

vanità territoriali risultante dalla delimitazione di una nuova frontiera internazionale non estingue, in mancanza di un'esplicita volontà in senso contrario, i diritti tradizionali riguardanti l'utilizzo del territorio trasferito». A tale riguardo, il Tribunale ha precisato che « un antico fondamento dottrinale del principio secondo cui i diritti consuetudinari "sopravvivono" al trasferimento del titolo territoriale si rintraccia nel caso sul *Dritto di passaggio*<sup>5</sup>, in cui la CIG ha riconosciuto che il Portogallo continuava a godere di alcuni diritti di passaggio sulla porzione di territorio indiano ». In altre parole, « i diritti consuetudinari "vanno con la terra", e qualsiasi sia la parte a cui in un procedimento internazionale è attribuito un titolo in relazione ad un particolare territorio, essa è obbligata a dare effetto a tali diritti in base al diritto internazionale » poiché tali « diritti consuetudinari sono... servitù *jure gentium* o "*servitutes internationales*" ». Con riguardo poi nello specifico ai diritti legati alla terra, il Tribunale ha precisato che già « la Corte permanente di giustizia internazionale aveva affermato che il trasferimento di sovranità su di un particolare territorio non estingue i diritti privati riguardanti l'utilizzo di quel territorio ». Così anche la Corte internazionale di giustizia « nel caso della *Controversia di frontiera tra Burkina Faso e Mali*... ha prestato attenzione alla realtà storica per cui le linee amministrative tracciate dalle potenze coloniali spesso tagliavano in due spazi abitativi organici », sebbene non abbia approfondito tale questione considerato che le Parti avevano in quel caso già stipulato trattati bilaterali per salvaguardare tali diritti. Proprio a tale proposito, il Tribunale ha notato che « l'esistenza di "accordi laterali" concernenti i diritti tradizionali nel caso *Burkina Faso* c. *Mali* ricorda molto da vicino il caso di specie, in cui le Parti si sono impegnate nel CPA, prima dell'arbitrato, a salvaguardare alcuni diritti tradizionali ». Tale principio è stato peraltro invocato... anche in caso di delimitazione degli spazi marittimi in relazione ai diritti tradizionali di pesca. Ad esempio, « nell'arbitrato *Eritrea-Yemen* in ambito CPA<sup>6</sup>, il Tribunale, nel disciplinare le rivendicazioni riguardanti la sovranità territoriale sulle isole del Mar Rosso e nel delimitare la frontiera marittima tra Eritrea e Yemen, ha affermato che la situazione di *res communis* prevalse nella tradizione, che aveva permesso ai pescatori africani e yemeniti di operare senza alcun limite attraverso l'intera area e di vendere il loro pescato nei mercati locali in entrambe le sponde del Mar Rosso, era da considerarsi compatibile, e quindi non doveva essere toccata dai risultati a cui la Corte sarebbe giunta con riguardo alla sovranità sulle varie isole ». Pertanto, « "i regimi tradizionali di pesca" operanti all'interno e al di fuori delle acque territoriali delle parti, "non dipendono, né per la loro esistenza né ai fini della loro protezione, dall'attività di delimitazione di una frontiera internazionale" » (§§ 753-760).

Il Tribunale ha quindi osservato che « i diritti tradizionali sono stati altresì riconosciuti in una moltitudine di trattati internazionali » a partire dagli « antichi trattati bilaterali sulla delimitazione delle frontiere internazionali [che] di regola contenevano garanzie perpetue dei diritti tradizionali, il cui esercizio avrebbe potuto altrimenti essere compromesso dall'introduzione di una frontiera internazionale ». Anche i trattati moderni contengono analoghe disposizioni, come ad esempio « il trattato del 1978 tra Australia e

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 100-101.

<sup>6</sup> In <[http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1150](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1150)>.

MAPPENBEREKA - KOSOVO -

Papua Nuova Guinea... che prevede un regime speciale per i cittadini che "possiedono tradizionali legami consuetudinari con aree appartenenti o che si trovano vicino alla Zona Protetta con particolare riguardo alla loro sussistenza o al loro stile di vita o alle attività sociali, culturali o religiose", tra cui vi sono anche i diritti tradizionali di pesca ». Analogamente, « nell'accordo del 1982 tra Indonesia e Malaysia, la Malaysia ha riconosciuto il regime giuridico dello Stato arcipelagico istituito dall'Indonesia, mentre l'Indonesia ha accettato il proseguimento dei diritti esistenti dei cittadini malaystiani nel suo mare territoriale e nelle acque arcipelagiche, compresi i diritti tradizionali di pesca » (§§ 761-762).

Inoltre, nonostante si tratti di un principio applicabile a tutte le popolazioni, ad avviso del Tribunale, « la tutela dei diritti tradizionali assume un significato particolare per i popoli indigeni ». Infatti, « la Convenzione n. 169 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) concernente i popoli indigeni e tribali nei paesi indipendenti stabilisce un obbligo positivo per gli Stati di salvaguardare i diritti di questi popoli all'utilizzo delle loro terre » chiedendo loro anche di « adottare tutte le misure necessarie per identificare le terre che tali popoli tradizionalmente occupano, e di garantire una protezione effettiva dei loro diritti di proprietà e possesso ». Alla luce di ciò, il Tribunale ha pertanto ritenuto che « la decisione assunta dagli Esperti dell'ABC secondo cui "i popoli Ngok e Misserya avrebbero mantenuto i loro diritti secondari consolidati riguardanti l'utilizzo della terra a nord e a sud della frontiera" era da ritenersi ragionevole e dunque conforme al mandato ad essi conferito » (§§ 763, 765-766).

Il 9 luglio 2011 il Sudan del Sud, mediante referendum, ha proclamato la propria indipendenza rispetto al resto del paese e il successivo 14 luglio è stato ufficialmente ammesso all'ONU. Nonostante ciò, gli scontri tra i due Stati — Repubblica del Sudan e Sudan del Sud — non si sono arrestati, come dimostrano gli scontri in corso al 15 maggio 2012 tra i rispettivi eserciti diretti principalmente al controllo delle risorse petrolifere situate nel territorio del Sudan del Nord in prossimità della frontiera. Sulla questione è intervenuto anche il Consiglio di sicurezza che, con risoluzione n. 2046 (2012), ha condannato gli scontri armati definendoli una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale e chiedendo alle Parti l'immediata cessazione delle ostilità<sup>7</sup>.

### 3. Parere consultivo della Corte internazionale di giustizia del 22 luglio 2010 relativo alla *Conformità al diritto internazionale della dichiarazione di indipendenza riguardante il Kosovo*.

In seguito alla proclamazione unilaterale di indipendenza dalla Serbia da parte del Kosovo il 17 febbraio 2008, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con risoluzione 63/73 dell'8 ottobre 2008, aveva chiesto alla Corte internazionale di giustizia un parere consultivo, ai sensi dell'art. 96 della Carta delle Nazioni Unite, sottoponendole il seguente quesito: « È la dichiarazione di indipendenza proclamata dalle istituzioni provvisorie di auto-governo del Kosovo conforme al diritto internazionale? »<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> In <<http://www.un.org/Docs/sc/unscl/resolutions/12.htm>>.

<sup>8</sup> In <<http://www.ijc.org/doctketfiles/14/115987.pdf>>.

Nel suo parere del 22 luglio 2010, la Corte ha affrontato diverse questioni prima di concludere nel senso che la dichiarazione di indipendenza non viola il diritto internazionale. La Corte ha preliminarmente affrontato la questione riguardante la giurisdizione, il cui esercizio era stato contestato da alcuni paesi, concludendo in favore del suo esercizio. La prima obiezione riguardava la legittimità per l'Assemblea generale di chiedere il parere dal momento che la situazione in Kosovo era oggetto di esame da parte del Consiglio di sicurezza al momento della richiesta, e pertanto, ai sensi dell'art. 12, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite, l'Assemblea generale non se ne sarebbe potuta occupare. In merito a ciò, la Corte ha ribadito quanto già affermato nel Parere del 2004 relativo alle *Conseguenze giuridiche derivanti dalla costruzione del Muro nei Territori palestinesi occupati*<sup>9</sup> che «una richiesta di parere consultivo non può considerarsi una "raccomandazione" dell'Assemblea generale», ai sensi dell'art. 12, par. 1. Tale articolo infatti, se è suscettibile di «limitare la portata dell'azione che l'Assemblea generale può intraprendere successivamente al ricevimento del parere della Corte», «non limita il potere dell'Assemblea generale a chiedere un parere consultivo, conferito dall'art. 96, par. 1, della Corte che, ad avviso di alcuni paesi, si sarebbe caratterizzata per il suo carattere più strettamente politico piuttosto che giuridico. A tale proposito, la Corte ha ribadito che «il fatto che una questione presenti aspetti politici non è sufficiente a privarla del suo carattere giuridico», pertanto «quali che siano i suoi aspetti politici, la Corte non può rifiutarsi di rispondere agli elementi giuridici di una questione la quale la invita a svolgere un ruolo essenzialmente giudiziario, precisamente, nel caso di specie, la valutazione di un atto dal punto di vista del diritto internazionale». La Corte ha quindi chiarito che nello svolgere la suddetta funzione giudiziaria, «non è tenuta a preoccuparsi delle ragioni politiche che hanno potuto ispirare la richiesta [di parere] o delle implicazioni politiche che il suo parere è suscettibile di produrre» concludendo a favore dell'esercizio della giurisdizione (§§ 24-28).

Ciò detto, la Corte ha affrontato l'obiezione sollevata da alcuni Stati, secondo cui sarebbe stato opportuno per la Corte non emettere il parere per il rischio di strumentalizzazioni da parte degli Stati. Riguardo a questo punto, la Corte ha chiarito che «la giurisdizione consultiva non è una forma di ricorso giudiziario per gli Stati, bensì lo strumento mediante il quale l'Assemblea generale e il Consiglio di sicurezza, così come gli altri organi delle Nazioni Unite e gli enti specificamente autorizzati a fare ciò dall'Assemblea generale ai sensi dell'art. 96, paragrafo 2, della Carta, possono ottenere il parere della Corte al fine di assistervi nelle rispettive attività». Pertanto «[il] parere della Corte si rivolge non agli Stati bensì all'organo che ne ha fatto richiesta» con la conseguenza che «le ragioni per le quali singoli Stati sponsorizzano, o votano in favore di, una risoluzione avente come oggetto la richiesta di un parere consultivo non rilevano ai fini dell'esercizio da parte della Corte del suo potere discrezionale di rispondere o meno» (§ 33).

La Corte, dopo aver chiarito i ruoli rispettivamente svolti dal Consiglio di sicurezza e dall'Assemblea generale in tema di mantenimento della pace e della sicurezza<sup>10</sup>, è quindi passata ad esaminare il significato e la portata della questione oggetto del parere precisando che si trattava di «una questione ristretta e specifica» nella misura in cui le è stato chiesto di esprimere un parere circa la questione «se la dichiarazione di indipendenza è conforme o meno al diritto internazionale» e non «sulle conseguenze giuridiche della suddetta dichiarazione». In particolare, ha precisato la Corte, la richiesta di parere «non domanda se il Kosovo ha raggiunto la stabilità [né] interroga circa la validità o gli effetti giuridici del riconoscimento del Kosovo da parte di quegli Stati che lo hanno riconosciuto come Stato indipendente». La Corte quindi, dopo aver sottolineato come nelle richieste di parere avanzate in passato dall'Assemblea generale e dal Consiglio di sicurezza si chiedessero espressamente, laddove necessario, le conseguenze giuridiche di un'azione, ha ritenuto che nel caso di specie non fosse necessario riformulare la domanda e dunque «affrontare questioni quali quella se la dichiarazione avesse portato o meno alla creazione di uno Stato o quella relativa allo *status* degli atti di riconoscimento al fine di rispondere alla questione posta dall'Assemblea generale» (§ 51).

La Corte ha poi tenuto a precisare che, a differenza di quanto sostenuto da diversi Stati nel corso del procedimento, la questione da affrontare nel caso di specie era «notevolmente diversa da quella posta alla Corte suprema del Canada» nel caso della *Seession del Québec*<sup>11</sup>. Infatti, ha spiegato la Corte, in quest'ultimo caso si era chiesto «alla Corte suprema del Canada... se esisteva un diritto di «effettuare la secessione» e se esisteva... una norma di diritto internazionale che conferisse un diritto positivo [in tal senso]». Al contrario, nel caso di specie, «l'Assemblea generale ha chiesto se la dichiarazione di indipendenza risulta "in conformità" al diritto internazionale» la cui risposta richiede di stabilire «se il diritto internazionale applicabile vieti o meno la dichiarazione di indipendenza». In altre parole, «alla Corte non è stato chiesto di prendere una posizione sul fatto se il diritto internazionale conferisca o meno al Kosovo un diritto positivo di dichiarare unilateralmente la sua indipendenza o, *a fortiori*, se più in generale il diritto internazionale conferisca o meno alle entità situate all'interno di uno Stato il diritto di staccarsi unilateralmente da esso». È peraltro possibile, ha spiegato la Corte, «che un particolare atto — come la dichiarazione unilaterale di indipendenza — non sia in violazione del diritto internazionale senza che esso costituisca necessariamente l'esercizio di un diritto conferito dal diritto internazionale stesso» (§ 56).

La Corte quindi, dopo aver ricostruito il quadro giuridico di riferimento relativamente alla situazione in Kosovo, è passata ad esaminare la conformità in concreto della dichiarazione unilaterale di indipendenza al diritto internazionale. A tale proposito, la Corte ha anzitutto rilevato come «durante il diciottesimo, diciannovesimo e ventesimo secolo, vi sono state numerose istanze di dichiarazioni di indipendenza, spesso strenuamente contestate dallo Stato dal quale l'indipendenza veniva dichiarata» risoltesi in qualche caso con «la creazione di un nuovo Stato, e in altri casi no». In nessun caso, tuttavia, ha precisato la Corte, «la prassi degli Stati nel suo insieme indica che l'atto di

<sup>9</sup> In C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale - Prassi*, cit., pp. 490-494.

<sup>10</sup> *Infra*, § 90.

<sup>11</sup> In C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale - Prassi*, cit., pp. 44-46.

