24 janvier 2020, adressée au Président
du Conseil de sécurité par le Secrétaire général**

Comme suite à une communication reçue du Greffier de la Cour internationale de Justice et conformément au paragraphe 2 de l'article 41 du Statut de la Cour, j'ai l'honneur de vous transmettre ci-joint copie de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires dans l'affaire concernant l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)* (voir annexe)¹.

(Signé) António Guterres

¹ L'annexe est distribuée uniquement dans la langue de l'original.



Annexe

[Original : Anglais et Français]

23 JANUARY 2020

ORDER

**APPLICATION OF THE CONVENTION ON THE PREVENTION
AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE**

(THE GAMBIA v. MYANMAR)

—————
**APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION
ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE**

(GAMBIE c. MYANMAR)

23 JANVIER 2020

ORDONNANCE

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
QUALITÉS	1-13
I. COMPÉTENCE <i>PRIMA FACIE</i>	16-38
1. Introduction générale	16-19
2. Existence d'un différend relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la convention sur le génocide	20-31
3. La réserve du Myanmar à l'article VIII de la convention	32-36
4. Conclusion quant à la compétence <i>prima facie</i>	37-38
II. QUESTION DE LA QUALITÉ POUR AGIR DE LA GAMBIE	39-42
III. LES DROITS DONT LA PROTECTION EST RECHERCHÉE ET LE LIEN ENTRE CES DROITS ET LES MESURES DEMANDÉES	43-63
IV. LE RISQUE DE PRÉJUDICE IRRÉPARABLE ET L'URGENCE	64-75
V. CONCLUSION ET MESURES À ADOPTER	76-85
DISPOSITIF	86

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 2020

23 janvier 2020

2020
23 janvier
Rôle général
n° 178

APPLICATION DE LA CONVENTION POUR LA PRÉVENTION
ET LA RÉPRESSION DU CRIME DE GÉNOCIDE

(GAMBIE c. MYANMAR)

DEMANDE EN INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

ORDONNANCE

Présents : M. YUSUF, *président* ; MME XUE, *vice-présidente* ; MM. TOMKA, ABRAHAM, BENNOUNA, CANÇADO TRINDADE, MME DONOGHUE, M. GAJA, MME SEBUTINDE, MM. BHANDARI, ROBINSON, CRAWFORD, GEVORGLAN, SALAM, IWASAWA, *juges* ; MME PILLAY, M. KRESS, *juges ad hoc* ; M. GAUTIER, *greffier*.

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Après délibéré en chambre du conseil,

Vu les articles 41 et 48 du Statut de la Cour et les articles 73, 74 et 75 de son Règlement,

Rend l'ordonnance suivante :

- 2 -

1. Le 11 novembre 2019, la République de Gambie (ci-après la «Gambie») a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre la République de l'Union du Myanmar (ci-après le «Myanmar») concernant des violations alléguées de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (ci-après la «convention sur le génocide» ou la «convention»).

2. Au terme de sa requête, la Gambie

«prie respectueusement la Cour de dire et juger que le Myanmar :

- a manqué et continue de manquer aux obligations qui lui incombent au regard de la convention sur le génocide, notamment celles énoncées à l'article premier, aux *lett. a), b), c), d) et e)* de l'article III, ainsi qu'aux articles IV, V et VI ;
- doit immédiatement mettre fin à tout fait internationalement illicite de ce type qui se poursuit et se conformer pleinement aux obligations qui lui incombent au regard de la convention sur le génocide, notamment celles énoncées à l'article premier, aux *lett. a), b), c), d) et e)* de l'article III, ainsi qu'aux articles IV, V et VI ;
- doit s'assurer que les personnes ayant commis le génocide soient punies par les tribunaux compétents ou une juridiction pénale internationale, comme l'exigent l'article premier et l'article VI de la convention sur le génocide ;
- doit satisfaire à ses obligations de réparation au profit des victimes d'actes de génocide appartenant au groupe des Rohingya, y compris, mais sans que cette énumération soit limitative, en permettant le retour, en toute sécurité et dans la dignité, des membres de ce groupe déplacés de force, en respectant la citoyenneté à part entière et les droits de l'homme des Rohingya, et en les protégeant contre la discrimination, la persécution et d'autres actes y relatifs, conformément à l'obligation de prévenir le génocide qui lui incombe au titre de l'article premier de la convention sur le génocide ; et
- doit offrir des assurances et des garanties de non-répétition des violations de la convention sur le génocide, notamment en ce qui concerne les obligations énoncées à l'article premier, aux *lett. a), b), c), d) et e)* de l'article III, ainsi qu'aux articles IV, V et VI.»

3. Dans sa requête, la Gambie entend fonder la compétence de la Cour sur le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut de celle-ci et sur l'article IX de la convention sur le génocide.

4. La requête contenait une demande en indication de mesures conservatoires, présentée en application de l'article 41 du Statut de la Cour et des articles 73, 74 et 75 du Règlement.

5. Au terme de sa demande, la Gambie priait la Cour d'indiquer les mesures conservatoires suivantes :

- «a) le Myanmar doit immédiatement, conformément à l'engagement qu'il a assumé aux termes de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir tout acte constituant un crime de génocide ou y contribuant, y compris toutes les mesures en son pouvoir pour empêcher la commission, à l'encontre de tout membre du groupe rohingya, des actes ci-après : exécutions extrajudiciaires ou mauvais traitements ; viols ou autres formes de violence sexuelle ; incendie de maisons ou de villages ; destruction de terres et de bétail, privation de nourriture et d'autres biens de première nécessité ou toute autre soumission intentionnelle du groupe rohingya à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- b) le Myanmar doit en particulier veiller à ce qu'aucune des unités militaires, paramilitaires ou unités armées irrégulières qui pourraient relever de son autorité ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourrait se trouver sous son contrôle, son autorité ou son influence ne commette, à l'encontre du groupe rohingya, un quelconque acte de génocide, ne participe à une entente en vue de commettre le crime de génocide, n'incite directement et publiquement à commettre ce crime ou ne s'en rende complice, notamment par les actes ci-après : exécutions extrajudiciaires ou mauvais traitements ; viols ou autres formes de violence sexuelle ; incendie de maisons ou de villages ; destruction de terres et de bétail, privation de nourriture et d'autres biens de première nécessité ou toute soumission intentionnelle du groupe rohingya à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- c) le Myanmar doit s'abstenir de détruire ou de rendre inaccessible tout élément de preuve se rapportant aux faits décrits dans la requête, y compris, mais non exclusivement, en détruisant ou en rendant inaccessibles les dépouilles des membres du groupe rohingya qui auraient été victimes d'actes de génocide, ou en transformant les lieux où de tels actes auraient été commis de sorte à rendre inaccessibles les éventuels éléments de preuve y afférents ;
- d) le Myanmar et la Gambie doivent ne prendre aucune mesure, et veiller à ce qu'il n'en soit pris aucune, qui soit de nature à aggraver ou étendre le différend existant qui constitue l'objet de la requête, ou à en rendre le règlement plus difficile ; et
- e) le Myanmar et la Gambie fourniront chacun à la Cour un rapport exposant l'ensemble des mesures prises pour donner effet à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, au plus tard quatre mois après le prononcé de celle-ci.»

6. Le greffier a immédiatement communiqué au Gouvernement du Myanmar la requête contenant la demande en indication de mesures conservatoires, conformément au paragraphe 2 de l'article 40 du Statut de la Cour et au paragraphe 2 de l'article 73 du Règlement. Il a également informé le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du dépôt par la Gambie de cette requête et de cette demande.

7. En attendant que la communication prévue au paragraphe 3 de l'article 40 du Statut ait été effectuée, le greffier a informé tous les Etats admis à ester devant la Cour, par lettre en date du 11 novembre 2019, du dépôt de la requête et de la demande en indication de mesures conservatoires.

- 4 -

8. La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de la nationalité de l'une ou l'autre Partie, chacune d'elles s'est prévalué du droit que lui confère l'article 31 du Statut de procéder à la désignation d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire. La Gambie a désigné Mme Navanethem Pillay et le Myanmar, M. Claus Kress.

9. Par lettres en date du 12 novembre 2019, le greffier a informé les Parties que la Cour, conformément au paragraphe 3 de l'article 74 de son Règlement, avait fixé aux 10, 11 et 12 décembre 2019 les dates de la procédure orale sur la demande en indication de mesures conservatoires.

10. Par lettre en date du 9 décembre 2019, dont copie a immédiatement été communiquée au Myanmar, la Gambie a soumis à la Cour le texte d'une nouvelle mesure conservatoire sollicitée par elle :

«La Gambie demande qu'il soit prescrit au Myanmar de donner accès et d'apporter son concours à tous les organes d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies qui enquêtent sur des actes de génocide qui auraient été commis contre les Rohingya, y compris sur les conditions auxquelles ces derniers sont soumis.»

11. Au cours des audiences publiques, des observations orales sur la demande en indication de mesures conservatoires ont été présentées par :

Au nom de la Gambie : S. Exc. M. Abubacarr Marie Tambadou,
M. Payam Akhavan,
M. Andrew Loewenstein,
Mme Tafadzwa Pasipanodya,
M. Arsalan Suleman,
M. Pierre d'Argent,
M. Paul Reichler,
M. Philippe Sands.

Au nom du Myanmar : S. Exc. Mme Aung San Suu Kyi,
M. William Schabas,
M. Christopher Staker,
Mme Phoebe Okowa.

12. Au terme de son second tour d'observations orales, la Gambie a prié la Cour d'indiquer les mesures conservatoires suivantes :

«a) le Myanmar doit immédiatement, conformément à l'engagement qu'il a assumé aux termes de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir tout acte constituant un crime de génocide ou y contribuant, y compris toutes les mesures en son pouvoir pour empêcher la commission, à l'encontre de tout membre du groupe rohingya, des actes ci-après : exécutions extrajudiciaires ou mauvais traitements ; viols ou autres formes de violence sexuelle ; incendie de

- 5 -

maisons ou de villages ; destruction de terres et de bétail, privation de nourriture et d'autres biens de première nécessité ou toute autre soumission intentionnelle du groupe rohingya à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;

- b) le Myanmar doit en particulier veiller à ce qu'aucune des unités militaires, paramilitaires ou unités armées irrégulières qui pourraient relever de son autorité ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourrait se trouver sous son contrôle, son autorité ou son influence ne commette, à l'encontre du groupe rohingya, un quelconque acte de génocide, ne participe à une entente en vue de commettre le crime de génocide, n'incite directement et publiquement à commettre ce crime ou ne s'en rende complice, notamment par les actes ci-après : exécutions extrajudiciaires ou mauvais traitements ; viols ou autres formes de violence sexuelle ; incendie de maisons ou de villages ; destruction de terres et de bétail, privation de nourriture et d'autres biens de première nécessité ou toute autre soumission intentionnelle du groupe rohingya à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- c) le Myanmar doit s'abstenir de détruire ou de rendre inaccessible tout élément de preuve se rapportant aux faits décrits dans la requête, y compris, mais non exclusivement, en détruisant ou en rendant inaccessibles les dépouilles des membres du groupe rohingya qui auraient été victimes d'actes de génocide, ou en transformant les lieux où de tels actes auraient été commis de sorte à rendre inaccessibles les éventuels éléments de preuve y afférents ;
- d) le Myanmar et la Gambie doivent ne prendre aucune mesure, et veiller à ce qu'il n'en soit pris aucune, qui soit de nature à aggraver ou étendre le différend existant qui constitue l'objet de la requête, ou à en rendre le règlement plus difficile ;
- e) le Myanmar et la Gambie fourniront chacun à la Cour un rapport exposant l'ensemble des mesures prises pour donner effet à l'ordonnance en indication de mesures conservatoires, au plus tard quatre mois après le prononcé de celle-ci ; et
- f) le Myanmar doit donner accès et apporter son concours à tous les organes d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies qui enquêtent sur des actes de génocide qui auraient été commis contre les Rohingya, y compris sur les conditions auxquelles ces derniers sont soumis.»

13. Au terme de son second tour d'observations orales, le Myanmar a prié la Cour :

- «1) de radier l'affaire de son rôle ;
- 2) à titre subsidiaire, de rejeter la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Gambie.»

*

* *

- 6 -

14. Dans sa requête, la Gambie sollicite la protection «de l'ensemble des membres du groupe rohingya se trouvant sur le territoire du Myanmar, en tant que membres d'un groupe protégé au titre de la convention sur le génocide». D'après un rapport de 2016 établi par le haut-commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, les musulmans rohingya «se considèrent comme un groupe ethnique qui se distingue par sa langue et sa culture, et revendiquent un lien de longue date avec l'Etat rakhine»; toutefois, «[l]es gouvernements successifs [du Myanmar] ont rejeté ces revendications et les Rohingya n'ont pas été inclus dans la liste des groupes ethniques reconnus. La plupart d'entre eux sont apatrides» (Nations Unies, Situation des droits de l'homme des musulmans rohingya et d'autres minorités au Myanmar, doc. A/HRC/32/18, 29 juin 2016, par. 3).

15. Lorsque la Cour mentionne, dans la présente ordonnance, les «Rohingya», il faut comprendre qu'elle fait référence au groupe qui se considère comme le groupe rohingya et qui revendique un lien de longue date avec l'Etat rakhine, lequel fait partie de l'Union du Myanmar.

I. COMPÉTENCE *PRIMA FACIE*

1. Introduction générale

16. La Cour ne peut indiquer des mesures conservatoires que si les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée, mais n'a pas besoin de s'assurer de manière définitive qu'elle a compétence quant au fond de l'affaire (voir, notamment, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, C.I.J. Recueil 2018 (II)*, p. 630, par. 24).

17. En la présente espèce, la Gambie entend fonder la compétence de la Cour sur le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut de celle-ci et sur l'article IX de la convention sur le génocide (voir le paragraphe 3 ci-dessus). La Cour doit donc, en premier lieu, déterminer si ces dispositions lui confèrent *prima facie* compétence pour statuer au fond de l'affaire, ce qui lui permettrait — sous réserve que les autres conditions nécessaires soient réunies — d'indiquer des mesures conservatoires.

18. L'article IX de la convention sur le génocide est ainsi libellé :

«Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend.»

19. La Gambie et le Myanmar sont tous deux parties à la convention sur le génocide. Le Myanmar a déposé son instrument de ratification le 14 mars 1956 sans faire de réserve à l'article IX ; il a en revanche formulé des réserves aux articles VI et VIII. La Gambie a adhéré à la convention, sans aucune réserve, le 29 décembre 1978.

2. Existence d'un différend relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la convention sur le génocide

20. L'article IX de la convention sur le génocide subordonne la compétence de la Cour à l'existence d'un différend relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution dudit instrument. Il existe un différend entre des Etats lorsque leurs points de vue quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations internationales sont nettement opposés (voir *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, mesures conservatoires, ordonnance du 19 avril 2017, C.I.J. Recueil 2017, p. 115, par. 22, citant *Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1950, p. 74). Il faut que la réclamation de l'une des parties «se heurte à l'opposition manifeste» de l'autre (*Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 328). La Cour ne peut se borner à constater que l'une des parties soutient qu'il existe un différend et que l'autre le nie (cf. *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 810, par. 16). La Gambie entendant fonder sa compétence sur la clause compromissoire d'une convention internationale, la Cour doit donc rechercher si les actes dont le demandeur tire grief sont susceptibles d'entrer dans les prévisions de cet instrument et si, par suite, le différend est de ceux dont la Cour pourrait avoir compétence pour connaître *ratione materiae* (*Inimmunités et procédures pénales (Guinée équatoriale c. France)*, mesures conservatoires, ordonnance du 7 décembre 2016, C.I.J. Recueil 2016 (II), p. 1159, par. 47). La Cour rappelle également que, «[e]n principe, la date à laquelle doit être appréciée l'existence d'un différend est celle du dépôt de la requête» (voir, par exemple, *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 271, par. 39).

* * *

21. La Gambie affirme qu'un différend l'oppose au Myanmar au sujet de l'interprétation et de l'application de la convention sur le génocide, ainsi que de l'exécution des obligations incombant au défendeur «de prévenir le génocide et de s'abstenir de commettre lui-même des actes de génocide». Elle avance plus particulièrement que, au mois d'octobre 2016, l'armée et d'autres forces de sécurité du Myanmar ont commencé à mener contre le groupe rohingya des «opérations de nettoyage» généralisées et systématiques, au cours desquelles elles ont commis des meurtres de masse, des viols et d'autres formes de violence sexuelle et se sont livrées à la destruction systématique des villages rohingya par le feu, souvent alors que les habitants étaient enfermés dans leurs maisons, et ce, avec l'intention de détruire en tout ou en partie les Rohingya en tant que groupe. Le demandeur ajoute que, depuis le mois d'août 2017, ces actes de génocide se poursuivent avec la reprise par le Myanmar d'«opérations de nettoyage» menées de manière plus massive et à une plus grande échelle sur le plan géographique.

22. La Gambie soutient que, avant de déposer sa requête, elle a clairement fait connaître au Myanmar que les actes de ce dernier constituaient un manquement aux obligations lui incombant au titre de la convention sur le génocide, mais que le Myanmar «rejette et conteste toute allégation de violation de la convention sur le génocide formulée contre lui». A cet égard, la Gambie argue

- 8 -

qu'elle a, dans des enceintes multilatérales, fait plusieurs déclarations dans lesquelles elle évoquait clairement la situation des Rohingya dans l'Etat rakhine, y compris des allégations de violations par le Myanmar de la convention sur le génocide, et s'est dite prête à porter cette question devant la Cour. Elle ajoute que le défendeur savait que la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar mise en place par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (ci-après la «mission d'établissement des faits») se félicitait des efforts déployés par certains Etats, en particulier le Bangladesh et la Gambie, et par l'Organisation de la coopération islamique (ci-après l'«OCI») «pour encourager et engager une procédure contre le Myanmar devant la Cour internationale de Justice au titre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide» (Nations Unies, Rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/42/50, 8 août 2019, par. 107). Selon le demandeur, le Myanmar a rejeté en bloc les rapports établis par cette mission ainsi que les conclusions qui y sont contenues. Enfin, la Gambie souligne que les griefs qu'elle formule contre le Myanmar au sujet des manquements de celui-ci aux obligations que lui impose la convention sur le génocide ont été spécifiquement communiqués à cet Etat par une note verbale en date du 11 octobre 2019, à laquelle il n'a pas répondu.

*

23. Le Myanmar affirme que la Cour n'a pas compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide. Il soutient tout d'abord qu'il n'existe pas de différend entre les Parties étant donné que l'instance devant la Cour a été introduite, non pas par la Gambie en tant que telle, mais «pour le compte» et «au nom» de l'OCI. Il fait ensuite valoir qu'un tel différend n'existait pas au moment du dépôt de la requête. A cet égard, le défendeur estime que les allégations contenues dans les documents et déclarations de l'OCI au sujet de la situation des Rohingya qui ont été mentionnées par le demandeur ne pouvaient donner naissance à un différend entre les Parties puisqu'il ne s'agissait pas d'allégations de violations de la convention sur le génocide formulées par la Gambie contre le Myanmar. Ce dernier estime également que la Cour ne saurait déduire l'existence d'un différend entre les Parties de la note verbale de la Gambie du 11 octobre 2019 et du fait qu'il n'y a pas répondu avant le dépôt de la requête le 11 novembre 2019. Selon le Myanmar, dès lors que n'y étaient pas formulées d'allégations spécifiques de violations de la convention, la note verbale en question n'appelait pas de réponse et, en tout état de cause, pas dans un délai d'un mois.

24. Le Myanmar conclut que, en l'absence de différend, le défaut de compétence de la Cour est manifeste et que l'affaire devrait être rayée du rôle général.

* *

25. En ce qui concerne l'affirmation du défendeur selon laquelle, en portant devant elle ses réclamations fondées sur des violations alléguées de la convention sur le génocide, la Gambie aurait agi «pour le compte» de l'OCI, contournant ainsi les dispositions de l'article 34 du Statut, la Cour note que le demandeur a introduit l'instance en son nom propre et qu'il soutient qu'un

différend l'oppose au Myanmar au sujet de ses propres droits en vertu de la convention. La Cour considère que le fait que la Gambie puisse avoir cherché et obtenu le soutien d'autres Etats ou d'organisations internationales en se préparant à la saisir n'exclut pas l'existence d'un différend entre les Parties relatif à la convention sur le génocide.

26. S'agissant de la question de savoir s'il existait un différend entre les Parties au moment du dépôt de la requête, la Cour rappelle que, aux fins de trancher ce point, elle tient notamment compte de l'ensemble des déclarations ou documents échangés entre les Parties (voir *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II), p. 443-445, par. 50-55), ainsi que des échanges qui ont eu lieu dans des enceintes multilatérales (voir *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Géorgie c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2011 (I), p. 94, par. 51 et p. 95, par. 53). Ce faisant, elle accorde une attention particulière «aux auteurs des déclarations ou documents, aux personnes auxquelles ils étaient destinés ou qui en ont effectivement eu connaissance et à leur contenu» (*ibid.*, p. 100, par. 63). L'existence d'un différend doit être établie objectivement par la Cour ; c'est une question de fond, et non de forme ou de procédure (*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 270, par. 35-36).

27. La Cour note que, le 8 août 2019, la mission d'établissement des faits a publié un rapport dans lequel elle confirmait sa conclusion antérieure «selon laquelle la responsabilité de l'Etat [du Myanmar était] engagée au regard de l'interdiction d[u] crime[] de génocide» et se félicitait des efforts déployés par la Gambie, le Bangladesh et l'OCI pour engager une procédure contre le Myanmar devant la Cour au titre de la convention (Nations Unies, Rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/42/50, 8 août 2019, par. 18 et 107). Le 26 septembre 2019, la Gambie a déclaré, pendant le débat général de la soixante-quatorzième session de l'Assemblée générale, qu'elle était prête à jouer un rôle de chef de file dans le cadre d'efforts concertés visant à porter la question des Rohingyas devant la Cour internationale de Justice (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, doc. A/74/PV.8, 26 septembre 2019, p. 34). Le Myanmar a pris la parole devant l'Assemblée générale deux jours plus tard, affirmant que les rapports de la mission d'établissement des faits étaient «biaisés et lacunaires, basés non sur des faits mais sur des [récits]» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale*, doc. A/74/PV.12, 28 septembre 2019, p. 26-27). Selon la Cour, ces déclarations faites par les Parties devant l'Assemblée générale des Nations Unies révèlent l'existence d'une divergence de vues au sujet des événements qui se seraient déroulés dans l'Etat rakhine en ce qui concerne les Rohingyas. A cet égard, la Cour rappelle qu'

«un désaccord sur un point de droit ou de fait, un conflit, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts ou le fait que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre ne doivent pas nécessairement être énoncés *expressis verbis* ... il est possible ... d'établir par inférence quelle est en réalité la position ou l'attitude d'une partie» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 315, par. 89).

- 10 -

28. En outre, la Cour tient compte de la note verbale de la Gambie en date du 11 octobre 2019, dans laquelle la Gambie, se référant aux rapports de la mission d'établissement des faits, a précisé qu'elle «estim[ait] que le Myanmar persist[ait] à manquer à [ses] obligations au regard de la convention [sur le génocide] et du droit international coutumier» et qu'elle lui «demand[ait] instamment ... de prendre toutes les mesures nécessaires pour se conformer à ces obligations». La Cour observe que cette note verbale mentionnait spécifiquement les rapports de la mission d'établissement des faits et indiquait l'opposition de la Gambie aux vues du Myanmar, notamment en ce qui concerne le refus de ce dernier de reconnaître toute responsabilité au titre de la convention. Au vu de la gravité des allégations qui y étaient formulées, la Cour considère que l'absence de réponse du défendeur peut être une indication supplémentaire de l'existence d'un différend entre les Parties. Ainsi qu'elle l'a déjà précisé, «l'existence d'un différend peut être déduite de l'absence de réaction d'un Etat à une accusation dans des circonstances où une telle réaction s'imposait» (*Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Iles Marshall c. Inde)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016 (I), p. 271, par. 37).

29. S'agissant de la question de savoir si les actes dont le demandeur tire grief sont susceptibles d'entrer dans les prévisions de la convention sur le génocide, la Cour rappelle que, selon la Gambie, l'armée et les forces de sécurité du Myanmar, ainsi que des personnes ou entités agissant sur instruction ou sous la direction et le contrôle de celui-ci, se sont rendus responsables, entre autres, de meurtres, de viols et d'autres formes de violence sexuelle, d'actes de torture, de passages à tabac, de traitements cruels, ainsi que de destruction ou de privation de nourriture, d'abris et d'autres moyens d'existence élémentaires, et ce, avec l'intention de détruire le groupe rohingya en tout ou en partie. La Gambie estime que ces actes sont tous attribuables au Myanmar, qu'elle considère comme étant responsable d'avoir commis un génocide. Elle soutient que le défendeur a également manqué à d'autres obligations lui incombant au titre de la convention sur le génocide, «notamment par des faits constitutifs de tentative de génocide, d'entente en vue de commettre le génocide, d'incitation à commettre le génocide, de complicité dans le génocide, et de manquement à l'obligation de prévenir et de punir le génocide». La Cour relève que le Myanmar, quant à lui, a nié avoir commis l'une quelconque des violations de la convention sur le génocide dont l'accuse la Gambie, arguant notamment de l'absence de toute intention génocidaire.

30. Aux fins de la présente procédure, la Cour n'est pas tenue de déterminer si des violations des obligations du Myanmar au titre de la convention sur le génocide ont eu lieu. Une telle conclusion, qui suppose notamment de rechercher s'il existait une intention de détruire, en tout ou en partie, le groupe des Rohingyas comme tel, ne pourrait être formulée par la Cour qu'au stade de l'examen au fond de la présente affaire. Ce que la Cour est tenue de faire au stade d'une ordonnance en indication de mesures conservatoires est de déterminer si les actes dont la Gambie tire grief sont susceptibles d'entrer dans les prévisions de la convention sur le génocide. De l'avis de la Cour, au moins certains des actes allégués par la Gambie sont susceptibles d'entrer dans les prévisions de la convention.

31. En conséquence, la Cour conclut que les éléments susmentionnés sont suffisants à ce stade pour établir l'existence *prima facie* d'un différend entre les Parties relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la convention sur le génocide.

3. La réserve du Myanmar à l'article VIII de la convention

32. Le Myanmar affirme par ailleurs que la Gambie ne peut saisir valablement la Cour en raison de la réserve qu'il a faite à l'article VIII de la convention sur le génocide, disposition qui traite spécifiquement du droit de toute partie contractante de saisir tout organe compétent de l'Organisation des Nations Unies. Selon le défendeur, cette disposition s'applique à la Cour, celle-ci étant un organe compétent de l'Organisation. D'après le Myanmar, seule cette disposition permet aux Etats parties qui ne sont pas spécialement affectés de porter devant la Cour une réclamation à raison de violations alléguées de la convention par un autre Etat partie. Le Myanmar soutient en conséquence que, pour que la Cour puisse exercer sa compétence en vertu de l'article IX de la convention, elle devrait avoir été valablement saisie par la Gambie sur le fondement de l'article VIII. Il conclut que, au vu de la réserve qu'il a formulée à l'article VIII, la Cour ne devrait pas se déclarer compétente en la présente espèce.

*

33. La Gambie considère que l'argument du Myanmar fondé sur la réserve qu'il a formulée à l'article VIII de la convention sur le génocide devrait être rejeté car il reviendrait à vider l'article IX de sa substance. Elle fait notamment valoir que le défendeur n'a pas expliqué comment cet argument pourrait être concilié avec le fait qu'il a consenti à l'article IX et à la compétence de la Cour.

* *

34. La Cour rappelle que le Myanmar a émis une réserve à l'article VIII de la convention sur le génocide, qui se lit comme suit : «En ce qui concerne l'article VIII, l'Union birmane formule la réserve suivante : les dispositions dudit article ne seront pas applicables à l'Union.»

L'article VIII de la convention sur le génocide dispose ce qui suit :

«Toute Partie contractante peut saisir les organes compétents des Nations Unies afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention et la répression des actes de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III.»

35. La Cour estime que, quoique l'expression «organes compétents des Nations Unies» soit large et puisse donner à penser que l'article VIII s'applique également à la Cour, d'autres termes employés dans ce même article suggèrent une interprétation différente. La Cour relève en particulier que cette disposition se contente de prévoir en des termes généraux la possibilité pour toute partie contractante de «saisir» les organes compétents des Nations Unies afin que ceux-ci prennent «des mesures ... appropriées» pour la prévention et la répression des actes de génocide. Elle ne traite pas de la soumission à la Cour de différends entre parties contractantes à la

- 12 -

convention sur le génocide aux fins de règlement judiciaire. Cette question est régie spécifiquement par l'article IX de la convention, auquel le Myanmar n'a formulé aucune réserve. L'article VIII et l'article IX peuvent donc être regardés comme ayant des champs d'application distincts. Seul l'article IX de la convention est pertinent en ce qui concerne la question de la saisine de la Cour en la présente espèce (cf. *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie (Serbie et Monténégro))*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 23, par. 47).

36. Dès lors, la réserve que le défendeur a formulée à l'article VIII de la convention sur le génocide ne paraît pas priver la Gambie de la possibilité de saisir la Cour d'un différend l'opposant au Myanmar sur la base de l'article IX de la convention.

4. Conclusion quant à la compétence *prima facie*

37. A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut que, *prima facie*, elle a compétence en vertu de l'article IX de la convention sur le génocide pour connaître de l'affaire.

38. Compte tenu de cette conclusion, la Cour considère qu'elle ne peut accéder à la demande du Myanmar tendant à ce qu'elle raye l'affaire du rôle général pour défaut manifeste de compétence.

II. QUESTION DE LA QUALITÉ POUR AGIR DE LA GAMBIE

39. Le Myanmar admet que, en raison du caractère *erga omnes partes* de certaines obligations imposées par la convention sur le génocide, la Gambie a un intérêt à ce qu'il s'acquitte de ces obligations. Il conteste toutefois que celle-ci ait la capacité de porter une affaire devant la Cour concernant des violations de cet instrument que le Myanmar aurait commises sans qu'elle ait été spécialement affectée par ces violations alléguées. Le défendeur affirme que «c'est à un Etat lésé que revient le droit de décider si et, le cas échéant, de quelle manière il souhaite invoquer la responsabilité d'un autre Etat, et que le droit des Etats non lésés d'invoquer cette responsabilité est subsidiaire». Il ajoute que le Bangladesh, en tant qu'Etat spécialement affecté par les événements qui forment l'objet de la requête, serait l'Etat fondé à invoquer la responsabilité du Myanmar, mais que le Bangladesh ne peut le faire compte tenu de la déclaration qu'il a formulée en ce qui concerne l'article IX de la convention sur le génocide.

*

40. La Gambie soutient que, les obligations qu'impose la convention sur le génocide étant des obligations *erga omnes partes*, tout Etat partie à cet instrument a le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat partie pour manquement à celles-ci, et ce, sans avoir à démontrer un intérêt particulier. Elle estime que le fait d'être partie à un traité imposant des obligations *erga omnes partes* suffit à établir son intérêt juridique et sa qualité pour agir devant la Cour. A cet égard, la Gambie se réfère à l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, dans laquelle la Cour a reconnu que la Belgique avait la capacité

de porter devant elle une réclamation au sujet de manquements allégués du Sénégal à des obligations *erga omnes partes* lui incombant au regard de la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants (ci-après la «convention contre la torture»), sans déterminer si le demandeur avait été spécialement affecté par ces manquements. La Gambie affirme également que, si un intérêt particulier était requis en ce qui concerne des manquements à des obligations *erga omnes partes*, dans bien des cas, aucun Etat ne serait en mesure de formuler une réclamation contre l'Etat auteur du fait illicite.

* *

41. La Cour rappelle que, dans l'avis consultatif qu'elle a donné sur les *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, elle a observé que

«[d]ans une telle convention, les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. Il en résulte que l'on ne saurait, pour une convention de ce type, parler d'avantages ou de désavantages individuels des Etats, non plus que d'un exact équilibre contractuel à maintenir entre les droits et les charges. La considération des fins supérieures de la Convention est, en vertu de la volonté commune des parties, le fondement et la mesure de toutes les dispositions qu'elle renferme.» (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.)

En raison des valeurs qu'ils partagent, tous les Etats parties à la convention sur le génocide ont un intérêt commun à assurer la prévention des actes de génocide et, si de tels actes sont commis, à veiller à ce que leurs auteurs ne bénéficient pas de l'impunité. Cet intérêt commun implique que les obligations en question s'imposent à tout Etat partie à la convention à l'égard de tous les autres Etats parties. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, la Cour a indiqué que les dispositions pertinentes de la convention contre la torture étaient «comparables» à celles de la convention sur le génocide. Elle a estimé que ces dispositions généraient des «obligations ... [pouvant] ... être qualifiées d'«obligations *erga omnes partes*», en ce sens que, quelle que soit l'affaire, chaque Etat partie a[vait] un intérêt à ce qu'elles soient respectées» (*arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (II)*, p. 449, par. 68). Il s'ensuit que tout Etat partie à la convention sur le génocide, et non pas seulement un Etat spécialement affecté, peut invoquer la responsabilité d'un autre Etat partie en vue de faire constater le manquement allégué de celui-ci à ses obligations *erga omnes partes* et de mettre fin à ce manquement.

42. La Cour conclut que la Gambie a *prima facie* qualité pour lui soumettre le différend qui l'oppose au Myanmar sur la base de violations alléguées d'obligations prévues par la convention sur le génocide.

III. LES DROITS DONT LA PROTECTION EST RECHERCHÉE ET LE LIEN ENTRE CES DROITS ET LES MESURES DEMANDÉES

43. Le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires que la Cour tient de l'article 41 de son Statut a pour objet de sauvegarder, dans l'attente de sa décision sur le fond de l'affaire, les droits revendiqués par chacune des parties. Il s'ensuit que la Cour doit se préoccuper de sauvegarder par

- 14 -

de telles mesures les droits que l'arrêt qu'elle aura ultérieurement à rendre pourrait reconnaître à l'une ou à l'autre des parties. Aussi ne peut-elle exercer ce pouvoir que si elle estime que les droits allégués par le demandeur sont au moins plausibles (voir, par exemple, *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis), mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018, C.I.J. Recueil 2018 (II)*, p. 421-422, par. 43).

44. A ce stade de la procédure, la Cour n'est cependant pas appelée à se prononcer définitivement sur le point de savoir si les droits que la Gambie souhaite voir protégés existent ; il lui faut seulement déterminer si les droits que celle-ci revendique au fond et dont elle sollicite la protection sont plausibles. En outre, un lien doit exister entre les droits dont la protection est recherchée et les mesures conservatoires demandées (*ibid.*, par. 44).

* *

45. Dans sa requête, la Gambie déclare qu'elle cherche à faire valoir les droits de «l'ensemble des membres du groupe rohingya se trouvant sur le territoire du Myanmar, en tant que membres d'un groupe protégé au titre de la convention», y compris les «droits des Rohingyas d'exister en tant que groupe», d'être protégés contre des actes de génocide, d'entente en vue de commettre le génocide, d'incitation directe et publique à commettre le génocide, de tentative de génocide et de complicité dans le génocide, conformément à l'article III de la convention. Elle ajoute qu'elle «cherche également à protéger les droits *erga omnes partes* qui sont les siens en vertu de la convention, lesquels reflètent les obligations *erga omnes* qui y sont énoncées, et dont elle est fondée à demander le respect».

46. La Gambie soutient que, aux fins de l'indication de mesures conservatoires, les droits qu'elle revendique en la présente affaire sont plausibles, et que leur protection coïncide avec l'objet et le but mêmes de la convention. Elle considère que, au vu des éléments de preuve et documents qui ont été présentés à la Cour, les actes dont elle tire griefs sont susceptibles d'être qualifiés, de manière au moins plausible, d'actes de génocide. Le demandeur fait valoir que la preuve de l'intention génocidaire spécifique (*dolus specialis*) peut être déduite de la ligne de conduite suivie à l'encontre des Rohingyas au Myanmar et se réfère, sur ce point, au fait que la mission d'établissement des faits a, dans ses rapports, conclu à l'existence d'une telle intention. Selon la Gambie, la Cour ne devrait pas être tenue, avant d'indiquer des mesures conservatoires, de déterminer si l'existence d'une intention génocidaire est la seule conclusion plausible qui puisse être tirée des éléments qui lui ont été présentés dans les circonstances de l'espèce, puisque cela reviendrait à se prononcer au fond. A cet égard, le fait que certains des actes allégués puissent également être qualifiés de crimes autres que le génocide ne contredirait pas et ne devrait pas exclure la conclusion plausible de l'existence de ladite intention génocidaire.

*

47. Le Myanmar ne traite pas spécifiquement la question de savoir si, aux fins de l'indication de mesures conservatoires, les droits revendiqués par la Gambie sont au moins plausibles. En revanche, le défendeur affirme que la Cour ne devrait indiquer pareilles mesures que si les griefs que le demandeur a formulés, sur la base des faits invoqués dans la requête, sont plausibles. Le défendeur fait valoir qu'une «réclamation plausible» au regard de la convention sur le génocide doit inclure des éléments de preuve attestant l'existence de l'intention génocidaire spécifique requise. Selon le Myanmar, «cette intention subjective constitue l'élément essentiel qui distingue le génocide d'autres violations du droit international telles que les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre». Le défendeur soutient que la Cour, en recherchant s'il est satisfait au niveau de plausibilité requis, devrait tenir compte de l'exceptionnelle gravité des violations alléguées. Il avance que la Cour devrait par conséquent déterminer s'il est plausible que l'existence d'une intention génocidaire soit la seule conclusion qui puisse être tirée des actes allégués et des éléments de preuve présentés par le demandeur. A cet égard, il précise que, si les informations et documents invoqués à l'appui de la requête contiennent des éléments donnant à penser que des conclusions autres que l'existence d'une intention génocidaire peuvent être tirées du comportement allégué, la Cour devrait conclure que les réclamations du demandeur ne sont pas plausibles.

48. Sur cette base, le Myanmar affirme que, en la présente espèce, le demandeur n'a pas fourni des éléments de preuve suffisants et fiables pour établir que les actes dont il tire grief ont été plausiblement commis avec l'intention génocidaire spécifique requise. Il avance que des conclusions autres que l'existence d'une intention génocidaire de détruire, en tout ou en partie, le groupe rohingya comme tel, peuvent être tirées du comportement allégué du Myanmar à l'égard des Rohingya.

* *

49. La Cour observe que, conformément à l'article premier de la convention, tous les Etats parties à cet instrument se sont engagés «à prévenir et à punir» le crime de génocide. L'article II dispose ce qui suit :

«le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe ;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.»

- 16 -

50. En application de l'article III de la convention sur le génocide, la commission des actes suivants, autres que le génocide lui-même, est également prohibée par la convention : l'entente en vue de commettre le génocide (*litt. b*) de l'article III), l'incitation directe et publique à commettre le génocide (*litt. c*) de l'article III), la tentative de génocide (*litt. d*) de l'article III) et la complicité dans le génocide (*litt. e*) de l'article III).

51. A l'obligation de prévenir et de punir le génocide énoncée à l'article premier de la convention s'ajoutent les obligations distinctes qui figurent dans les articles suivants, notamment celles contenues aux articles V et VI qui exigent que soient adoptées les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la convention et que soient traduites en justice les personnes accusées des actes susmentionnés. Dans la mesure où ces dispositions concernant le devoir de punir ont également un effet ou un but dissuasif et, partant, préventif, elles relèvent aussi de l'obligation de prévenir le génocide (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, C.I.J. Recueil 2007 (I)*, p. 109, par. 159 et p. 219, par. 426).

52. La Cour observe en outre que les dispositions de la convention visent à protéger les membres d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux contre les actes de génocide ou tous autres actes punissables tels qu'énumérés à l'article III. Elle considère également qu'il existe une corrélation entre les droits des membres des groupes protégés par la convention, les obligations incombant aux Etats parties à cet instrument et le droit de chacun d'entre eux de demander l'exécution de ces obligations par un autre Etat partie (cf. *Application de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Qatar c. Emirats arabes unis), mesures conservatoires, ordonnance du 23 juillet 2018, C.I.J. Recueil 2018 (II)*, p. 426, par. 51). Selon la Cour, les Rohingya au Myanmar semblent constituer un groupe protégé au sens de l'article II de la convention.

53. En la présente espèce, la Cour note que, au sujet de ce qu'il qualifie d'«opérations de nettoyage» menées dans l'Etat rakhine en 2017, le Myanmar a indiqué à l'audience qu'

«[il ne pouvait] pas être exclu que des membres des services de défense aient, dans certains cas, fait un usage disproportionné de la force au mépris du droit international humanitaire, ou qu'ils n'aient pas fait assez clairement la distinction entre combattants de [l'armée du salut des Rohingya de l'Arakan] et civils»,

et qu'

«[i]l a[vait] également pu arriver que des civils ne soient pas empêchés de piller ou de détruire des biens après des combats ou dans des villages abandonnés».

54. La Cour relève également que l'Assemblée générale des Nations Unies, dans sa résolution 73/264 adoptée le 22 décembre 2018, s'est déclarée

«profondément préoccupée par les constatations de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, qui a conclu que la quantité d'informations disponibles était suffisante pour justifier l'ouverture d'enquêtes et le lancement de poursuites, de façon qu'un tribunal compétent puisse déterminer les responsabilités dans le génocide, au regard de la situation dans l'Etat rakhine, que des

crimes contre l'humanité et des crimes de guerre avaient été commis dans les Etats kachin, rakhine et shan, à savoir, entre autres, des cas de meurtre, d'emprisonnement, de disparition forcée, de torture, de viol, d'esclavage sexuel et autres formes de violence sexuelle, de persécution et de réduction en esclavage, que des enfants avaient été victimes et témoins de graves violations des droits de la personne, notamment des meurtres, des mutilations et des violences sexuelles, qu'il existait des motifs raisonnables de conclure que des crimes graves de droit international avaient été commis et qu'ils méritaient de faire l'objet d'enquêtes et de poursuites pénales, et que l'armée n'avait jamais respecté le droit international des droits de l'homme, ni le droit international humanitaire».

Dans ce même texte, l'Assemblée générale a condamné

«toutes les violations des droits de la personne et atteintes à ces droits commises au Myanmar qu'a relevées la mission d'établissement des faits dans son rapport, notamment les violations et atteintes généralisées, systématiques et flagrantes commises dans l'Etat rakhine, comme, entre autres choses, l'existence d'éléments d'extermination et d'expulsion et les actes d'oppression et de discrimination systématiques qui, selon les conclusions de la mission d'établissement des faits, peuvent être considérés comme des persécutions, voire comme un crime d'apartheid».

Elle a également

«condamn[é] fermement ... la réaction tout à fait disproportionnée de l'armée et des forces de sécurité, déplor[é] la grave détérioration des conditions de sécurité, de la situation des droits de la personne et de la situation humanitaire, ainsi que l'exode de plus de 723 000 musulmans Rohingya et de membres d'autres minorités vers le Bangladesh et le dépeuplement du nord de l'Etat rakhine qui en résulte, et demand[é] aux autorités du Myanmar de veiller à ce que les auteurs de violations du droit international, y compris des violations des droits de la personne et atteintes à ces droits, aient à répondre de leurs actes et soient démis de leurs fonctions de pouvoir» (Nations Unies, doc. A/RES/73/264, 22 décembre 2018, par. 1-2).

55. A cet égard, la Cour rappelle que la mission d'établissement des faits, à laquelle l'Assemblée générale se réfère dans sa résolution susmentionnée, a déclaré, dans son rapport du 12 septembre 2018, qu'elle avait «des motifs raisonnables de conclure que des crimes graves de droit international [avaient] été commis», y compris le crime de génocide, contre les Rohingya au Myanmar, «et qu'ils mérit[ai]ent de faire l'objet d'enquêtes et de poursuites pénales» (Nations Unies, Rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/39/64, 12 septembre 2018, par. 83 et 84-87). La Cour note que, au sujet des actes perpétrés contre les Rohingya dans l'Etat rakhine, la mission d'établissement des faits a observé, dans ses constatations détaillées de 2018, que

«[c]eux qui [avaient] orchestré les attaques contre les Rohingya sembl[ai]ent avoir agi en suivant scrupuleusement une liste préétablie : violation systématique des droits de l'homme, récits et propos déshumanisants, planification méthodique, massacres, déplacements massifs, campagne de terreur, violence extrême, ainsi que destruction physique du lieu de vie de la population visée, à tous les niveaux et dans tous les sens du terme» (Nations Unies, Rapport portant constatations détaillées de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/39/CRP.2, 17 septembre 2018, par. 1440).

- 18 -

La mission d'établissement des faits a conclu qu'elle avait «des motifs raisonnables de penser que les éléments permettant de déduire l'existence d'une intention génocidaire [étaient] réunis» (Nations Unies, Rapport portant constatations détaillées de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/39/CRP.2, 17 septembre 2018, par. 1441). Elle a réitéré ses conclusions, sur la base de nouvelles enquêtes, dans son rapport du 8 août 2019 (Nations Unies, Rapport de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/42/50, 8 août 2019, par. 18). La Cour relève en outre que la mission d'établissement des faits, dans ses constatations détaillées de 2018, a également estimé, en se fondant sur son appréciation générale de la situation au Myanmar depuis 2011, et plus particulièrement dans l'Etat rakhine, que les niveaux extrêmes de la violence perpétrée contre les Rohingyas en 2016 et 2017 résultaient de l'«oppression et de la persécution systématiques» de ces derniers, y compris le déni de leurs statut juridique, identité et citoyenneté, et avaient fait suite à l'incitation à la haine contre les intéressés pour des motifs ethniques, raciaux ou religieux (Nations Unies, Rapport portant constatations détaillées de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/39/CRP.2, 17 septembre 2018, par. 458-748). La Cour rappelle enfin que, à la suite des événements qui se sont produits dans l'Etat rakhine en 2016 et 2017, des centaines de milliers de Rohingyas ont fui au Bangladesh.

56. Compte tenu de la fonction des mesures conservatoires, qui est de protéger les droits de chacune des parties en attendant qu'elle rende sa décision définitive, la Cour ne considère pas que l'exceptionnelle gravité des allégations formulées soit un élément décisif justifiant, comme le soutient le Myanmar, d'établir, à ce stade de la procédure, l'existence d'une intention génocidaire. De l'avis de la Cour, l'ensemble des faits et circonstances mentionnés ci-dessus (voir les paragraphes 53-55) suffisent pour conclure que les droits que la Gambie revendique et dont elle sollicite la protection — à savoir le droit du groupe rohingya au Myanmar et de ses membres d'être protégés contre les actes de génocide et les actes prohibés connexes mentionnés à l'article III, ainsi que le droit de la Gambie de demander que le Myanmar s'acquitte de ses obligations de ne pas commettre et de prévenir et de punir le génocide en application de la convention — sont plausibles.

* *

57. La Cour en vient maintenant à la question du lien entre les droits revendiqués et les mesures conservatoires sollicitées.

* *

58. La Gambie affirme que les mesures conservatoires qu'elle sollicite (voir le paragraphe 12 ci-dessus) sont directement liées aux droits qui forment l'objet du différend. Elle soutient en particulier que les deux premières mesures ont été demandées pour s'assurer que le Myanmar s'acquitte de son obligation de prévenir le génocide et préserver les droits de la Gambie de protéger le groupe rohingya contre une destruction totale ou partielle, et que les quatre autres visent à protéger l'intégrité de l'instance devant la Cour et le droit de la Gambie à ce que sa demande soit examinée équitablement.

*

59. Le Myanmar ne conteste pas le lien entre les mesures conservatoires sollicitées et les droits au titre de la convention sur le génocide que le demandeur cherche à protéger, hormis en ce qui concerne les cinquième et sixième mesures. Il affirme que ces dernières iraient au-delà du but spécifique de préserver les droits respectifs des Parties dans l'attente de la décision finale de la Cour. De plus, en ce qui concerne la sixième mesure, le défendeur fait valoir que, si elle devait être indiquée, cela reviendrait à contourner la réserve qu'il a formulée à l'article VIII de la convention.

* * *

60. La Cour a déjà conclu (voir le paragraphe 56 ci-dessus) que les droits revendiqués par la Gambie au titre de la convention sur le génocide étaient plausibles.

61. La Cour considère que, de par leur nature même, les trois premières mesures conservatoires sollicitées par la Gambie (voir le paragraphe 12 ci-dessus) visent à sauvegarder les droits que celle-ci revendique sur la base de la convention sur le génocide en la présente espèce, à savoir le droit du groupe rohingya au Myanmar et de ses membres d'être protégés contre les actes de génocide et les autres actes mentionnés à l'article III, ainsi que le droit du demandeur à ce que le Myanmar s'acquitte des obligations de prévenir et de punir les actes définis et prohibés par les articles II et III, y compris en veillant à la conservation des éléments de preuve. S'agissant des quatrième et cinquième mesures conservatoires sollicitées par la Gambie, la question de leur lien avec les droits que celle-ci cherche à protéger ne se pose pas puisqu'elles viseraient à prévenir tout acte susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend existant ou d'en rendre le règlement plus difficile, ainsi qu'à fournir des informations sur la mise en œuvre par les Parties de toute mesure conservatoire spécifique qui pourrait être indiquée par la Cour.

62. Enfin, en ce qui concerne la sixième mesure conservatoire sollicitée par la Gambie, la Cour ne considère pas que son indication soit nécessaire dans les circonstances de l'espèce.

63. La Cour conclut de ce qui précède qu'il existe un lien entre les droits revendiqués et certaines mesures conservatoires sollicitées par la Gambie.

IV. LE RISQUE DE PRÉJUDICE IRRÉPARABLE ET L'URGENCE

64. La Cour tient de l'article 41 de son Statut le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires lorsqu'il existe un risque qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire ou lorsque la méconnaissance alléguée de ces droits risque d'entraîner des conséquences irréparables (*Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, C.I.J. Recueil 2018 (II), p. 645, par. 77).

65. Le pouvoir de la Cour d'indiquer des mesures conservatoires n'est toutefois exercé que s'il y a urgence, c'est-à-dire s'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé avant que la Cour ne rende sa décision définitive. La condition d'urgence est remplie dès lors

- 20 -

que les actes susceptibles de causer un préjudice irréparable peuvent «intervenir à tout moment» avant que la Cour ne se prononce de manière définitive en l'affaire. La Cour doit donc rechercher si pareil risque existe à ce stade de la procédure (*Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018, C.I.J. Recueil 2018 (II), p. 645-646, par. 78).

66. La Cour n'a pas, aux fins de sa décision sur la demande en indication de mesures conservatoires, à établir l'existence de violations de la convention sur le génocide, mais doit déterminer si les circonstances exigent l'indication de telles mesures à l'effet de protéger certains droits conférés par cet instrument. Elle n'est pas habilitée, à ce stade, à conclure de façon définitive sur les faits, et sa décision sur la demande en indication de mesures conservatoires laisse intact le droit de chacune des Parties de faire valoir à cet égard ses moyens au fond.

* *

67. La Gambie affirme qu'il existe un risque qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits des Rohingya ainsi qu'aux droits qui sont les siens au titre de la convention sur le génocide, et qu'il y a urgence. Selon le demandeur, non seulement les Rohingya ont récemment été victimes d'actes de génocide, mais ils courent un grand risque d'en subir de nouveaux parce que le Gouvernement du Myanmar reste animé d'une intention génocidaire et continue de commettre des crimes à l'encontre des membres de ce groupe. La Gambie fait donc valoir que l'existence des Rohingya demeurant au Myanmar est gravement menacée, et que ceux-ci ont besoin d'une protection d'urgence.

*

68. Le Myanmar conteste qu'il existe un risque réel et imminent de préjudice irréparable en la présente espèce. Il indique tout d'abord qu'il participe actuellement à une série d'actions visant à aider au retour des Rohingya déplacés qui se trouvent au Bangladesh et que celles-ci ont reçu le soutien d'acteurs internationaux, ce qui ne serait pas le cas s'il existait un risque imminent ou persistant de génocide. Le Myanmar précise ensuite qu'il a pris des mesures en vue de rétablir la stabilité dans l'Etat rakhine, de protéger les personnes qui s'y trouvent ou qui y retourneront et de traduire en justice les responsables des violences passées, ce qui, selon lui, est incompatible avec une quelconque intention génocidaire de sa part. Enfin, le défendeur met l'accent sur les défis qu'il doit relever, notamment pour mettre fin au «conflit armé interne» qui se poursuit avec l'armée arakanaise dans l'Etat rakhine. Il soutient que l'indication de mesures conservatoires par la Cour risquerait de raviver le «conflit armé interne» de 2016-2017 avec l'armée du salut des Rohingya de l'Arakan et de saper les efforts de réconciliation qu'il déploie actuellement.

* *

69. La Cour rappelle que, comme cela est souligné dans la résolution 96 (I) de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1946,

«[l]e génocide est le refus du droit à l'existence à des groupes entiers, de même que l'homicide est le refus du droit à l'existence à un individu ; un tel refus bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, qui se trouve ainsi privée des apports culturels ou autres de ces groupes, et est contraire à la loi morale ainsi qu'à l'esprit et aux fins des Nations Unies».

La Cour a en particulier observé que la convention sur le génocide avait «été manifestement adoptée dans un but purement humain et civilisateur», puisqu'elle «vis[ait] d'une part à sauvegarder l'existence même de certains groupes humains, d'autre part à confirmer et à sanctionner les principes de morale les plus élémentaires» (*Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 23).

70. A la lumière des valeurs fondamentales que la convention sur le génocide entend protéger, la Cour considère que les droits en cause en l'espèce et, en particulier, celui du groupe rohingya au Myanmar et de ses membres d'être protégés contre les meurtres et autres actes menaçant leur existence en tant que groupe, sont de nature telle que le préjudice qui leur serait porté pourrait être irréparable.

71. La Cour relève qu'il ressort des rapports de la mission d'établissement des faits (voir le paragraphe 55 ci-dessus) que, depuis le mois d'octobre 2016, les Rohingyas au Myanmar subissent des actes susceptibles de porter atteinte à leur droit à l'existence en tant que groupe protégé au titre de la convention sur le génocide, tels que des massacres, des viols et d'autres formes de violence sexuelle généralisés ainsi que des passages à tabac, des destructions de villages et de maisons, et des privations de nourriture, d'abris et d'autres moyens d'existence élémentaires. Comme cela est précisé dans la résolution 74/246 adoptée par l'Assemblée générale le 27 décembre 2019, quelque 744 000 Rohingyas ont dû fuir pour se réfugier au Bangladesh voisin (Nations Unies, doc. A/RES/74/246, 27 décembre 2019, alinéa 25 du préambule). Selon les constatations détaillées de 2019 de la mission d'établissement des faits, environ 600 000 Rohingyas demeuraient dans l'Etat rakhine au mois de septembre 2019 (Nations Unies, Constatations détaillées de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/42/CRP.5, 16 septembre 2019, par. 4, 57, 107, 120, 158 et 212).

72. La Cour est d'avis que les Rohingyas au Myanmar demeurent extrêmement vulnérables. A cet égard, la Cour observe que, dans sa résolution 74/246 du 27 décembre 2019, l'Assemblée générale a constaté

«une fois de plus avec une vive inquiétude que, bien qu'ayant vécu au Myanmar depuis des générations avant l'indépendance de ce pays, les musulmans rohingya [avaient] été rendus apatrides par la promulgation de la loi de 1982 sur la citoyenneté et privés du droit de vote et exclus du processus électoral en 2015» (Nations Unies, doc. A/RES/74/246, 27 décembre 2019, alinéa 14 du préambule).

La Cour prend également note des constatations détaillées de la mission d'établissement des faits sur le Myanmar présentées au Conseil des droits de l'homme en septembre 2019, dans lesquelles il est fait référence au risque de violations de la convention sur le génocide et dans lesquelles la mission «conclut sur la base de motifs raisonnables que le peuple rohingya continue de courir un risque sérieux de génocide au sens de la convention sur le génocide» (Nations Unies, Constatations détaillées de la mission internationale indépendante d'établissement des faits sur le Myanmar, doc. A/HRC/42/CRP.5, 16 septembre 2019, par. 242 ; voir aussi par. 58, 240 et 667).

- 22 -

73. La Cour prend note de la déclaration faite par le défendeur à l'audience selon laquelle il participe actuellement à des actions visant à faciliter le retour des réfugiés rohingya se trouvant au Bangladesh, et entend promouvoir la réconciliation interethnique, la paix et la stabilité dans l'Etat rakhine et faire en sorte que son armée réponde des violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme qui ont été commises. La Cour est toutefois d'avis que ces mesures ne paraissent pas suffisantes en elles-mêmes pour écarter la possibilité que soient commis des actes de nature à causer un préjudice irréparable aux droits invoqués par la Gambie en vue de protéger les Rohingya au Myanmar. La Cour relève notamment que le Myanmar ne lui a présenté aucune mesure concrète visant spécifiquement à reconnaître et à garantir le droit des Rohingya d'exister en tant que groupe protégé au titre de la convention sur le génocide. En outre, elle ne peut ignorer que l'Assemblée générale des Nations Unies a dit tout récemment, le 27 décembre 2019, regretter que «la situation ne se soit pas améliorée dans l'Etat rakhine, afin de créer les conditions nécessaires au retour volontaire, dans la dignité et dans la sécurité, dans leur lieu d'origine, des réfugiés et autres personnes déplacées de force» (Nations Unies, doc. A/RES/74/246, 27 décembre 2019, alinéa 20 du préambule). Dans le même temps, l'Assemblée générale s'est de nouveau déclarée

«profondément consternée par les informations selon lesquelles, dans l'Etat rakhine, des Rohingya non armés [étaient] soumis à un emploi excessif de la force ainsi qu'à des violations du droit des droits de l'homme et du droit international humanitaire par l'armée et les forces de sécurité, notamment des exécutions extrajudiciaires, sommaires ou arbitraires, des viols systématiques et d'autres formes de violence sexuelle et fondée sur le genre, des détentions arbitraires et des disparitions forcées et la saisie par le Gouvernement des terres des musulmans rohingya dont ils ont été évincés et où leurs habitations ont été détruites» (*ibid.*, alinéa 16 du préambule).

74. Enfin, la Cour fait observer que, indépendamment de la situation à laquelle le Gouvernement du Myanmar est confronté dans l'Etat rakhine, notamment le fait qu'un conflit interne continuerait de s'y dérouler entre des groupes armés et l'armée du Myanmar et que des mesures de sécurité sont en vigueur, le défendeur reste soumis aux obligations qui lui incombent en tant qu'Etat partie à la convention sur le génocide. Elle rappelle que, conformément au libellé de l'article premier de cet instrument, les Etats parties ont expressément confirmé leur volonté de considérer le génocide comme un crime du droit des gens qu'ils doivent prévenir et punir indépendamment du contexte «de paix» ou «de guerre» dans lequel il se produirait (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 615, par. 31). Le contexte invoqué par le Myanmar ne saurait avoir d'incidence sur l'appréciation par la Cour de l'existence d'un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits protégés par la convention.

75. A la lumière des considérations qui précèdent, la Cour conclut qu'il existe un risque réel et imminent qu'un préjudice irréparable soit causé aux droits invoqués par le demandeur, tels qu'elle les a énoncés (voir le paragraphe 56 ci-dessus).

V. CONCLUSION ET MESURES À ADOPTER

76. La Cour conclut de l'ensemble des considérations qui précèdent que les conditions auxquelles son Statut subordonne l'indication de mesures conservatoires sont réunies. Il y a donc lieu pour elle d'indiquer, dans l'attente de sa décision définitive, certaines mesures visant à protéger les droits revendiqués par la Gambie, tels qu'ils ont été identifiés ci-dessus (voir le paragraphe 56).

77. La Cour rappelle que, lorsqu'une demande en indication de mesures conservatoires lui est présentée, elle a le pouvoir, en vertu de son Statut, d'indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées. Le paragraphe 2 de l'article 75 de son Règlement mentionne expressément ce pouvoir, qu'elle a déjà exercé par le passé (voir, par exemple, *Violations alléguées du traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, *mesures conservatoires, ordonnance du 3 octobre 2018*, *C.I.J. Recueil 2018 (II)*, p. 651, par. 96).

78. En la présente espèce, ayant examiné le libellé des mesures conservatoires demandées par la Gambie ainsi que les circonstances de l'affaire, la Cour estime que les mesures à indiquer n'ont pas à être identiques à celles qui sont sollicitées.

79. Gardant à l'esprit le devoir du Myanmar de s'acquitter des obligations qui lui incombent au titre de la convention sur le génocide, la Cour considère que, s'agissant de la situation décrite précédemment, le défendeur doit, conformément aux obligations lui incombant au titre de la convention, prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission, à l'encontre des membres du groupe rohingya présents sur son territoire, de tout acte entrant dans le champ d'application de l'article II de la convention, en particulier : *a*) meurtre de membres du groupe ; *b*) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; *c*) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; et *d*) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe.

80. Le Myanmar doit également veiller à ce que ni ses unités militaires, ni aucune unité armée irrégulière qui pourrait relever de son autorité ou bénéficier de son appui ou organisation ou personne qui pourrait se trouver sous son contrôle, son autorité ou son influence ne commettent, à l'encontre des membres du groupe rohingya présents sur son territoire, d'actes de génocide, ou ne participent à une entente en vue de commettre le génocide, n'incitent directement et publiquement à le commettre, ne se livrent à une tentative de génocide ou ne se rendent complices de ce crime.

81. La Cour est également d'avis que le Myanmar doit prendre des mesures effectives pour prévenir la destruction et assurer la conservation de tout élément de preuve relatif aux allégations d'actes entrant dans le champ d'application de l'article II de la convention sur le génocide.

82. S'agissant de la mesure conservatoire sollicitée par la Gambie tendant à ce que chacune des Parties lui fournisse un rapport exposant l'ensemble des mesures prises pour donner effet à la présente ordonnance, la Cour rappelle qu'elle a, comme cela est reflété à l'article 78 de son Règlement, le pouvoir de demander aux parties des renseignements sur toutes questions relatives à la mise en œuvre de mesures conservatoires indiquées par elle. Au vu des mesures spécifiques qu'elle a décidé d'indiquer, elle estime que le Myanmar doit lui fournir un rapport sur l'ensemble

- 24 -

des mesures prises pour exécuter la présente ordonnance dans un délai de quatre mois à compter de la date de celle-ci, puis tous les six mois jusqu'à ce que la Cour ait rendu sa décision définitive en l'affaire. Chaque rapport ainsi fourni sera ensuite communiqué à la Gambie, qui aura la possibilité de soumettre à la Cour ses observations à son sujet.

83. La Gambie a également prié la Cour d'indiquer des mesures visant à prévenir toute aggravation du différend l'opposant au Myanmar. A cet égard, la Cour rappelle que, lorsqu'elle indique des mesures conservatoires à l'effet de sauvegarder des droits particuliers, elle dispose aussi du pouvoir d'indiquer des mesures complémentaires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend si elle estime que les circonstances l'exigent (voir *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihéar (Cambodge c. Thaïlande) (Cambodge c. Thaïlande), mesures conservatoires, ordonnance du 18 juillet 2011, C.I.J. Recueil 2011 (II)*, p. 551-552, par. 59). Toutefois, dans les circonstances de la présente espèce, et compte tenu des mesures conservatoires spécifiques qu'elle a décidées, la Cour ne juge pas nécessaire d'indiquer de mesure complémentaire visant à prévenir toute aggravation du différend entre les Parties.

*

* *

84. La Cour réaffirme que ses «ordonnances indiquant des mesures conservatoires au titre de l'article 41 [du Statut] ont un caractère obligatoire» (*LaGrand (Allemagne c. Etats-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 506, par. 109) et créent donc des obligations juridiques internationales pour toute partie à laquelle ces mesures sont adressées.

*

* *

85. La Cour réaffirme en outre que la décision rendue en la présente procédure ne préjuge en rien la question de sa compétence pour connaître du fond de l'affaire, ni aucune question relative à la recevabilité de la requête ou au fond lui-même. Elle laisse intact le droit des Gouvernements de la Gambie et du Myanmar de faire valoir leurs moyens et éléments de preuve à cet égard.

*

* *

86. Par ces motifs,

LA COUR,

Indique à titre provisoire les mesures conservatoires suivantes :

1) A l'unanimité,

La République de l'Union du Myanmar doit, conformément aux obligations lui incombant au titre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, prendre toutes les mesures en son pouvoir afin de prévenir la commission, à l'encontre des membres du groupe rohingya présents sur son territoire, de tout acte entrant dans le champ d'application de l'article II de la convention, en particulier :

- a) meurtre de membres du groupe ;
- b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ; et
- d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;

2) A l'unanimité,

La République de l'Union du Myanmar doit veiller à ce que ni ses unités militaires, ni aucune unité armée irrégulière qui pourrait relever de son autorité ou bénéficier de son appui ou organisation ou personne qui pourrait se trouver sous son contrôle, son autorité ou son influence ne commettent, à l'encontre des membres du groupe rohingya présents sur son territoire, l'un quelconque des actes définis au point 1) ci-dessus, ou ne participent à une entente en vue de commettre le génocide, n'incitent directement et publiquement à le commettre, ne se livrent à une tentative de génocide ou ne se rendent complices de ce crime ;

3) A l'unanimité,

La République de l'Union du Myanmar doit prendre des mesures effectives pour prévenir la destruction et assurer la conservation des éléments de preuve relatifs aux allégations d'actes entrant dans le champ d'application de l'article II de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ;

4) A l'unanimité,

La République de l'Union du Myanmar doit fournir à la Cour un rapport sur l'ensemble des mesures prises pour exécuter la présente ordonnance dans un délai de quatre mois à compter de la date de celle-ci, puis tous les six mois jusqu'à ce que la Cour ait rendu sa décision définitive en l'affaire.

- 26 -

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le vingt-trois janvier deux mille vingt, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République de Gambie et au Gouvernement de la République de l'Union du Myanmar.

Le président,
(Signé) Abdulqawi Ahmed YUSUF.

Le greffier,
(Signé) Philippe GAUTIER.

Mme la juge XUE, vice-présidente, joint à l'ordonnance l'exposé de son opinion individuelle ; M. le juge CANÇADO TRINDADE joint à l'ordonnance l'exposé de son opinion individuelle ; M. le juge *ad hoc* KRESS joint une déclaration à l'ordonnance.

(Paraphé) A.A.Y.

(Paraphé) Ph.G.

SEPARATE OPINION OF VICE-PRESIDENT XUE

1. I voted in favour of the operative paragraph of the Order, however, with reservations to some of the reasoning. Given the importance of the issues involved, even at the present stage of the proceedings, I feel obliged to put on record my separate opinion.

2. First of all, I have serious reservations with regard to the plausibility of the present case under the Genocide Convention. For the genocide offence to be distinguished from other most serious international crimes, e.g. crimes against humanity, war crimes, genocidal intent constitutes a decisive element. Even accepting that, for the purpose of indication of provisional measures, a determination of the existence of such intent is not necessarily required, the alleged acts and the relevant circumstances should, *prima facie*, demonstrate that the nature and extent of the alleged acts have reached the level where a pattern of conduct might be considered as genocidal conduct. In other words, there should be a minimum standard to be applied at this early stage. In order to found the jurisdiction of the Court under Article IX of the Genocide Convention to indicate provisional measures, the Court has to determine, *prima facie*, that the subject-matter of the dispute between the Parties could possibly concern genocide.

3. The evidence and documents submitted to the Court in the present case, while displaying an appalling situation of human rights violations, present a case of a protracted problem of ill-treatment of ethnic minorities in Myanmar rather than of genocide. This can be observed from the official statements of the Government of Bangladesh, whose interest was specially affected by this crisis (see statements by the Foreign Minister of Bangladesh, Observations of the Republic of The Gambia, Annexes 8, 10; press releases of the Ministry of Foreign Affairs of Bangladesh, Observations of the Republic of The Gambia, Annexes 7, 9, 11, 12). From these statements one can tell that the cross-border displacements of hundreds of thousands of Myanmar residents, mostly the Rohingya, after the “clearance operations” in 2016 and 2017, have brought the issue of ethnic minorities to a breaking point. The gravity of the matter, nevertheless, does not change the nature of its subject, namely, the issue of national reconciliation and equality of ethnic minorities in Myanmar. Bangladesh’s position to seek “a durable solution” to this protracted problem in close co-operation with the Myanmar Government indicates that the particular circumstances from which the present case has arisen could not possibly suggest a case of genocide.

4. On the question of the standing of The Gambia, first of all, I am of the opinion that the Court’s reliance on *Belgium v. Senegal* to establish The Gambia’s standing in the present case is flawed. I will not repeat my dissenting opinion to the Court’s statement in that case relating to the common interest, but only wish to emphasize that the facts of the present case are entirely different from those in *Belgium v. Senegal*. In that case, Belgium acted, pursuant to Article 7 of the Convention against Torture, as a requesting State for legal assistance and extradition from Senegal. It instituted the case against Senegal in the Court not because it merely had an interest as shared by all the States parties in the compliance of the Convention against Torture, but because it was specially affected by Senegal’s alleged non-fulfilment of its obligation *aut dedere aut judicare* under Article 7 of the Convention, as its national courts were seised with lawsuits against Mr. Hissène Habré for allegations of torture. In other words, it was supposedly an injured State under the rules of State responsibility.

- 2 -

5. In *Belgium v. Senegal*, the Court stated that

“[t]he common interest in compliance with the relevant obligations under the Convention against Torture implies the entitlement of each State party to the Convention to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party. If a special interest were required for that purpose, in many cases no State would be in the position to make such a claim. It follows that any State party to the Convention may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations *erga omnes partes* . . . and to bring that failure to an end.” (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 450, para. 69.)

This interpretation of the Convention against Torture, in my view, drifts away from the rules of treaty law. I doubt that, on the basis of public international law and practice as it stands today, one can easily draw such a sweeping conclusion; 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.

6. Lofty as it is, the *raison d'être* of the Genocide Convention, as illustrated by the Court in its Advisory Opinion in *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, does not, in and by itself, afford each State party a jurisdictional basis and the legal standing before the Court. Otherwise, it cannot be explained why reservation to the jurisdiction of the Court under Article IX of the Convention is permitted under international law. Those States which have made a reservation to Article IX are equally committed to the *raison d'être* of the Genocide Convention. The fact that recourse to the Court cannot be used either by or against them in no way means that they do not share the common interest in the accomplishment of the high purposes of the Convention. To what extent a State party may act on behalf of the States parties for the common interest by instituting proceedings in the Court bears on international relations, as well as on the structure of international law.

7. Moreover, resort to the Court is not the only way to protect the common interest of the States parties in the accomplishment of the high purposes of the Convention. Under Article VIII, any State party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in Article III. As a matter of fact, United Nations organs, including the General Assembly, the Human Rights Council and the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, all stand ready, and indeed, are being involved in the current case to see to it that acts prohibited by the Genocide Convention be prevented and, should they have occurred, perpetrators be brought to justice. In this regard, the national legal system of criminal justice of the State concerned bears the primary responsibility.

8. What Myanmar argued on this point reflects the existing rules of international law, *lex lata*, on State responsibility as codified by the International Law Commission (hereinafter the “ILC”). That is to say, under the rules of State responsibility, it is the injured State, which is specially affected by the alleged violations, that has the standing to invoke the responsibility of

- 3 -

another State in the Court. The position taken by the Court in this Order, albeit provisional, would put to a test Article 48 of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. How far this unintended interpretation of the Convention can go in practice remains to be seen, as its repercussions on general international law and State practice would likely extend far beyond this particular case.

9. Notwithstanding my above reservations, I agree with the indication of the provisional measures for the following considerations. First, the two reports of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar established by the Human Rights Council of the United Nations, issued in 2018 and 2019 respectively, reveal, even *prima facie*, that there were serious violations of human rights and international humanitarian law against the Rohingya and other ethnic minorities in Rakhine State of Myanmar, particularly during the "clearance operations" carried out in 2016 and 2017. Although at this stage, the Court could not, and rightly need not, ascertain the facts, the weight of the said reports cannot be ignored. In other words, the human rights situation in Myanmar deserves serious attention from the Court. Considering the gravity and scale of the alleged offences, measures to ensure that Myanmar, as a State party to the Genocide Convention, observe its international obligations under the Convention, especially the obligation to prevent genocide, should not be deemed unwarranted under the circumstances.

10. Secondly, during the oral proceedings, Myanmar acknowledged that during their military operations, there may have been excessive use of force and violations of human rights and international humanitarian law in Rakhine State and there may also have been failures to prevent civilians from looting or destroying property after fighting or in abandoned villages. Whether any criminal offences were committed during that period, and if so, what offences were committed, have to be determined in the course of criminal justice process and, whether such acts constitute breaches of the Genocide Convention in the present case is a matter that should be dealt with on the merits, if the case proceeds to that stage. However, as internal armed conflicts in Rakhine State may erupt again, the provisional measures as indicated by the Court would, in my view, enhance the control of the situation.

11. Lastly, it is apparent that the Rohingya as a group remain vulnerable under the present conditions. With more than 740,000 people displaced from their homeland, the situation demands preventive measures.

12. In light of the foregoing considerations, I concur with the indication of the provisional measures. As the Court reaffirms in the Order, "the decision given in the present proceedings in no way prejudices the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case or any questions relating to the admissibility of the Application or to the merits themselves" (Order, paragraph 85). The issues I have raised in this opinion should be further considered in due course.

(Signed) XUE Hanqin.

SEPARATE OPINION OF JUDGE CANÇADO TRINDADE

Table of Contents

	<i>Paragraph</i>
I. <i>Prolegomena</i> : Some Introductory Considerations in Historical Perspective.	1
II. Provisional Measures of Protection in ICJ Case under the Convention against Genocide.....	7
1. Provisional Measures in the First Case on the <i>Application of the Convention against Genocide</i>	8
2. Provisional Measures in the Present Case on the <i>Application of the Convention against Genocide</i>	13
III. International Fact-Finding: Relevant Passages of U.N. Reports of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar.	15
1. Mission’s Report on Myanmar of 12.09.2018.	20
2. Mission’s Report on Myanmar of 08.08.2019.	29
3. Mission’s “Detailed Findings” on Myanmar of 16.09.2019.	35
IV. International Fact-Finding: Reports of the U.N. Special Rapporteur on Human Rights in Myanmar.	41
1. Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar (of 30.08.2019).	42
2. Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar (of 02.05.2019).	45
3. Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar (of 20.08.2018).	48
V. Provisional Measures of Protection and the Imperative of Overcoming the Extreme Vulnerability of Victims.	53
1. The Legacy of the II World Conference on Human Rights (1993), in Its Attention to Human Vulnerability.....	55
2. International Case-Law and the Need of Properly Addressing Human Vulnerability.	66
a) Support for the Relevance of Consideration of Vulnerability of the Victims.....	66
b) Invocation of Occurrence of Extreme Human Vulnerability.	70
VI. The Utmost Importance of the Safeguard of Fundamental Rights by Provisional Measures of Protection, in the Domain of <i>Jus Cogens</i>	75
1. Fundamental, Rather than “Plausible”, Rights.....	75
2. <i>Jus Cogens</i> under the Convention against Genocide and the Corresponding Customary International Law.	81
VII. Epilogue.	88

**I. PROLEGOMENA: SOME INTRODUCTORY CONSIDERATIONS
IN HISTORICAL PERSPECTIVE.**

1. I have voted in support of the present Order of Provisional Measures of Protection, in the case of *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Gambia versus Myanmar)*, which has just been adopted by the International Court of Justice (ICJ), significantly by unanimity. The provisional measures just ordered are intended to bring the necessary protection to human beings who have been suffering for a long time in a situation of extreme vulnerability.

2. Once again, in the *cas d'espèce*, the ICJ is seized of a case on the basis of the 1948 Convention against Genocide. Looking back in time, when the Convention was adopted, on 09.12.1948, on the eve of the adoption of the Universal Declaration of Human Rights (on 10.12.1948), the ICJ, established in June 1945, was still in its initial years. Shortly afterwards, the ICJ was already called upon to pronounce on the matter, still in the very early years of its existence, when it delivered, on 28.05.1951, its Advisory Opinion on *Reservations to the Convention against Genocide*.

3. Several years passed until the ICJ became seized of successive contentious cases specifically on the basis of the Convention against Genocide, especially in respect of the victims of wars and of devastation in the Balkans in the last decade of the XXth. century (case of the *Application of the Convention against Genocide, Bosnia-Herzegovina versus Serbia and Montenegro*, Judgment of 26.02.2007; and case of the *Application of the Convention against Genocide, Croatia versus Serbia*, Judgment of 03.02.2015).

4. There have also been occasions in which the ICJ addressed the Convention against Genocide together with other U.N. Conventions (on Human Rights): this occurred, e.g., in the ICJ's Judgment of 03.02.2006 (on jurisdiction and admissibility) in the case of *Armed Activities in the Territory of Congo* (paras. 27 *et seq.*). In that decision, the ICJ acknowledged the universality of the Convention against Genocide and the importance of the principles underlying the Convention (para. 64); it referred to the norms contained in the substantive provisions of the Convention as being *jus cogens*, creating rights and obligations *erga omnes* (para. 64).

5. Yet, in that same Judgment, when the ICJ turned to its own jurisdiction, and pursued a voluntarist outlook, attentive to the consent of States (paras. 78, 125 and 127). This was unfortunate, as it deprived the Court to develop further its own reasoning in a matter of such importance. This is a point which I shall retake later (cf. parts V-VI, *infra*). In my own perception, human conscience stands above the will of States. In this understanding, I shall present my Separate Opinion, identifying, at first, the points to be examined in sequence.

6. They are the following ones: a) provisional measures of protection in ICJ cases under the Convention against Genocide; b) international fact-finding: relevant passages of U.N. Reports of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, and of the U.N. Special Rapporteur on Human Rights in Myanmar; c) provisional measures of protection and the imperative of overcoming the extreme vulnerability of victims, encompassing the legacy of the II World Conference on Human Rights (1993) in its attention to human vulnerability, and international case-law and the need of properly addressing human vulnerability; d) the great relevance of the safeguard of fundamental rights by provisional measures of protection, in the domain of *jus cogens*, under the Convention against Genocide and the corresponding customary international law. The way is then paved for the presentation of an epilogue.

- 3 -

II. PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION IN ICJ CASE UNDER THE CONVENTION AGAINST GENOCIDE.

7. The presence of the invocation of the *Convention against Genocide* before the ICJ, time and time again, discloses its great importance, given the timeless and most regrettable presence of violence and cruelty in human relations. Yet, the occasions have been rare when the ICJ has been called upon to decide on requests for provisional measures of protection on the basis of the Convention against Genocide (cases of Bosnia-Herzegovina *versus* Yugoslavia [Serbia and Montenegro] in 1993, and now of Gambia *versus* Myanmar), as I shall consider in sequence.

1. Provisional Measures in the First Case on the *Application of the Convention against Genocide*.

8. In the first case before the ICJ on the *Application of the Convention against Genocide*, following the original request for provisional measures by Bosnia-Herzegovina, the ICJ adopted its Order of 08.04.1993, and, following the second request for additional provisional measures, the ICJ adopted its Order of 13.09.1993. In the first Order, of 08.04.1993, the ICJ held that it has *prima facie* jurisdiction under Article IX of the Convention against Genocide, and can thus consider indicating provisional measures protecting rights under the Convention. It then stressed that, that under Article I of the Convention against Genocide, all States Parties have undertaken the duty to prevent and punish genocide as a crime under international law¹.

9. As there was a grave risk of acts of genocide being committed, the ICJ issued two provisional measures relating to the Convention against Genocide, whereby Yugoslavia should promptly: a) take all measures within its power to prevent the commission of the crime of genocide; and b) ensure that any military or organizations and persons under its control, direction or influence do not commit any acts of genocide, of conspiracy to commit genocide, of incitement to commit genocide, or of complicity in genocide (para. 52A). Moreover, the ICJ issued a more general provisional measure, whereby both Parties should take no action, and ensure that no action is taken, that may aggravate or extend the existing dispute, or make it more difficult to reach a solution (para. 52B).

10. Subsequently, in its Order of 13.09.1993, the ICJ found that the development of the situation in Bosnia-Herzegovina justified consideration of the second request; while Bosnia-Herzegovina attempted to expand the bases of the Court's *prima facie* jurisdiction beyond the Convention against Genocide, the ICJ once again held that its jurisdiction is based on Article IX of the Convention. It then proceeded to examine the new request keeping in mind the provisional measures of protection it had already ordered five months earlier.

11. The Court found that the ten additional provisional measures just requested by Bosnia-Herzegovina do not concern the protection of disputed rights which might form the basis of a judgment in the exercise of the Court's jurisdiction under Article IX of the Convention against Genocide. The ICJ reasserted that the two Parties were already under a clear obligation to do all in their power to prevent the commission of any acts of genocide (under the Convention itself), and, furthermore, to ensure that no action was taken to aggravate or extend the existing dispute (as it determined in the provisional measures indicated in its previous Order of 08.04.1993).

¹ Bosnia-Herzegovina and Yugoslavia had thus a clear duty to take all measures to prevent any acts of genocide (irrespective of whether any past acts were legally imputable to them).

12. As the ICJ was not satisfied with the situation as it remained, it found that it required, instead of additional measures, the prompt and effective compliance with the existing provisional measures indicated by its Order of 08.04.1993. In the same Order of 13.09.1993, the ICJ reiterated the undertaking to prevent and punish genocide contained in Article I of the Convention against Genocide, and the recognition thereunder that the crime of genocide, whether committed in time of peace or in time of war, “shocks the conscience of mankind”, results in “great losses to humanity”, and goes against “the spirit and aims of the United Nations”, as promptly stated in General Assembly resolution 96 (I) of 11.12.1946 (paras. 50-51).

2. Provisional Measures in the Present Case on the *Application of the Convention against Genocide*.

13. The present case now before the ICJ, opposing Gambia to Myanmar, is a new occasion of requested provisional measures of protection before the ICJ, again concerning the *Application of the Convention against Genocide*. The Applicant State, as will be seen next (parts III and IV), refers to international fact-finding, comprising U.N. Mission’s Reports (2018 and 2019) and Reports of the U.N. Special Rapporteur on Human Rights in Myanmar (2018 and 2019).

14. An account of their contents will pave the way for an examination of provisional measures of protection and the imperative of overcoming the extreme vulnerability of victims (part IV) in the present Separate Opinion. It is significant that the needed protection of persons and groups in extreme vulnerability is attracting the attention of the United Nations, by the work of its Human Rights Council (*infra*) as well as of the ICJ, in the present request of provisional measures of protection. This is, in my perception, a matter of great concern in the contemporary law of nations as a whole.

III. INTERNATIONAL FACT-FINDING: RELEVANT PASSAGES OF U.N. REPORTS OF THE INDEPENDENT INTERNATIONAL FACT-FINDING MISSION ON MYANMAR.

15. On 11.11.2019, Gambia has submitted an *Application* to the ICJ instituting proceedings against Myanmar concerning alleged violations of the 1948 Convention against Genocide, and requesting the indication of provisional measures of protection, in accordance with Article 41 of the ICJ Statute and Articles 73, 74, and 75 of the Rules of Court. In its *Application*, Gambia describes “a brutal and continuing campaign of sweeping genocidal acts and measures, imposed by Myanmar against members of the Rohingya group, intended to destroy the group in whole or in part”, in violation of the Convention against Genocide (para. 114). Gambia, as a State Party to the Convention, submits that provisional measures are necessary to protect against further irreparable harm to the rights of the Rohingya group under the Convention (para. 115)².

16. The aforementioned *Application* by Gambia in the *cas d’espèce*, on alleged acts of genocide against the Rohingya people in Myanmar, includes references to: a) two reports by the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, which provide evidence of intent of genocide against the Rohingya population in Myanmar; and b) three reports by the Special Rapporteur of the Human Rights Council on the Situation of Human Rights in Myanmar, which provide evidence of continuing discrimination and potential genocide against the Rohingya population in Myanmar. May I summarize the relevant passages of them.

² And cf. also paras. 113 *et seq.*

- 5 -

17. The Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar was established by the U.N. Human Rights Council (resolution 34/22). The Mission found consistent patterns of grave violations of human rights in Kachin, Rakhine and Shan States in Myanmar, in addition to grave violations of International Humanitarian Law, including the deliberate targeting of civilians. The Mission further found that these violations were committed mainly by Myanmar security forces. The Mission also noted a pervasive situation of impunity at domestic level, as well as a lack of cooperation from the Government of Myanmar with the Mission, and recommended that the impetus for accountability must come from the international community.

18. Throughout its *Application Instituting Proceedings*, Gambia refers to reports (of 2018 and 2019) of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar, stating that their findings are “especially significant” (para. 10). It refers primarily to two detailed reports on the findings of the Mission, namely, the “*Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*” (of 17.09.2018)³ and the “*Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*” (of 16.09.2019)⁴.

19. Gambia’s *Application* refers, furthermore, to the condensed report presented to the U.N. Human Rights Council on 12.09.2018⁵. The aforementioned consolidated reports submitted to the U.N. Human Rights Council, of 12.09.2018⁶ of 08.08.2019⁷, in addition to the extensive “*Detailed Findings*” of 16.09.2019 (cf. *infra*), all cited by Gambia in its *Application*, contain passages deserving particular attention, which I proceed to summarize in sequence.

1. Mission’s Report on Myanmar of 12.09.2018.

20. In considering allegations of grave violations of human rights, the 2018 U.N. Fact-Finding Mission Report focuses on three emblematic situations, namely: the crisis in Rakhine State; the hostilities in Kachin and Shan States; and the infringement on the exercise of fundamental freedoms and the issue of hate speech (para. 15). As to the crisis in Rakhine State, the Mission states that the Government of Myanmar has implemented policies and practices over decades which have steadily marginalized the Rohingya people, and led to their “extreme vulnerability”, resulting in “a continuing situation of severe, systemic and institutionalized oppression from birth to death” (para. 20).

21. The Mission Report outlines as a cornerstone of this oppression of the Rohingya their lack of legal status (para. 21), their restrictions to food, health and education⁸, disclosing “a looming catastrophe for decades” (para. 22). It then refers to “[o]ther discriminatory restrictions”, such as those to freedom of movement, to marriage authorization, to reproduction, and to birth registration (para. 23).

³ *Application Instituting Proceedings*, paras. 10-12, and cf. n. (11), citing U.N. Human Rights Council, *Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* (17.09.2018), U.N. doc. A/HRC/39/CRP.2.

⁴ *Application*, paras. 13-14, and cf. n. (21), citing U.N. Human Rights Council, *Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* (16.09.2019), U.N. doc. A/HRC/42/CRP.5.

⁵ *Application*, paras. 10 *et seq.* and n. (11); citing U.N. Human Rights Council, *Report... op. cit. infra* n. (6).

⁶ U.N. Human Rights Council, *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* (12.09.2018), U.N. doc. A/HRC/39/64 [2018 Mission Report].

⁷ U.N. Human Rights Council, *Report of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* (08.08.2019), U.N. doc. A/HRC/42/50 [2019 Mission Report].

⁸ Their degree of malnutrition witnessed in northern Rakhine State being “alarming” (para. 23).

22. The Mission, moreover, addresses grave violations of human rights which took place during the outbreak of violence in 2012, as well as during the “clearance operations” of 2017 (paras. 24-54). In relation to Kachin and Shan States, the Report notes that similar patterns of conduct by security forces (Tatmadaw soldiers and others) were witnessed, including violations against ethnic and religious minorities committed with persecutory intent (paras. 55-70).

23. The Report further dwells upon the continuing systematic oppression of the Rohingya in Myanmar, with persisting violence and restrictive policies on the Rohingya (paras. 49-51), including unlawful killings and torture of civilians (against men, women and children — paras. 60-61). Moreover, it also refers to the systematic appropriation of vacated Rohingya land (para. 50), sexual violence (para. 62), and forced labour (paras. 60-61 and 63-64).

24. The 2018 Mission Report further addresses hate speech, noting dehumanizing and stigmatizing language against the Rohingya and Muslims in general, used by extremist Buddhist groups, which has been condoned and mirrored by the Myanmar authorities themselves (para. 73). The 2018 Mission Report determines, as hallmarks of Tatmadaw operations (paras. 75-82), the following ones: a) the targeting of civilians (paras. 76-78); b) sexual violence as a recurrent feature (para. 79); c) exclusionary rhetoric and systematic discriminatory policies against the Rohingya (paras. 80-81); d) and impunity within the Tatmadaw and in Myanmar more generally (paras. 82, 95-98 and 100).

25. The Mission finds, on the basis of the information it has collected, that it has reasonable grounds to conclude that serious crimes under international law have been committed, considering separately genocide, crimes against humanity, and war crimes (paras. 83-89). As to genocide (paras. 84-87), the Report suggests that the crimes in Rakhine State and the manner whereby they were perpetrated are similar in nature, gravity and scope to facts which have allowed genocidal intent to be established in other contexts (paras. 85-86)⁹.

26. Furthermore, the Mission states that the primary perpetrator of grave violations of human rights and of crimes under international law, in relation to the facts at issue, was the Tatmadaw, with the contribution of civilian authorities by way of inaction, denial of wrongdoing, blocking independent investigation, and destroying evidence (paras. 90-94)¹⁰. Successive paragraphs refer to evidence relating to alleged genocide against the Rohingya people.

27. The Report addresses the systematic oppression of the Rohingya through governmental policies implemented over decades, including restrictions on citizenship, freedom of movement, marriage authorization, reproduction, and birth registration (paras. 20-23). In devoting attention to the escalation of violence in 2012 (paras. 24-30), it singles out, in particular: a) the plan to instigate violence and amplify tensions through a campaign of hate and dehumanization of the Rohingya (para. 25); b) the complicity of Myanmar security forces through inaction or active participation in the violence against the Rohingya (para. 26); c) displacement, and restrictions on freedom of movement, on the right to education and on the right to vote (paras. 29-30).

⁹ It concludes that there is sufficient information to warrant the investigation and prosecution of senior officials for genocide (para. 87).

¹⁰ Cf., in relation to civilian authorities, para. 93.

- 7 -

28. The 2018 Mission Report then dwells upon the “clearance operations” conducted by Myanmar security forces against the Rohingya in 2017 (paras. 31-54), including, in particular: a) the disproportionate and targeted attacks on the Rohingya villages (para. 33), and the *modus operandi* of these targeted attacks (para. 34); b) the level of pre-planning and design of the attacks (paras. 35, 43, 45-46, 48 and 53); c) the violence being perpetrated by Myanmar security forces, with the participation of some male civilians of different ethnic groups (paras. 52-53); d) the indiscriminate killing (paras. 36-37 and 39-41); e) the sexual violence (paras. 36 and 38-39); f) the widespread targeted destruction of Rohingya-populated areas (para. 42).

2. Mission’s Report on Myanmar of 08.08.2019.

29. The 2019 Mission Report proceeds to the consolidation of its findings on conflict-related human rights issues in Rakhine, Chin, Shan and Kachin States, with a view to its handover to the Independent Investigative Mechanisms for Myanmar; it also provides an update on the situation of the Rohingya (paras. 76-94). The Mission notes that, despite mass displacement of the Rohingya people, some 600,000 Rohingya are estimated to remain in Rakhine State in Myanmar, and continue to be subjected to discriminatory policies, including segregation and restricted movement, deprivation of citizenship, physical attacks, arbitrary arrests, and other violations of their human rights (para. 76).

30. The Mission focuses its discussion on movement restrictions as “one of the clearest indicators of their chronic persecution”, noting that such restrictions have tightened since the violence perpetrated in 2012, as well as the ways in which the movement restrictions affect access by the Rohingya to economic, social and cultural rights (such as health services, education, and livelihoods) (paras. 77-78 and 80). The Mission also addresses internment camps, wherein some 126,000 Rohingya were still living, subject to appalling conditions, with no foreseeable plan for relocation (para. 82).

31. The Mission adds that the Government of Myanmar appears to be continuing its plan to keep the Rohingya off their lands and further to segregate them, according to satellite imagery and witness testimony about the construction of new camps for displaced Rohingya refugees (para. 84). The Mission further notes the continued discrimination with respect to citizenship laws and forcing Rohingya to accept national verification cards through threat and intimidation (paras. 86-87).

32. The Mission’s update Report indicates that the situation of the Rohingya remains largely unchanged, and warns, as to genocide, that it has reasonable grounds to conclude that there is a strong inference of genocidal intent on the part of the State, that there is a serious risk of recurrence of genocidal actions, and that Myanmar is failing in its obligations to prevent, investigate, and enact legislation to criminalize and punish genocide (paras. 89-90).

33. The Report refers to evidence relating to the alleged genocide against the Rohingya people, encompassing: a) ongoing chronic persecution measures, including movement restrictions affecting the Rohingya’s access to economic, social, and cultural rights (paras. 76-81); b) internment camps for displaced Rohingya, with the Government of Myanmar continuing its plan to keep the Rohingya off their lands and segregated (paras. 82-84); c) forced labour, including Rohingya being forced to build new camps for the displaced Rohingya (para. 88); d) continued discrimination with respect to citizenship laws and forcing Rohingya to accept national verification cards through threat and intimidation (paras. 86-87).

34. The Mission concludes that the situation of the Rohingya remains largely unchanged and the Myanmar Government's acts "continue to be part of a widespread and systematic attack that amounts to persecution and other crimes against humanity against the Rohingya in Rakhine State" (para. 89). It adds that

"the Mission also has reasonable grounds to conclude that there is a strong inference of genocidal intent on the part of the State, that there is a serious risk that genocidal actions may recur, and that Myanmar is failing in its obligation to prevent genocide, to investigate genocide, and to enact effective legislation criminalizing and punishing genocide" (para. 90).

3. Mission's "Detailed Findings" on Myanmar of 16.09.2019.

35. Shortly after its Report of 08.08.2019, the Mission submitted to the U.N. Human Rights Council the extensive "Detailed Findings" on Myanmar, of 16.09.2019, as a complementary factual information (in 190 pages)¹¹. The document starts with a summary of the forms of grave violations incurred into (para. 2), the determination of State responsibility (paras. 45 and 58-59) and the need of reparations (paras. 42-43). The "detailed findings" cover violence in distinct forms (including beatings), torture and cruel treatment, forced labour (paras. 190-194), deprivation of food and of humanitarian relief (paras. 172-175)¹², as well as deprivation of health and of land (paras. 139-140).

36. According to the document, violence also encompassed forced displacement of persons and human trafficking (para. 589), as well as other war crimes, amidst humiliation or degradation (para. 192). It stressed the prohibition of torture as one of *jus cogens*, as a peremptory norm of customary international law (para. 389). Those grave breaches, — it warned, — disclosed the need of assertion of State responsibility, keeping in mind the continuity of the intent of genocide (paras. 230, 233, 238, 667 and 669).

37. The document devoted particular attention to the endeavours of the U.N. Mission (reports of 2018-2019) to infer the "genocidal intent under the rules of State responsibility" on the part of the State of Myanmar (para. 223, and cf. para 220). In the words of the "detailed findings",

"The Mission has identified seven indicators from which it inferred genocidal intent to destroy the Rohingya people as such, all based on the consideration of indicators of genocidal intent in international case law: first, the Tatmadaw's extreme brutality during its attacks on the Rohingya; second, the organized nature of the Tatmadaw's destruction; third, the enormity and nature of the sexual violence perpetrated against women and girls during the "clearance operations"; fourth, the insulting, derogatory, racist and exclusionary utterances of Myanmar officials and others prior, during and after the "clearance operations"; fifth, the existence of discriminatory plans and policies, such as the Citizenship Law and the NVC process, as well as the Government's efforts to clear, raze, confiscate and build on land in a manner that sought to change the demographic and ethnic composition of Rakhine State, the goal being to reduce the proportion of Rohingya; sixth, the Government's tolerance for public rhetoric of hatred and contempt for the Rohingya; and seventh, the State's failure to investigate and prosecute gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, both as they were

¹¹ *Cit. in n. (4) supra.*

¹² It stressed the need of humanitarian relief to be extended to the most vulnerable victims (para. 633).

- 9 -

occurring and after they occurred. These seven indicators also allow the Mission to infer that the State did not object and in fact endorsed the Tatmadaw's "clearance operations" and the manner in which they were conducted.

Every one of these indicators is linked to the acts or omissions of Myanmar State organs, including the military, other security forces, ministries, legislative bodies, the UEHRD and other civilian institutions. Collectively they demonstrate a pattern of conduct that infers genocidal intent on the part of the State to destroy the Rohingya, in whole or in part, as a group. For reasons explained in its 2018 report, there is no reasonable conclusion to draw, other than the inference of genocidal intent, from the State's pattern of conduct" (paras. 224-225).

38. The "detailed findings", furthermore, revealed a temporal perspective of the grave breaches: it pointed out that, even before the occurrences of violence against the Rohingya in 2012 and 2016-2017, leading to the forced displacement and exodus of those victimized: there were other periods of violence, — it added, — such as the military operations in 1977, which led some 200,000 Rohingya to flee to Bangladesh; this again happened in 1992 (amidst killings, torture, rape and other violations), which led 260,000 Rohingya to flee to Bangladesh (paras. 202-205 and 214-215).

39. Still in this temporal perspective, the document identified in the 1982 Citizenship Law of Myanmar as discriminatory against the Rohingya people, denying them citizenship and other "fundamental rights", causing them "great physical or mental suffering" constituting "crime against humanity" (paras. 101-106 and 216). It added that there was need of further investigation of the facts, so as to render justice (para. 226), given the grave violations committed mainly by the Tatmadaw (the Myanmar military) of the International Law of Human Rights and International Humanitarian Law (para. 457), as well as of the U.N. Convention on the Rights of the Child (para. 527).

40. Over the last decades those violations have established a level of continuing oppression against the Rohingya rendering their life in Myanmar unbearable. They had to face the denial of their rights, and even of legal status and identity. State-sanctioned laws and policies "occurred in the context of State-sanctioned discriminatory rhetoric", with "institutionalized oppression" amounting to persecution (para. 210). The attacks against "Myanmar's Rohingya population" were undertaken with "genocidal intent", and ever since the Mission's 2018 Report "the situation of the 600,000 Rohingya remaining in Myanmar is worse after another year of living under deplorable conditions" (paras. 212-213).

IV. INTERNATIONAL FACT-FINDING: REPORTS OF THE U.N. SPECIAL RAPPORTEUR ON HUMAN RIGHTS IN MYANMAR.

41. In its *Application*, Gambia further notes that the U.N. Human Rights Council's Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar (Ms. Yanghee Lee) has carried out extensive fact-finding on Myanmar's campaign against the Rohingya¹³. The Special Rapporteur, in addition to her statements made at the U.N. Human Rights Council, also submitted reports to it, on

¹³ It cites her statement at the 37th. session of the Human Rights Council on 12.03.2018; *Application*, para. 7 and n. 4.

the situation of human rights in Myanmar, including a recent report presented on 30.08.2019¹⁴. Two of her earlier reports (of 02.05.2019¹⁵ and 20.08.2018¹⁶) are also of particular interest in relation to allegations of genocide against the Government of Myanmar.

1. Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar (of 30.08.2019).

42. In her Report of 30.08.2019, the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar, referring to armed conflict and violence, addresses reports of ongoing violent attacks against the Rohingyas (and property) in the context of the conflict with the Arakan Army in Rakhine State (para. 40). She observes that living conditions for the Rohingya in northern Rakhine State “remain dreadful”, with continuing reports of beatings, killings, and the burning of houses and rice stores (para. 40).

43. She outlines the need to conduct policies “in a rights-based manner”, and to put an end to the root-causes of forced displacement of persons (para. 44). Moreover, as to internally displaced persons, the Special Rapporteur points out that, in central Rakhine State, “128,000 Rohingya and Kaman people remain interned in camps where they have lived in squalid conditions since 2012”, with restrictions on their freedom of movement (para. 45).

44. The Special Rapporteur (Ms. Yanghee Lee) then warns that, if the process being pursued continues, it will result in the permanent segregation of displaced Rohingya and Kaman communities in Rakhine (para. 45). As to Rohingya refugees, she expresses her view that “Myanmar has entirely failed to dismantle the system of persecution under which the Rohingya in Rakhine continue to live. While this situation persists, it is not safe or sustainable for refugees to return” (para. 54)¹⁷.

2. Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar (of 02.05.2019).

45. Earlier on, in her Report of 02.05.2019, the Special Rapporteur notes that the campaign to impose national verification cards on the Rohingya is continuing unabated, and the Rohingya are still required to apply for permission to leave their villages in accordance with existing restrictions on their movement (para. 34). Furthermore, in relation to Rohingya refugees, the Special Rapporteur observes that the conditions for voluntary, safe, dignified and sustainable returns do not exist, despite the Governments of Bangladesh and Myanmar having agreed to begin repatriation in mid-November 2018 (para. 43).

¹⁴ U.N. Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar — Yanghee Lee* (30.08.2019), U.N. doc. A/74/342 [August 2019 Report of the Special Rapporteur].

¹⁵ U.N. Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar — Yanghee Lee* (02.05.2019), U.N. doc. A/HRC/40/68.

¹⁶ U.N. Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar — Yanghee Lee* (20.08.2018), U.N. doc. A/73/332.

¹⁷ Furthermore, she expresses concern that national verification cards will be issued to Rohingya returnees after their biometric data is collected, noting the possibility that any biometric data collected could be used to place further controls on Rohingya who return to Myanmar (para. 55).

- 11 -

46. She addresses the overcrowded conditions for the Rohingya refugees in Bangladesh, as well as the fear of refugees of forced repatriation following the aforementioned agreement between the Governments of Bangladesh and Myanmar (paras. 41-43). The Special Rapporteur (Ms. Yanghee Lee) further notes that this planned repatriation has caused high levels of fear and anxiety among the refugee population at the prospect of forced return, leading some refugees to go into hiding or even attempt to take their own lives to avoid forced return to Myanmar (para. 43).

47. And, as to institutionalized hate speech, she expresses alarm at its pervasive nature, particularly due to the use of hate speech by senior governmental officials (para. 51). She warns that “hate speech and misinformation” have come from “public institutions linked to the military” (para. 53), and calls for definitely avoiding to teach children ideas promoting “racial superiority and communal disharmony”, removing “all incendiary passages from all textbooks” (para. 52).

3. Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in Myanmar (of 20.08.2018).

48. Even earlier, in her Report of 20.08.2018, the Special Rapporteur condemns the widespread and systematic violations of the International Law of Human Rights and International Humanitarian Law committed by the Tatmadaw against the Rohingya population in Myanmar for decades, with particular attention to the armed conflict and situations of violence from March 2018 (para. 36). She declares that there is “credible information” that the 33rd. and 99th. Light Infantry Divisions of the Tatmadaw were among those responsible for perpetrating “extreme violence against the Rohingya population in northern Rakhine State” (as from 25.08.2017) (para. 37), including massacres involving “the killings of many men, women and children, beatings, rapes and the burning of houses” (paras. 38-39)¹⁸.

49. The Special Rapporteur (Ms. Yanghee Lee) specifically addresses sexual violence, stating that “the widespread threat and use of sexual violence” was part of the “Tatmadaw’s strategy of humiliating, terrorizing and collectively punishing the Rohingya community” and forcing them “to flee and prevent their return” (para. 48). She also expresses concern in relation to the dire living conditions in the internment camps, given the continuing violence and discrimination against the Rohingya in Rakhine State, as well as in relation to its intended closure of the camps to hasten the return of displaced persons to their places of origin (paras. 52-53).

50. The Special Rapporteur’s concern also encompasses the ongoing discrimination in citizenship laws in Myanmar, with the lack of citizenship status of the Rohingya people in Myanmar, and the lack of recognition of refugee status for the Rohingya people in Bangladesh (paras. 58-60 and 62). She notes that, according to statements from newly arrived Rohingya refugees in Cox’s Bazar, conditions for the Rohingya in Rakhine State have “worsened significantly since before the violence of August 2017 as a result of heightened movement restrictions, lack of access to livelihoods, education, health and basic services, and ongoing violence, intimidation and extortion by security forces” (para. 61).

51. Furthermore, discriminatory laws, including those relating to freedom of movement, family registration, marriage and birth, remain in place (para. 61). The Special Rapporteur notes that pressure by security forces for the Rohingya to accept national verification cards has led to violence (para. 62). As to the destruction of Rohingya villages, the Special Rapporteur notes that

¹⁸ Citing Amnesty International, “We Will Destroy Everything: Military Responsibility for Crimes against Humanity in Rakhine State” (27.06.2018).

bases for security forces, reception and transit centres for repatriation and model villages — which have historically been used to encourage the resettlement of Buddhists to Rakhine State, displacing the Muslim population, — have been built on land that was previously home to the Rohingya (para. 63).

52. The Special Rapporteur (Ms. Yanghee Lee) comes to the conclusion that the aforementioned situation in Myanmar calls for accountability, and “[j]ustice and the right of victims to reparation should not be contingent on any political or economic interest”, keeping in mind that “there can be no genuine or meaningful accountability unless the victims’ concerns are addressed” (para. 73). To that effect, she presents a series of recommendations (paras. 75-80).

V. PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION AND THE IMPERATIVE OF OVERCOMING THE EXTREME VULNERABILITY OF VICTIMS.

53. The U.N. reports above reviewed give accounts of great suffering on the part of the numerous victims of the tragedy in Myanmar; further to those who were killed or died, the surviving ones remain in a situation of extreme vulnerability. I ascribe considerable importance to human vulnerability, to which I have always been attentive, and I shall address this point further in the following paragraphs of the present part V of the Separate Opinion.

54. The Provisional Measures of Protection just ordered by the ICJ in the *cas d’espèce* aim to safeguard the fundamental rights of the surviving victims. The suffering of victims has marked presence in the writings of thinkers along the centuries. May I here just recall that, in the mid-XXth. century, Cecília Meireles observed, in her poem “*Os Mortos/The Ones Who Died*” (1945):

“Creio que o morto ainda tinha chorado, depois da morte:
enquanto os pensamentos se desagregavam,
depois de o coração se acostumar de ter parado. (...)”

Creio que o morto chorou depois da morte.
Chorou por não ter sido outro. (...)”

Mas sobre seus olhos havia uns outros, mais infelizes,
que estavam vendo, e entendendo, e continuavam sem nada.
Sem esperança de lágrima.
Recuados para um mundo sem vibração.
Tão incapazes de sentir que se via o tempo de sua morte.
Antiga morte já entrada em esquecimento.
Já de lágrimas secas”.

[“I believe that the one who died had still cried, after death:
while the thoughts disaggregated themselves,
after the heart gets used to have stopped. (...)”

I believe the one who died cried after death.
Cried for not having been someone else. (...)”

- 13 -

But over his eyes there were some others, more unfortunate ones,
 who were seeing, and understanding, and remained without anything.
 Without hope of tear.
 Moved back into a world without vibration.
 So incapable of feeling that one was seeing the time of their death.
 Ancient death already entered into oblivion.
 Already of dry tears". — [My own translation].

1. The Legacy of the II World Conference on Human Rights (1993), in Its Attention to Human Vulnerability.

55. May I now turn to another issue of particular importance here. In the course of the work of the II World Conference on Human Rights (Vienna, 1993), — as I recall in my memories of it, — a special attention was turned to vulnerable persons and groups in great need of protection, so as to overcome their defenselessness¹⁹. There was stress on the need of positive measures and obligations to this effect²⁰. The II World Conference on Human Rights left an important legacy, as found in its final document, the Vienna Declaration and Programme of Action, — of which I keep a very good memory, having participated in the work of its Drafting Committee.

56. One of the key points of the 1993 Declaration and Programme of Action was its special attentiveness to discriminated or disadvantaged persons, to vulnerable persons and groups, to the poor and the socially excluded, in sum, to all those in greater need of protection²¹. It was not surprising that the 1993 World Conference was particularly attentive, *inter alia*, to the condition of vulnerable groups and persons, — as the issue which was already under the attention of U.N. organs.

57. In effect, due to the endeavours of international supervisory organs at global and regional levels, numerous lives had been spared, reparations for damages had been awarded, legislative measures had been adopted or modified for the sake of protection, wrongful administrative practices had to the same effect been terminated²². Its legacy as a whole is to be kept in mind nowadays²³, given the subsequent and current occurrence of atrocities against human beings.

58. In the adjudication by the ICJ of recent cases pertaining to human violence affecting vulnerable victims, I have deemed it fit to focus on the legacy of the II World Conference on Human Rights in relation to the vulnerability of the victims. Thus, in my three extensive Dissenting Opinions in the three cases of the *Obligation of Nuclear Disarmament* (Judgments

¹⁹ A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza/Brazil, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 59, 65, 73, 93 and 103-104.

²⁰ *Ibid.*, p. 76; emphasis was given to the 1948 Universal Declaration of Human Rights (*ibid.*, p. 97 n. 151), and the universal juridical conscience was acknowledged as the ultimate material source of the law of nations, of all Law (*ibid.*, p. 106).

²¹ United Nations, *Vienna Declaration and Programme of Action*, New York, U.N., 1993, pp. 25-71. — As it became clear that human rights permeate all areas of human activity, the incorporation of the human rights dimension in all programs and activities of the United Nations was propounded in the Vienna Conference.

²² In addition, national democratic institutions had been strengthened, and positive measures and educational programmes had been adopted.

²³ Cf. A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights Two Decades After the Second World Conference on Human Rights in Vienna in 1993", in *The Realization of Human Rights: When Theory Meets Practice — Studies in Honour of Leo Zwaak* (eds. Y. Haec et alii), Cambridge/Antwerp/Portland, Intersentia, 2013, pp. 15-39.

of 10.05.2016 — cf. *infra*), in my firm support of that universal obligation I drew attention to the focus on “attention on vulnerable segments of the populations” and the concern with “meeting basic human needs” (para. 124).

59. I added that a basic concern of the II World Conference on Human Rights

“— as I have pointed out on distinct occasions along the last two decades²⁴ — can be found in the recognition of the legitimacy of the concern of the international community as a whole with the conditions of living of all human beings everywhere. The placing of the well-being of peoples and human beings, of the improvement of their conditions of living, at the centre of the concerns of the international community, is remindful of the historical origins of the *droit des gens*²⁵” (para. 125).

60. Moreover, I have retaken my considerations on the matter in my subsequent Separate Opinion in the ICJ’s Order (of 19.04.2017) in the case of the *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (ICSFT) and of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD)* (Ukraine versus Russian Federation), wherein I have stressed the relevance of provisional measures of protection in a situation of a strong adversity and sufferings of the victimized persons. I have proceeded, in this new and long Separate Opinion, to elucidate a series of issues, some of which raised also now in the *cas d’espèce*.

61. It is not my intention to reiterate here all my clarifications made and examined in my Separate Opinion of almost three years ago. May I just refer briefly here to some of the points I have made on that occasion in the ICJ’s decision in that case opposing Ukraine to the Russian Federation. To start with, I have examined the treatment of human vulnerability — including cases of extreme vulnerability — in the case-law of contemporary international tribunals, such as the ICJ, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) and the European Court of Human Rights (ECtHR) (paras. 12-20).

62. In my examination of such treatment in successive cases, I have pondered, *inter alia*, that

“It is significant that, in our times, cases pertaining to situations of extreme adversity or vulnerability of human beings have been brought to the attention of the ICJ as well as other international tribunals. This is, in my perception, a sign of the new

²⁴ A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis...*, *op. cit. supra* n. (19), 2014, pp. 13-356; A.A. Cançado Trindade, “Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences”, in *Japan and International Law — Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; A.A. Cançado Trindade, “The Contribution of Recent World Conferences of the United Nations to the Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights”, in *Les hommes et l’environnement: Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? — Études en hommage à Alexandre Kiss* (eds. M. Prieur and C. Lambrechts), Paris, Éd. Frison-Roche, 1998, pp. 119-146; A.A. Cançado Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)”, 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57.

²⁵ Those Conferences acknowledged that human rights do in fact permeate all areas of human activity, and contributed decisively to the reestablishment of the central position of human beings in the conceptual universe of the law of nations (*droit des gens*). Cf., on the matter, A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L’accès des particuliers à la justice internationale: le regard d’un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.

- 15 -

paradigm of the *humanized* international law, the new *jus gentium*²⁶ of our times, sensitive and attentive to the needs of protection of the human person in any circumstances of vulnerability. The case-law of international human rights tribunals is particularly illustrative in this respect” (para. 17).

63. In the same case of *Ukraine versus Russian Federation*,— I have gone on,— a worrisome illustration of the urgent need for provisional measures of protection was provided by the continuous indiscriminate shelling of the civilian population from all sides, in densely populated areas (in east of Ukraine), in breach of the International Law of Human Rights and of International Humanitarian Law (paras. 27-28). Non-compliance with the needed provisional measures of protection generates the responsibility of the State, with legal consequences (para. 8).

64. The gravity of the situation in the *cas d'espèce*,— I have proceeded,— required provisional measures of protection, oriented by the principle *pro persona humana, pro victima* (para. 85). This,— I have added,—

“requires the ICJ to go beyond the strict inter-State dimension (the one it is used to, attached to a dogma of the past), and to concentrate attention on *victims* (including the potential ones²⁷),— be they individuals²⁸, groups of individuals²⁹, peoples or humankind³⁰, as subjects of international law,— and not on inter-State susceptibilities. Human beings in vulnerability are the ultimate beneficiaries of provisional measures of protection, endowed nowadays with a truly *tutelary* character, as true jurisdictional guarantees of preventive character” (para 86).

65. I have then warned that the need of greater attention to human vulnerability was to be carefully faced with full awareness of the pressing need to secure protection to the affected human beings (paras. 87-88). The principle of humanity comes to the fore (para. 90), permeating the whole *corpus juris* of contemporary international law, with “a clear incidence on the protection of persons in situations of great vulnerability. (...) Human beings stand in need, ultimately, of protection against evil, which lies within themselves” (para. 91).

²⁶ Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2nd. rev. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-782; A.A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, México, Edit. Porrúa/IMDPC, 2013, pp. 1-324; A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185.

²⁷ On the notion of *potential* victims in the framework of the evolution of the notion of victim (or the condition of the complainant) in the domain of the International Law of Human Rights, cf. A.A. Cançado Trindade, “Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Haye* (1987), ch. XI, pp. 243-299, esp. pp. 271-292.

²⁸ As I pointed out in my Separate Opinions of the A.S. *Diallo* case (Judgments of 30.11.2010, merits; and of 19.06.2012, reparations).

²⁹ As I sustained in my Dissenting and Separate Opinions in the case of the *Obligation to Prosecute or Extradite* (Order of 28.05.2009, and Judgment of 20.07.2012, respectively), as well as in my Dissenting Opinion in the case of the *Application of the Convention against Genocide* (Judgment of 03.02.2015).

³⁰ As I upheld in my three Dissenting Opinions in the three cases of the *Obligations of Nuclear Disarmament* (Judgments of 05.10.2016).

2. International Case-Law and the Need of Properly Addressing Human Vulnerability.

a) Support for the Relevance of Consideration of Vulnerability of the Victims.

66. The II World Conference on Human Rights remained faithful to the legacy of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, and provided responses to new challenges. The warning of the Universal Declaration has been kept in mind, to the effect that “disregard and contempt for human rights have resulted in barbarous acts which have outraged the conscience of mankind” (preamble, para. 2). The Declaration further warns that “it is essential, if man is not compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law” (preamble, para. 3). And it asserts that “recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world” (preamble, para. 1).

67. International case-law is gradually reckoning the need of properly addressing human vulnerability. Within the ICJ, I have been constantly attentive to this needed development. Thus, in my Separate Opinion in the ICJ’s Order of Provisional Measures of Protection (of 18.07.2011) in the case of the *Temple of Preah Vihear* (Cambodia *versus* Thailand), I pointed out that there have been cases where the ICJ, in indicating such measures, like in the *cas d’espèce*, “most significantly went beyond the inter-State dimension, in expressing its concern also for the human persons (*les personnes humaines*) in situations of risk, or vulnerability and adversity” (para. 74).

68. In my Separate Opinion in the ICJ’s Judgment (on reparations, of 19.06.2012) in the case of *A.S. Diallo* (Guinea *versus* D.R. Congo), I pondered that measures adopted for the rehabilitation of those victimized in cases of grave violations of their rights, “have intended to overcome the extreme vulnerability of victims, and to restore their identity and integrity” (para. 84). Earlier on, in the same case of *A.S. Diallo* (merits, Judgment of 30.11.2010), I related, in my Separate Opinion, the pressing need to overcome the situation of vulnerability or even defenselessness of victims to the principle of humanity in its wide dimension (para. 105).

69. On other occasions, likewise, I have addressed the matter in the ICJ: for example, in my Dissenting Opinion in the case of the *Jurisdictional Immunities of the State* (Judgment of 03.02.2012), I drew attention to the increased vulnerability of victimized persons (para. 175); and in my Separate Opinion in the case of the *Obligation to Prosecute or Extradite* (Judgment of 20.07.2012), I considered the vulnerability and rehabilitation of victims (para. 174). All these ponderations, in addition to others, are duly systematized³¹.

b) Invocation of Occurrence of Extreme Human Vulnerability.

70. In the oral proceedings before the ICJ in the *cas d’espèce*, the applicant State has been attentive to the utter vulnerability of the Rohingya; thus, in the public hearing of 10.12.2019, it has referred, in this respect, to the point made by the U.N. Mission’s Report (of 17.09.2018)³² that their “extreme vulnerability” has been “a consequence of State policies and practices implemented over

³¹ Cf. Judge A.A. Cañçado Trindade — *The Construction of a Humanized International Law — A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, vol. II (International Court of Justice), The Hague/Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 967, 1779-1780, 1685, 1469 and 1597, respectively.

³² U.N. Human Rights Council, *Report of the Detailed Findings of the Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar*, U.N. doc. A/HRC/39/CRP.2 (17.09.2018), para. 458.

- 17 -

decades³³. Gambia has devoted a whole part of its oral arguments to “The Rohingya’s Vulnerability to Continuing Acts of Genocide” (part IV); in assessing “the situation of the approximately 600,000 Rohingya who remain in Myanmar today” (p. 37, para. 1), it characterized their situation as “one of extreme vulnerability, with ongoing acts of genocide against them, and the grave risk that even more heinous atrocities (...) will be inflicted upon them at any time” (p. 37, para. 2).

71. Moreover, in referring to occasions in which the ICJ took note of human vulnerability in its own case-law (p. 58, paras. 9 and 11), Gambia has added that in the present case “the Rohingya are not only deprived of their political, social and cultural rights, they are threatened with *massive loss of life itself*, and, striking at the heart of these proceedings, with *loss of their very existence as a group*” (p. 58, para. 11).

72. Invocation of extreme human vulnerability is a key element to be taken into account in a decision concerning provisional measures of protection, in a case like the present one, on the *Application of the Convention against Genocide*. In effect, from time to time, the ICJ has been seized of cases disclosing human cruelty, always present in the history of humankind. For example, in its three Judgments in the three cases of the *Obligation of Nuclear Disarmament* (Marshall Islands *versus* United Kingdom, India and Pakistan; of 10.05.2016), as the Court has found itself — by a split majority — without jurisdiction to adjudicate them, I have appended three strong Dissenting Opinions thereto.

73. In my three dissents, I have warned as to the manifest illegality of nuclear weapons, which constitute a continuing threat to humankind as a whole. I dwelt extensively upon evil and cruelty in human relations, having deemed it fit to devote one part (XVI) of my Dissenting Opinions to “The Principle of Humanity and the Universalist Approach: *Jus Necessarium* Transcending the Limitations of *Jus Voluntarium*”, preceded *inter alia* by another part (VIII) on “Human Wickedness: From the XXIst. Century Back to the Book of *Genesis*”.

74. In this earlier part of my dissents, I have recalled the presence in the reasoning of many influential thinkers of the XXth. century (*inter alii*, in the middle of last century, Mahatma Gandhi and Stefan Zweig, among several others in distinct continents) warning against human wickedness with its numerous victims of the atrocities perpetrated at that time and before, and continuing nowadays. And I have stressed, in face of persistence of human cruelty, the great need of a people-centred approach, keeping in mind the fundamental right to life, with the *raison d’humanité* prevailing over the *raison d’État*.

VI. THE UTMOST IMPORTANCE OF THE SAFEGUARD OF FUNDAMENTAL RIGHTS BY PROVISIONAL MEASURES OF PROTECTION, IN THE DOMAIN OF *JUS COGENS*.

1. Fundamental, Rather than “Plausible”, Rights.

75. The rights protected by the present Order of Provisional Measures of Protection are truly fundamental rights, starting with the right to life, right to personal integrity, right to health, among others. The ICJ, once again, refers to rights which appear to it “plausible” (e.g., para. 56), as it has

³³ *Cit.* in ICI, doc. CR 2019/18, of 10.12.2019, p. 23, para. 9.

become used to, always with my criticisms. In referring to the arguments of the contending parties, only in paragraphs 46-47 of the present Order, among others, there appear ten references to “plausible”, related to rights, acts, facts, claims, genocidal intent, inferences.

76. There is great need of serious reflection on this superficial use of “plausible”, devoid of a meaning. I do not intend to reiterate here all the criticisms I have been making on resort to “plausible”, whatever that means. May I just recall that, in the course of last year (2018), on more than one occasion I dwelt upon this matter. Thus, in my Separate Opinion in the case of *Application of the U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (CERD — Qatar *versus* United Arab Emirates, provisional measures of protection, Order of 23.07.2018), I pondered that

“The test of so-called ‘plausibility’ of rights is, in my perception, an unfortunate invention — a recent one — of the majority of the ICJ. (...)

It appears that each one feels free to interpret so-called ‘plausibility’ of rights in the way one feels like; this may be due to the fact that the Court’s majority itself has not elaborated on what such ‘plausibility’ means. To invoke ‘plausibility’ as a new ‘precondition’, creating undue difficulties for the granting of provisional measures of protection in relation to a *continuing situation*, is misleading, it renders a disservice to the realization of justice” (paras. 57 and 59).

77. In sequence, in the same Separate Opinion, I deemed it fit to warn *inter alia* that

“The so-called ‘plausibility’ of rights is surrounded by uncertainties, which are much increased in trying to add to it the so-called ‘plausibility’ of admissibility, undermining provisional measures of protection as jurisdictional guarantees of a preventive character. It is time to awaken and to concentrate attention on the nature of provisional measures of protection, particularly under human rights treaties, to the benefit of human beings experiencing a *continuing situation* of vulnerability affecting their rights” (para. 60).

78. Shortly afterwards, in my Separate Opinion in the case of *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights* (Iran *versus* United States, provisional measures of protection, Order of 03.10.2018), I criticized the unnecessary resort by the ICJ to “plausibility” in a continuing situation of vulnerability (paras. 72-76)³⁴. I pondered that

“the avoidance of referring to ‘plausibility’ would have enhanced the Court’s reasoning, rendering it clearer. Particularly in cases, like the present one, where the rights — the protection of which is sought by means of provisional measures — are clearly defined in a treaty, to invoke ‘plausibility’ makes no sense. The legal profession, in also indulging here in so-called ‘plausibility’ (whatever that means), is incurring likewise into absurd uncertainties” (para. 77).

³⁴ As I had earlier done also in my Separate Opinion in the case of *Jadhav* (India *versus* Pakistan, Order of 18.05.2017), para. 19.

- 19 -

79. As in the present Order of Provisional Measures of Protection we are really in face of fundamental rights (not “plausible” ones), the basic principle of equality and non-discrimination also marks its presence here. I addressed this point in my aforementioned recent Separate Opinion in the case of *Application of the CERD Convention* (Order of 23.07.2018 — para. 76, *supra*), where I pointed out that

“The advances in respect of the basic principle of equality and non-discrimination at normative and jurisprudential levels³⁵, have not, however, been accompanied by the international legal doctrine, which so far has not dedicated sufficient attention to that fundamental principle; it stands far from guarding proportion to its importance both in theory and practice of Law. This is one of the rare examples of international case-law preceding international legal doctrine, and requiring from it due and greater attention” (para. 18).

80. I then drew attention to the sufferings affecting numerous migrants nowadays, and warned that

“Nothing has been learned from sufferings of past generations; hence the need to remain attached to the goal of the realization of justice, bearing in mind that law and justice go indissociably together. The ICJ has a mission to keep on endeavouring to contribute to a *humanized* law of nations, in the dehumanized world of our days” (para. 28).

It is necessary to keep in mind that the principle of equality and non-discrimination lies in the foundations of the rights safeguarded under the Convention against Genocide, and human rights Conventions, also by means of provisional measures of protection.

2. *Jus Cogens* under the Convention against Genocide and the Corresponding Customary International Law.

81. As examined in a recent study of the developing international case-law on the matter, provisional measures of protection are nowadays endowed with an autonomous legal regime of their own³⁶, which is of great significance for the protection of fundamental human rights. Such rights remain in the domain of *jus cogens*. This is a point which did not pass unperceived in the oral procedure before the ICJ: in the public hearing of 10.12.2019, the delegation of Gambia made a reference to such acknowledgment of *jus cogens*³⁷, an issue which could have been addressed by the ICJ in its present Order.

82. It would not have been the first time, as the issue is present in the ICJ’s case-law, though it requires nowadays further development. May I just recall, in this respect, the main points addressed by the Court so far. Thus, looking further back in time, in the aforementioned case of *Armed Activities in the Territory of Congo*, opposing D.R. Congo to Rwanda (cf. para. 4, *supra*), the ICJ recognized (in its Judgment on jurisdiction and admissibility, of 03.02.2006) the prohibition of genocide as a peremptory norm of international law (para. 64).

³⁵ To the study of which I have dedicated my extensive book: A.A. Cançado Trindade, *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*, 1st. ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2013, pp. 39-748.

³⁶ Cf. A.A. Cançado Trindade, *O Regime Jurídico Autônomo das Medidas Provisórias de Proteção*, The Hague/Fortaleza, IBDH/IIDH, 2017, pp. 13-348.

³⁷ ICJ, doc. CR 2019/18, of 10.12.2019, p. 51, para. 7.

83. One decade earlier, in the case of *Application of the Convention against Genocide* (Bosnia-Herzegovina versus Serbia and Montenegro (Judgment on preliminary objections, of 11.07.1996), the ICJ observed *inter alia* that the terms of Article IX of the Convention against Genocide do “not exclude any form of State responsibility” (para. 32). In my understanding, State responsibility and individual criminal responsibility cannot be dissociated in cases of massacres³⁸.

84. The subsequent case-law of the ICJ again addressed the matter, in the aforementioned cases (cf. para. 3, *supra*) of *Application of the Convention against Genocide*, opposing Bosnia-Herzegovina to Serbia and Montenegro (Judgment of 26.02.2007), as well as of *Application of the Convention against Genocide*, opposing Croatia to Serbia (Judgment of 03.02.2015). On both occasions, the treatment of the matter by the Court was incomplete and unsatisfactory.

85. Thus, in its 2007 Judgment, the Court confirmed the applicability of the rules on State responsibility between States in the context of genocide (para. 167), but not without underlining that in its view the recognition of State responsibility should not be understood as making room for State crimes, thus imposing limitations on the matter (paras. 167-170). And in its 2015 Judgment, the Court briefly referred to *jus cogens* without considering its legal effects (para. 87).

86. In my Dissenting Opinion appended thereto, I sustained that grave violations of human rights and of International Humanitarian Law, and acts of genocide, among other atrocities, are in breach of responsibility and call for reparations to the victims. This is in line with the idea of *rectitude* (in conformity with the *recta ratio* of natural law), underlying the conception of Law (in distinct legal systems — *Droit / Right / Recht / Direito / Derecho / Diritto*) as a whole (paras. 318-319).

87. I then added, *inter alia*, that the Convention against Genocide is *people-oriented* (paras. 521, 529, 542 and 545), with attention needing to be focused on the segment of the population concerned, in pursuance of a humanist outlook, in the light of the principle of humanity (part XVIII). The Convention, — I further added, — calls for care to be turned to the victims, rather than to inter-State susceptibilities (paras. 494-496)³⁹. In sum, *jus cogens* is to be properly considered under the Convention against Genocide and the corresponding customary international law.

VII. EPILOGUE.

88. In my understanding, it is necessary to take all the above considerations into account in order to secure the advances in the domain of the autonomous legal regime of provisional measures of protection. As to the *cas d’espèce*, it is significant that the present Order of Provisional Measures of Protection has just been adopted by the ICJ by unanimity. The measures of protection have, in my understanding, been ordered by the ICJ to safeguard the fundamental rights of those who remain, in the tragedy of Myanmar, in a continuing situation of extreme vulnerability, if not defenselessness.

³⁸ On the lessons from the international adjudication of such cases, cf. A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, *La Responsabilidad del Estado en Casos de Masacres - Dificultades y Avances Contemporáneos en la Justicia Internacional*, México, Edit. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2018, pp. 1-104.

³⁹ For a recent case-study, on the basis of my extensive Dissenting Opinion in this case, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Responsabilidade do Estado sob a Convenção contra o Genocídio: Em Defesa da Dignidade Humana*, Fortaleza, IBDH/IIIDH, 2015, pp. 9-265.

89. Last but not least, may I proceed to a brief recapitulation of the main points I have deemed it fit to make, in the present Separate Opinion, in respect of provisional measures of protection under the Convention against Genocide. *Primus*: In a case like the present one, the provisions of the Convention conform a *Law of protection* (a *droit de protection*), oriented towards the safeguard of the fundamental rights of those victimized in a continuing situation of human vulnerability, so as also to secure the prevalence of the rule of law (*la prééminence du droit*).

90. *Secundus*: The ICJ has, along the years, been giving its contribution to the international case-law concerning the Convention against Genocide; yet, the Court's Orders on provisional measures of protection under the Convention have been rather rare, though they play their role of extending protection to the fundamental rights of persons and groups in extreme vulnerability. *Tertius*: In relation to the occurrences in the tragedy in Myanmar, international fact-finding has been undertaken by the Reports of the U.N. Mission on Myanmar (of 2018 and 2019), including "detailed findings", as well as by the Reports of the U.N. Special Rapporteur on Human Rights in Myanmar (of 2018 and 2019).

91. *Quartus*: These successive U.N. Reports give account of a *continuing situation* affecting human rights of numerous persons under the Convention against Genocide. *Quintus*: Provisional measures of protection, like the ones indicated in the present Order, are intended to put an end to a continuing situation of extreme vulnerability of the victimized persons. *Sextus*: In a *continuing situation* of the kind, the fundamental rights requiring protection are clearly known, there being no sense to wonder whether they are "plausible". *Septimus*: A *continuing situation* in breach of human rights is a point which has been attracting the attention of the ICJ in recent cases, at distinct stages of the proceedings.

92. *Octavus*: Provisional measures of protection have, in recent years, been protecting growing numbers of persons in situations of extreme vulnerability, having thus been transformed into a true jurisdictional *guarantee* of preventive character. *Nonus*: Extreme human vulnerability is a test more compelling than resort to so-called 'plausibility' of rights for the ordering of provisional measures of protection under the Convention against Genocide.

93. *Decimus*: The legacy of the II World Conference on Human Rights (Vienna, 1993) has been much contributing to the protection of human beings in situations of great vulnerability. *Undecimus*: Furthermore, international case-law, as the *cas d'espèce* shows, can serve the need of properly addressing extreme human vulnerability. *Duodecimus*: It is of the utmost importance the safeguard of fundamental rights by provisional measures of protection, in the domain of *ius cogens*, under the Convention against Genocide and the corresponding customary international law.

94. *Tertius decimus*: There continues to be an advance towards the consolidation of what I have been calling, along the years, the *autonomous legal regime* of provisional measures of protection. *Quartus decimus*: The historical formation of the *corpus juris* of international protection of the rights of the human person has much contributed to a growing awareness of the importance of the prevalence also of the basic principle of equality and non-discrimination.

- 22 -

Quintus decimus: The present case once again shows that the determination and ordering of provisional measures of protection under the Convention against Genocide, and under human rights Conventions, can only be properly undertaken from a humanist perspective, necessarily avoiding the pitfalls of an outdated and impertinent State voluntarist outlook.

(Signed) Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE.

DECLARATION OF JUDGE AD HOC KRESS

Standard of plausibility — Genocidal intent — Protected group under the Genocide Convention.

1. I have voted in favour of all points contained in operative paragraph 86 of the Order. I also concur with the essence of the Court's reasoning. I only wish to add a few observations regarding the plausibility standard, and, in particular, regarding its connection with the questions of genocidal intent and protected groups under the Genocide Convention.

2. It would seem that the plausibility of the rights claimed as a prerequisite for the indication of provisional measures is by now quite firmly anchored in the Court's jurisprudence. At the same time, it would seem that questions remain open regarding the precise scope of the requirement and that it remains a challenge to describe the Court's standard of plausibility with precision¹.

3. The partial rejection of plausibility of the rights claimed in the *Ukraine v. Russian Federation* case (*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, Provisional Measures, Order of 19 April 2017, I.C.J. Reports 2017*, pp. 131-132, para. 75) has given rise to the interpretation that the Court has widened the scope of the plausibility requirement so that it includes, at least partially, the plausibility of breach of rights². Additionally, there is the question whether the Court's Order in that case may have set a comparatively demanding standard of plausibility with respect to the mental elements of crimes in question (see, in particular, the separate opinion of Judge Owada in the aforementioned Order, *I.C.J. Reports 2017*, pp. 147-148, paras. 21-23). It is against this background, that Myanmar, in the current proceedings, has placed special emphasis on the *Ukraine v. Russian Federation* case in order to make the argument that the standard of plausibility extended to the requirement of genocidal intent and that this standard was not met (CR 2019/19, pp. 24-25, paras. 9-11 (Schabas)). As part of this argument, Myanmar further advanced the view that in "a case like this involving allegations of exceptional gravity" the Court should apply a "stricter plausibility standard" (CR 2019/19, p. 25, para. 13 (Schabas)).

4. In paragraph 56 of the Order, 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" (*ibid.*), 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.

5. Irrespective of this last consideration, it is apparent from paragraph 56 of the Order, read in its immediate context, that the Court has applied a low plausibility standard with respect to the question of genocidal intent. 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,

¹ For a useful recent analysis, see Cameron Miles, "Provisional Measures and the 'New' Plausibility in the Jurisprudence of the International Court of Justice", *British Yearbook of International Law* (2018, forthcoming), available at <https://doi.org/10.1093/bybil/bry011>.

² *Ibid.*, pp. 32-39 (provisional pagination).

has not proceeded to anything close to a detailed examination of the question of genocidal intent. In that respect it seems worth recalling that, in the separate opinion he appended to the *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Provisional Measures, Order of 13 July 2006, I.C.J. Reports 2006*, pp. 140-141, para. 10). In my view, it is the latter formulation that captures far better the approach taken by the Court in this Order with respect to the question of genocidal intent. Drawing a distinction between the words “*boni*” and “*non mali*” may be a “subtlety”, as Judge Abraham suggested in his separate opinion. But in the present case at least, it would be an important subtlety. I make this observation also because, even on the basis of the low standard applied by the Court in this case, it is not entirely without hesitation that I have come to the conclusion that the materials provided by The Gambia so far are sufficient to enable the Court to conclude that the plausibility test was met with respect to the question of genocidal intent.

6. While the exceptional gravity of the violations alleged in this case does not justify the application of a stringent standard of plausibility as a prerequisite for the indication of provisional measures, the same exceptional gravity does justify, and perhaps even calls for emphasizing that this Order’s finding on plausibility in no way whatsoever prejudices the merits.

7. This is as true for the question of genocidal intent as it is for the question whether the Rohingya in Myanmar constitute a protected group under the Genocide Convention. The Order alludes to this issue in one single sentence in paragraph 52. Here, the Court states that “the Rohingya appear to constitute a protected group within the meaning of Article II of the Genocide Convention”. I would have preferred seeing the Court express more clearly than by the mere use of the word “appear” that, with respect to the question of protected groups under the Genocide Convention, it cannot go beyond the point of plausibility at this stage of the proceedings. This preference is based, not least, on the fact that the question of protected groups under the Genocide Convention did not receive closer attention during the proceedings.

(Signed) Claus KRESS.
