



Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Arbitrato Interno e Internazionale
XXI Ciclo

L'ARBITRATO INTERNAZIONALE FRA STATI:
IL CASO ERITREA- ETIOPIA

Dottoranda: Luisa Castagnetti

L'ARBITRATO INTERNAZIONALI FRA STATI: IL CASO ERITREA- ETIOPIA

-INTRODUZIONE	p. 5
----------------------	------

CAP.I LA CONTROVERSIA FRA ERITREA ED ETIOPIA

1. Le origini del conflitto: dal periodo coloniale all'indipendenza e secessione dell'Eritrea	8
2. La guerra del 1998-2000	11
3. (<i>segue</i>) L'Accordo sulla Cessazione delle Ostilità e la Missione UNMEE	15
4. Il Trattato di pace di Algeri del 12 dicembre 2000	19

SEZIONE PRIMA

CAP.II LA ERITREA-ETHIOPIA BOUNDARY COMMISSION (EEBC)

1. La costituzione della Boundary Commission e il suo doppio mandato	24
2. Natura arbitrale della Boundary Commission	28
3. Composizione della Commissione: nomina dei Commissari e principio di neutralità	32
4. (<i>segue</i>) Incompatibilità degli arbitri e ricusazione	34
5. L'inizio dei lavori e l'adozione delle Rules of Procedure	40
6. Il procedimento	44

CAP.III LA DELIMITAZIONE E DEMARCAZIONE DEL CONFINE

1. La decisione del 13 aprile 2002	52
2. Il diritto applicabile: premessa	53
3. <i>L'uti possidetis</i> come principio generale di diritto internazionale e sua inapplicabilità	55
4. (<i>segue</i>) <i>L'uti possidetis</i> come regola procedurale di delimitazione al di fuori del processo di decolonizzazione	60
5. Il richiamo alla Risoluzione OUA: la fissazione della data critica e sue implicazioni	62
6. I trattati coloniali	66
7. Il Diritto internazionale e condotta successiva delle parti	71
8. (<i>segue</i>) Mappe	74
9. (<i>segue</i>) Attività sul territorio tendenti a dimostrare l'esercizio della sovranità (<i>effectivités</i>)	77
10. (<i>segue</i>) Scambi di note diplomatiche verbali o altre asserzioni e contestazioni di sovranità fra le parti, anche davanti alla Commissione	81
11. Delimitazione e variazione del tracciato coloniale	82
12. Conclusioni sul diritto applicato dalla Commissione	86
13. La mancata esecuzione della sentenza	89
14. Variazioni del confine successive alla delimitazione: i limiti del mandato della Commissione	95
15. La demarcazione	100
16. Conclusioni sui lavori della Boundary Commission	103

SEZIONE SECONDA

CAP. IV LA ERITREA-ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION (EECC)

1. L'istituzione della Claims Commission	105
2. (<i>segue</i>) La costituzione della EECC e l'adozione delle <i>Rules of procedure</i>	109
3. La competenza <i>ratione temporis</i> della Claims Commission	113
4. La competenza <i>ratione materiae</i>	118
5. (<i>segue</i>) La competenza a decidere sullo <i>jus ad bellum</i>	124
6. La competenza <i>ratione personae</i> : la legittimazione a proporre reclami e lo <i>State to State arbitration</i>	129
7. (<i>segue</i>) I reclami <i>on behalf of named individuals</i>	134

CAP.V IL PROCEDIMENTO E IL RISARCIMENTO DEI DANNI

1. Tipi di reclami: reclami individuali e <i>mass claims</i>	140
2. Il procedimento: introduzione dei reclami e fase scritta	143
3. (<i>segue</i>) La fase orale e le prove	147
4. (<i>segue</i>) I lodi e le decisioni	150
5. Forme di riparazione dell'illecito e risarcimento del danno	153
6. Danni risarcibili e nesso di causalità	157
7. (<i>segue</i>) Danni risarcibili e violazione dello <i>jus ad bellum</i>	163
8. Il risarcimento dei danni per i reclami <i>on behalf of individuals</i>	170
9. Conclusioni sui lavori della Claims Commission	172

-CONCLUSIONI	175
---------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	177
---------------------	-----

ABBREVIAZIONI	190
----------------------	-----

INTRODUZIONE	
---------------------	--

Il presente lavoro si propone di evidenziare le caratteristiche dell'arbitrato quale istituto tradizionale di soluzione delle controversie fra Stati e di apprezzarne i vantaggi rispetto agli altri metodi di soluzione delle controversie internazionali.

Come noto nel diritto internazionale, parallelamente al divieto di uso della forza nelle relazioni fra gli Stati, sancito dall'art. 2 par. 4 della Carta delle Nazioni Unite, si è affermato l'obbligo di risolvere le controversie internazionali con mezzi pacifici (art.2 par. 3 della Carta): tra questi, di particolare importanza, l'arbitrato.

L'arbitrato internazionale è molto diverso dall'arbitrato commerciale usato per la soluzione delle controversie fra privati, poiché non concorre con una giurisdizione statale. Tuttavia le caratteristiche primarie dell'istituto restano le medesime: la soluzione della controversia viene devoluta ad un terzo, designato dalle parti stesse sulla base di un impegno da esse volontariamente assunto, e l'atto conclusivo del procedimento arbitrale ha efficacia vincolante .

L'attribuzione all'arbitro o al tribunale arbitrale della competenza a decidere una controversia dipende esclusivamente dalla volontà degli stessi Stati parte. Il fondamento consensuale tipico dell'istituto arbitrale in generale emerge con ancor più evidenza proprio nell'arbitrato internazionale pubblico, ed è legato alla struttura stessa della comunità internazionale, caratterizzata dall'assenza di un'autorità sovraordinata e dalla posizione paritaria di tutti gli Stati.

Nel diritto internazionale si parla anche di giurisdizione, o regolamento giudiziario, qualora i giudici siano precostituiti o esistano tribunali permanenti, come nel caso della Corte Internazionale di Giustizia. La base della competenza di questi tribunali è sempre consensualistica. L'elemento distintivo tra i due procedimenti è individuato proprio nell'esistenza o meno di un tribunale precostituito, sulla cui composizione non incidono le parti e che

risulta dotato di un proprio ordinamento procedurale. Il procedimento arbitrale è invece caratterizzato da un ampio potere di disposizione delle parti riguardo alla composizione del tribunale e allo svolgimento della procedura¹.

Nei procedimenti arbitrali fra Stati si possono ritrovare importanti elementi tipici dell'arbitrato commerciale: dai meccanismi di nomina degli arbitri, alla gestione del procedimento, l'arbitrato internazionale mantiene alcune caratteristiche tipiche dell'arbitrato commerciale. Non a caso spesso anche negli arbitrati internazionali gli Stati si avvalgono delle regole di procedura dettate per la gestione degli arbitrati commerciali, come le regole dell'UNCITRAL.

Occorre però tenere sempre presente la natura pubblica dei soggetti coinvolti. In particolare l'esecuzione dei lodi internazionali è rimessa ai normali strumenti di diritto internazionale pubblico, mentre non c'è alcuna diretta eseguibilità.

Questo studio si propone di mettere in luce le principali caratteristiche dell'istituto arbitrale di diritto pubblico attraverso l'analisi di un recente caso: l'arbitrato fra Eritrea ed Etiopia.

In seguito ad una controversia confinaria, sfociata in un conflitto armato fra i due Paesi (1998-2000), la parti hanno istituito, con un trattato di pace, due tribunali arbitrali, una Boundary Commission, con il compito di delimitare il confine fra i due Stati, e una Claims Commission, con il compito di accertare le responsabilità e i danni derivanti dalla guerra.

L'arbitrato fra Eritrea ed Etiopia appare particolarmente significativo per evidenziare le principali caratteristiche dell'istituto arbitrale e del procedimento. I due tribunali hanno inoltre prodotto una notevole giurisprudenza su importanti tematiche di diritto internazionale, cui si farà cenno nel corso del lavoro. Si cercherà di non sottovalutare i limiti legati alla

¹ MERRILLS *International dispute settlement*⁴, Cambridge, 2005, pp.88-120

soluzione di controversie di questo tipo tramite arbitrato, in particolare in tema di esecuzione delle sentenze.

CAP.I LA CONTROVERSIA FRA ERITREA-ETIOPIA

1. Le origini del conflitto: dal periodo coloniale all'indipendenza e secessione dell'Eritrea

La guerra fra Eritrea ed Etiopia scoppiò nel maggio del 1998. Lo Stato di Eritrea era formalmente nato solo pochi anni prima, nel 1993, dopo una lunga lotta per l'indipendenza che aveva portato alla secessione dall'Etiopia.

Le cause del conflitto vanno ricercate proprio nelle vicende che hanno portato all'indipendenza dell'Eritrea e nella storica ostilità con l'Etiopia. In particolare la guerra è derivata da una controversia confinaria: i confini del nuovo Stato non erano infatti stati individuati al termine del processo di secessione ed ambo le parti rivendicavano la sovranità su parti del territorio.

Le tensioni fra i due Stati nacquero in effetti a causa dell'incertezza dell'estensione territoriale del nuovo Stato di Eritrea, che solo parzialmente poteva dirsi coincidente con quella che era stata, alla fine del XIX secolo, la colonia italiana di Eritrea. Per meglio comprendere questo problema e ai fini di una migliore analisi delle questioni che i tribunali arbitrali istituiti dal trattato di pace si sono trovati ad affrontare, è necessario ripercorrere brevemente le vicende storiche di cui sono state protagoniste le parti in questione.

La politica coloniale dell'Italia nel corno d'Africa iniziò alla fine del XIX secolo: la prima acquisizione coloniale italiana fu il porto di Assab², di notevole valore strategico perché permetteva all'Italia di avvicinarsi all'altipiano etiopico. Nel 1885 l'Italia conquistò il porto di Massaua e via via da lì allargò i propri possedimenti, attraverso trattati o azioni di forza, fino a costituire la colonia di Eritrea, formalmente proclamata il primo gennaio

² Formalmente la stazione navale di Assab venne comprata da una società privata, la Rubattino di Genova, nel 1869. Lo Stato Italiano subentrò con un atto di compravendita nel 1882. Cfr. CALCHI NOVATI *Il Corno d'Africa nella storia e nella politica*, Torino, 1994, p. 53 ss.

1890³. Nelle prospettive italiane l'Eritrea era il punto di partenza per ulteriori mire espansionistiche in Etiopia (Abissinia).

Nel 1889 l'Italia concluse proprio con l'Etiopia il Trattato di Ucciali⁴: per l'imperatore di Etiopia Menelik II questo costituiva un accordo di alleanza fra i due Stati che riconoscevano reciprocamente la propria sovranità e i propri confini, mentre nelle intenzioni dell'Italia il trattato aveva piuttosto il valore di un accordo di protettorato. Alla base di questa posizione stava l'interpretazione dell'art.17 dell'accordo, che prevedeva che l'Etiopia si avvallesse dell'Italia per la trattazione dei propri affari internazionali. L'Italia lo considerò un obbligo esclusivo, mentre per l'Etiopia sarebbe stata solo una facoltà. Le diverse posizioni dei due Stati portarono alla denuncia del trattato nel 1893 da parte dell'Etiopia e a successivi scontri: le truppe italiane sconfinarono ripetutamente in Etiopia, in un crescendo di ostilità che portò rapidamente alla guerra, fino alla storica sconfitta dell'Italia avvenuta ad Adua, nel 1896.

Con la fine delle mire espansionistiche dell'Italia, il confine sul fiume Mareb fra Eritrea ed Etiopia fu sancito nel trattato firmato ad Addis Abeba il 26 ottobre 1896. L'Italia riconosceva la piena sovranità ed integrità dell'impero etiopico, il quale a sua volta riconosceva la presenza italiana in Eritrea, rinunciando di fatto ad espandersi e a conquistare un accesso al mare.

In seguito l'Eritrea riuscì comunque ad estendere il proprio territorio attraverso alcuni accordi con le potenze coloniali limitrofe. La frontiera della colonia di Eritrea venne inizialmente delimitato nella zona occidentale con un

³ Fino alla costituzione formale della colonia di Eritrea, la zona intorno al fiume Mareb era già identificata autonomamente, pur non avendo una vera e propria delimitazione: *"In the pre-colonial period, what existed was a diffuse border that was neither properly delimited on maps nor clearly demarcated on the ground. The only physical boundary marker was the Marab river, and it is this marker that gave rise to the designation of the Marab Mellash (the land beyond the Marab), the name by which the area that became Eritrea in 1890 was known"*, in ZEWDE *The Historical Background of the 1998-2000 War: Some Salient Points*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.21-24, p.22, nonché nello stesso volume, CHELATI DIRAR *Rivalry, Antagonism And War In The Nation- & State-Building Process: The H Factor In The Relations between Eritrea and Ethiopia*, pp.25-51, p.27 s.

⁴ SCOVAZZI *Assab, Massaua, Ucciali, Adua. Gli strumenti giuridici del primo colonialismo italiano*², Torino 1998, pp.101 ss.

trattato che Italia ed Etiopia stipularono il 10 luglio del 1900, poi emendato tramite l' accordo trilaterale anglo-italo-etioptico del 15 maggio 1902, che regolamentava anche la frontiera con il Sudan, con il quale entrava a far parte del territorio eritreo anche la regione di Cunama tra i fiumi Gasc e Setit. Con il trattato italo-etioptico del maggio 1908, inoltre, il confine della Dancalia veniva fissato a 60 km di distanza dalla costa.

La colonia di Eritrea conobbe poi un periodo di stabilità e i confini rimasero quelli individuati dai suddetti trattati fino al 1935. Il regime fascista non aveva alcun interesse a procedere ad una demarcazione definitiva della colonia di Eritrea⁵, considerando le sue intenzioni di estendere i possedimenti coloniali nel Corno d'Africa. L'Italia invase infatti l'Etiopia e costituì nel 1936 l'Africa Orientale Italiana, comprendente le tre colonie di Somalia, Eritrea ed Etiopia. In seguito alla sconfitta dell'esercito italiano nel 1941, l'Italia perse il controllo dell'Etiopia, la quale dopo l'indipendenza restaurò l'autorità dell'imperatore Hailè Selassie, già imperatore nel 1930.

Nel 1946, infine, con il Trattato di Parigi, fu sancita la fine della colonia italiana di Eritrea. Successivamente, l'Eritrea fu provvisoriamente amministrata dalla Gran Bretagna⁶, nell'attesa che alla Conferenza di Pace si determinasse il futuro della regione. Nel 1948 il problema venne deferito alle Nazioni Unite che decisero di federare l'Eritrea con l'Etiopia⁷.

Fu quindi abbandonata l'ipotesi di costituire uno Stato di Eritrea indipendente e con il *Federal Act* dell'11 settembre 1952 fu proclamata la federazione tra il Regno di Etiopia e l'Eritrea. Tuttavia la federazione, e con essa i diritti democratici costituzionalmente garantiti all'Eritrea, durò solo

⁵ ZEWDE, *cit*, p.22

⁶ Sulle caratteristiche dell'amministrazione inglese, cfr. CHELATI DIRAR, *cit*, pp.36 e ss

⁷ La creazione della Federazione fu sancita dall'Assemblea della Nazioni Unite con la risoluzione n.390 A del 2 dicembre 1950. L'Eritrea sperava in una amministrazione fiduciaria delle Nazioni Unite in vista della completa indipendenza, ma, contro il volere della stessa popolazione, Stati Uniti e Gran Bretagna spinsero per la soluzione federale a causa dei loro stretti rapporti con l'Etiopia. Per una precisa ricostruzione delle vicende storiche legate all'indipendenza dell'Eritrea, LAI *Etiopia-Eritrea: finalmente la pace?* In 56 *La Comunità internazionale*, 2001, pp.269-284

dieci anni, perché il 5 novembre 1962 l'Etiopia proclamò l'Eritrea provincia etiope con l'Ordine Imperiale n.27.

Fin dall'annessione, si costituì un Fronte per la Liberazione Eritrea (poi divenuto Fronte per la Liberazione della Popolazione Eritrea-EPLF), che condusse una lunga guerra con l'Etiopia per ottenere l'indipendenza⁸. Agli inizi degli anni novanta, grazie soprattutto alla collaborazione tra l'EPLF e altri movimenti, che da anni lottavano separatamente contro il governo etiope e che si erano uniti nell'*Ethiopian Peoples Democratic Revolutionary Front* (EPDRF), il presidente Menghistu venne rimosso e fu istituito un governo di transizione. Grazie all'opera di mediazione degli Stati Uniti, il 28 maggio del 1991 venne convocata una Conferenza di Pace a Londra, che riconobbe l'indipendenza *de facto* dell'Eritrea e stabilì che venisse amministrata da un governo di transizione il cui compito primario era quello di indire un *referendum*.

Nell'aprile del 1993, dopo una sanguinosa guerra durata trent'anni, con l'esito del *referendum*, l'Eritrea fu ufficialmente proclamata uno Stato indipendente.⁹

2. La guerra del 1998-2000

Una volta ottenuta l'indipendenza e stabilita la sovranità dell'Eritrea, è emerso il problema della esatta delimitazione dei confini del nuovo Stato. Sebbene lo Stato di Eritrea si sia formato solo nel 1993, tuttavia l'individuazione del confine della regione eritrea non poteva non fare i conti con la delimitazione territoriale di epoca coloniale vista precedentemente. Le diverse visioni del confine coloniale e le rivendicazioni di sovranità maturate nei trent'anni successivi alla nascita della federazione portarono ben presto a nuovi scontri.

⁸ Cfr. CALCHI NOVATI *The Lines of Tension in the Horn and the Ethiopia-Eritrea Case*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.3-20, p.15-16

⁹ Cfr. GOY *L'indépendance de l'Erythrée*, in *AFDI*, XXXIX, 1993, pp. 337-356.

In effetti, nonostante la nuova controversia sembri di natura strettamente confinaria, si può affermare che quella dal 1991 al 1998 non sia stata che una tregua nella lunga guerra combattuta dall'Eritrea per ottenere l'indipendenza dall'Etiopia. Si tenga presente che dopo la scissione dell'Eritrea, l'Etiopia ha sofferto perdite economiche considerevoli, non solo perché ha perso risorse umane, militari, investimenti stranieri, ma soprattutto perché ha perso l'accesso al mare, nonostante fosse previsto un corridoio di transito dal porto di Assab. La perdita di uno sbocco sul mare sembra essere effettivamente una delle principali reali cause della guerra¹⁰.

Le prime contestazioni relative al confine nacquero relativamente alla zona intorno al villaggio di Badme, sul confine occidentale. Quella zona era stata delimitata, in epoca coloniale, dal trattato del 1902, ma il territorio non era popolato e Badme altro non era che il nome della pianura semidesertica posizionata sul *plateau* abissino. A partire dal secondo dopoguerra l'area è stata popolata da agricoltori del Tigray o eritrei. Dopo la partenza degli inglesi nel 1952 il Ras Mengesha Seyum, governatore del Tigray (Etiopia) aveva stabilito degli insediamenti di carattere amministrativo nell'area in questione, senza troppo preoccuparsi, visto che l'Eritrea era federata all'Etiopia, della linea di confine stabilita nel trattato del 1902. Del resto, già nel 1952, l'Etiopia aveva dichiarato nulli, con il Decreto n.6, i trattati del 1900, 1902 e 1908.

Da allora ci sono state diverse dispute tra l'Eritrea e il Tigray, che nel 1975 e nel 1981 esplosero in conflitti armati tra l'EPLF (già *Eritrean Liberation Front*) e il TPLF (*Tigrean People Liberation Front*). Nel 1993, però, le due parti erano alleate contro il regime di Menghistu, e così dopo l'indipendenza dell'Eritrea la questione dei confini passò inizialmente in secondo piano, per riproporsi drammaticamente qualche anno dopo¹¹.

Nel luglio 1997 cominciarono le prime tensioni, con alcuni sconfinamenti di pattuglie dell'esercito etiope in territorio eritreo. Pochi mesi

¹⁰ LAI *cit*, pp.281-282

¹¹ Per i rapporti fra l'EPLF e il TPLF cfr. NEGASH, TRONVOLL *Brothers at War, Making Sense of the Eritrean-Ethiopian War*, Oxford 2000, p. 12 e ss.

dopo Eritrea ed Etiopia hanno istituito una commissione bilaterale che però ha fallito ogni tentativo di mediazione per individuare il confine dei due Stati¹². Il 6 e 7 maggio 1998, sempre lungo il confine occidentale, si verificarono ulteriori scontri: forze militari etiopi spararono su alcuni soldati eritrei provocando diversi morti. Lo scontro ebbe luogo a seguito di alcune operazioni di demarcazione del confine intraprese dall'Amministrazione del Tigray, confine che secondo l'Eritrea era circa 45 – 50 chilometri all'interno del territorio eritreo¹³.

La tensione tra i due Stati crebbe ulteriormente, fino a quando il 12 maggio 1998, forze armate eritree, formate almeno da due brigate di soldati regolari, equipaggiate con tanks e artiglieria, attaccarono la città di Badme e altre aree di confine in Etiopia, occupando diversi territori sottoposti all'amministrazione del Governo etiope e spingendosi fin dentro la piana di Badme. L'Etiopia rispose all'attacco mobilitando il proprio esercito e la guerra si estese rapidamente su tutti i fronti. Nella zona occidentale, nel giugno del 1998, le forze aeree etiopi arrivarono a bombardare la capitale eritrea di Asmara, compiendo alcuni raid aerei contro l'aeroporto. La guerra si estese poi anche alla zona orientale, attorno al porto di Assab, punto strategico e unico sbocco sul mare utile all'Etiopia, e nella zona centrale di Zalambessa. L'Eritrea reagì bombardando le città di Mekele e Adigrat, colpendo anche una scuola elementare e causando numerose vittime civili.

Dopo questo momento iniziale di mobilità dei due eserciti e di penetrazione dell'Eritrea in territorio etiope, seguito da un sostanziale consolidamento delle posizioni ottenute dalle parti, si aprì una temporanea fase di tregua. Le parti il 15 giugno, siglarono una moratoria che, allo scopo di frenare l'*escalation*, metteva al bando i bombardamenti aerei e l'impiego dell'aviazione. Il Consiglio di Sicurezza impose il cessate il fuoco con la

¹² GUAZZINI, *La geografia variabile del confine eritreo-etiope tra passato e presente*, in *Africa*, a. LIV (settembre 1999), pp. 309-348, p.310

¹³ PLAUT *The Conflict and its Aftermath*, in JACQUIN-BERDAL, PLAUT (edited by) *Unfinished Business: Eritrea and Ethiopia at War*, Trenton, 2004, pp. 87-123, p.89

risoluzione n.1177 del 26 giugno 1998. I combattimenti si fecero rari, ma la tregua durò poco e fallì anche il tentativo di promuovere un Accordo quadro per la soluzione pacifica della controversia proposto dall'OUA. I combattimenti ricominciarono nel febbraio 1999. L'Etiopia attaccò Badme impiegando anche elicotteri da guerra e aerei: la città venne conquistata, gli eritrei arretrarono di 10 chilometri, dopo 22 giorni di combattimenti in cui morirono complessivamente 22.000 soldati. I combattimenti coinvolsero anche la città di Tserona¹⁴. Gradualmente l'intensità degli scontri aumentò con la ripresa a pieno ritmo dei bombardamenti aerei: i Mig 23 etiopici in aprile bombardano Adi Keih e Mendeferra, in giugno il porto di Massaua.

Nel frattempo si intensificarono i tentativi di mediazione e pacificazione promossi a livello internazionale, in particolare da parte di Stati Uniti ed Algeria, sostenuti dall'OUA, Nazioni Unite ed Unione Europea che, a partire dal 22 novembre 1999, nominò un rappresentante speciale. L'Algeria, nuovo presidente di turno dell'OUA, durante la trentacinquesima sessione ordinaria dell'Assemblea dei Capi di Stato e di Governo, presentò un nuovo progetto di pace, articolato in un *Framework Agreement, Modalities for its Implementation and Technical Agreement*. Il 14 luglio del 1999 l'Eritrea accettò la proposta, ma l'Etiopia avanzò subito dubbi circa le reali intenzioni di pace della controparte¹⁵.

Nonostante gli sforzi della diplomazia internazionale la tensione tra le parti rimase alta lungo tutto il fronte. Nel frattempo le condizioni della popolazione diventarono sempre più drammatiche: oltre alla guerra, una grave carestia afflisse buona parte dell'Etiopia e le aree di confine con l'Eritrea. Gli appelli e i dati di ONU, OUA e varie organizzazioni non governative si intensificarono, molti stati, fra cui Stati Uniti e Unione Europea, inviarono aiuti umanitari. Fatta eccezione per alcune brevi tregue, gli scontri proseguirono fino al maggio 2000.

¹⁴ PLAUT, *cit.*, pp. 98-99.

¹⁵ NEGASH, TRONVOLL, *cit.*, p.86.

Il 5 maggio 2000 ad Algeri fallirono gli incontri indiretti tenuti sotto l'egida dell'OUA e vennero respinti gli appelli dell'inviato speciale dell'Onu: l'Eritrea chiedeva un immediato cessate il fuoco e una successiva definizione degli accordi, mentre l'Etiopia contestava l'assenza di un trattato vero e proprio e non era disposta a cedere sul piano militare. Il 12 maggio 2000 l'Etiopia riprese i combattimenti su tutti e tre i fronti aperti: Badme, Zalambessa e Bure. La sera dello stesso 12 maggio il Consiglio di Sicurezza, con la risoluzione 1297, intimò di porre fine ai combattimenti entro 72 ore, e con la risoluzione 1298 del 16 maggio decise un embargo sulla vendita delle armi ai due paesi belligeranti e il divieto di assistenza militare per entrambi gli Stati¹⁶. Gli scontri tuttavia proseguirono incessantemente e il 17 maggio l'esercito etiope prese la città di Barentù. L'esercito eritreo si ritirò in difesa della capitale mentre circa 100.000 civili scapparono dalle zone di guerra. L'Eritrea decise allora di riaprire le trattative e accettò il ritiro richiesto dall'OUA. L'Etiopia, pur disposta a riaprire il dialogo, non interruppe però i combattimenti. In questo quadro, ripresero nuove trattative di pace ad Algeri.

3. (segue) L'Accordo sulla Cessazione delle Ostilità e la Missione UNMEE

Gli incontri fra le parti si aprirono il 30 maggio ad Algeri, in una situazione generale estremamente fragile: proprio in quei giorni si consumarono, tra l'altro, i bombardamenti etiopici sull'aeroporto di Massaua. Dopo intensi colloqui le parti pervennero ad un accordo. Il 18 giugno venne firmato ad Algeri l'*Agreement of Cessation of Hostilities between Ethiopia and Eritrea*, grazie alla mediazione di alcuni Stati terzi nonché del Segretario Generale delle Nazioni Unite e dei presidenti dell'OUA e dell'Unione Europea.

Questo accordo, fortemente ispirato al precedente *Framework Agreement*, prevedeva l'immediata cessazione delle ostilità e il ritiro delle

¹⁶ PLAUT, *cit.*, p. 105

truppe, nonché il dislocamento degli eserciti sotto la supervisione di alcuni osservatori internazionali. In particolare le parti, previo invio di una missione militare esplorativa con lo scopo di sondare il terreno, desideravano creare una zona cuscinetto di circa 20 chilometri nei territori contesi, ove inviare successivamente un contingente militare Onu. I luoghi di confine, nei quali si erano concentrati i combattimenti, costituirono la Zona di Sicurezza Temporanea (Temporary Security Zone-TSZ): essi comprendevano Indra Silase, Adigrat, Zalambessa e Manda, in Etiopia, Barentu, Adi Quala, Adi Keih e Assab in Eritrea.

I due Stati chiesero quindi l'invio nella TSZ di un'operazione di *peace keeping* delle Nazioni Unite, allo scopo di facilitare l'applicazione dell'*Agreement*. Il 31 luglio il Consiglio di Sicurezza accolse la richiesta delle parti adottando la risoluzione 1312 e creò la *United Nations Mission in Ethiopia and Eritrea* (UNMEE), inizialmente composta da 100 osservatori militari dell'OUA¹⁷.

Il dislocamento delle vere e proprie forze armate fu autorizzato dal Consiglio di Sicurezza con la risoluzione 1320 del 15 dicembre 2000¹⁸, la quale prevedeva l'ampliamento della composizione della missione con l'invio di 4.200 militari, suddivisi in tre battaglioni di fanteria. Gli uomini di truppa, il personale medico, umanitario e i tecnici furono reclutati in diversi paesi.

I compiti dell'UNMEE si inserivano nel più ampio accordo di pace tra le parti, che ne individua anche i compiti. La missione apparteneva cioè a quel genere di operazioni di *peace keeping* istituite sulla base di un accordo tra le parti di un conflitto: con tale accordo le parti accettavano preventivamente la presenza di missioni di mantenimento della pace dell'ONU con compiti di

¹⁷ S/RES/1312, 31 July 2000. I 100 osservatori militari avevano il compito di bonificare il terreno dalle mine, di attivare le comunicazioni e coordinare l'organizzazione per preparare l'invio dei truppe vere e proprie. Il rappresentante del Segretario Generale e capo della missione era Legwaila Joseph Legwaila del Botswana, il comandante delle forze olandese generale maggiore Patrick C. Cammaert.

¹⁸ S/RES/1320, 15 September 2000. Già a metà novembre l'arrivo di 48 italiani, 60 canadesi e 21 militari dei *Forward Headquarters* elevò a 130 gli osservatori e a 140 gli uomini di truppa, mentre i paesi che componevano la UNMEE da 22 passarono a 27.

supervisione del cessate il fuoco e connessi con i piani di pace previsti negli accordi. Sono cioè gli accordi di pace a determinare il mandato dell'operazione di cui si chiede la creazione al Consiglio di Sicurezza.

La Risoluzione 1320 del Consiglio di Sicurezza specificava i compiti della Missione, sempre in conformità a quanto previsto dall'*Agreement*: sorvegliare il rispetto della cessazione delle ostilità, favorire l'adempimento degli obblighi assunti dalle parti in materia di sicurezza; controllare (con attività di supervisione e di verifica) il nuovo dislocamento delle forze dei due Stati; sorvegliare la zona di sicurezza temporanea disciplinata dall'*Agreement*; presiedere la Commissione di coordinamento militare creata dalle Nazioni Unite e dall'OUA; fornire assistenza tecnica alle attività di sminamento; coordinare nella zona e in quelle adiacenti le attività di assistenza umanitaria e di tutela dei diritti dell'uomo svolte dal sistema delle nazioni Unite e da altre organizzazioni regionali¹⁹.

Con il passare degli anni i compiti della Missione furono notevolmente ampliati. La UNMEE ha elaborato i cosiddetti "*quick impact projects*"²⁰ in settori che incidono sulle condizioni di vita della popolazione nella zona operativa e in quelle adiacenti. Insieme ad attività di *peace keeping*, la missione svolgeva dunque anche compiti di *peace building*, funzionali alle specifiche esigenze della situazione in cui era stata chiamata ad operare²¹.

Essendo la guerra fra Eritrea ed Etiopia nata dall'indeterminatezza dei confini, l'*Agreement* prevedeva, oltre alla creazione della TSZ, anche l'istituzione di un procedimento arbitrale per la soluzione della controversia

¹⁹ CELLAMARE *Caratteri della Missione delle Nazioni Unite in Etiopia ed Eritrea (UNMEE)*, in *Studi di diritto Internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2003, pp.1571-1586, p.1572. e p.1575

²⁰ DE GUTTY *The Un Mission In Ethiopia And Eritrea (Unmee)*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, cit, pp.79-97, p.89

²¹ Cfr. ROMSES *View from the Field: United Nations Missions' Responses (UNMEE)*, in AAVV *The Reform Process of UN Peace Operations*, The Hague 2001, a proposito del cosiddetto Rapporto Brahimi (elaborato dal "gruppo di studio sulle operazioni di pace dell'ONU") in UN doc. A/55/395-S/2000/809, del 21 agosto 2000. Nei paragrafi 10 e segg. del suddetto rapporto vengono descritte le funzioni di consolidamento della pace tra le quali rientrano quelle a tutela dei diritti umani svolte dalle operazioni.

frontaliera e poneva un preciso legame tra la Missione e il processo di delimitazione e demarcazione del confine.

Il par.5 dell'Agreement, più volte richiamato dal Consiglio di Sicurezza nel corso dell'operazione²², stabiliva infatti che il mandato della UNMEE si sarebbe estinto dopo il completamento del processo di delimitazione e demarcazione.

Le parti cioè hanno dato il loro consenso all'operazione solo fino al momento indirettamente indicato da quella disposizione e al solo scopo di favorire la completa applicazione della futura delimitazione e demarcazione del confine: la Missione aderiva in questo senso al carattere consensuale e, in linea di principio, non coercitivo tradizionalmente riconosciuto alle *peace keeping operations*.

La UNMEE era quindi funzionalmente ed esclusivamente collegata con la soluzione della controversia frontaliera ed aveva inequivocabilmente carattere provvisorio, a garanzia della sovranità dei due Stati. Come si vedrà a breve, l'istituzione del suddetto tribunale arbitrale per la delimitazione del confine avvenne solo successivamente, con l'Accordo del 12 dicembre 2000. Si vedrà nei prossimi capitoli che questo tribunale (Boundary Commission) ha emesso, nel 2002, una decisione sulla delimitazione, ma le parti non hanno mai proceduto alla demarcazione.

Negli anni successivi il mandato della UNMEE è stato più volte prorogato, nella speranza che il processo di delimitazione e demarcazione si compisse²³. Le diverse posizioni delle parti, spesso sfociate nuovamente in veri e propri scontri armati, e il rifiuto di accettare la nuova frontiera, hanno

²² Cfr. S/RES/1320 (2000) par.13 ; S/RES/1344 (2001) par.3 ; S/RES/1369 (2001) del 14 settembre 2001, par.3

²³ Cfr. S/RES/1344, 15 March 2001; S/RES/1369, 14 September 2001; S/RES/1398, 15 March 2002; S/RES/1466, 14 March 2003; S/RES/1531, 12 March 2004; S/RES/1586, 14 March 2005; S/RES/1622, 13 September 2005; S/RES/1670, 13 April 2006; S/RES/1678, 15 May 2006; S/RES/1681, 31 May 2006; S/RES/1741, 30 January 2007; S/RES/1767, 30 July 2007; S/RES/1798, 30 January 2008.

progressivamente reso inutile la TSZ e frustrato sempre più i compiti della UNMEE²⁴.

Il 16 ottobre del 2006 un gruppo di 400 soldati eritrei entrò nella *Temporary Security Zone* e forzò i posti di blocco della UNMEE. Negli anni successivi l'Eritrea ha spinto le sue truppe ben al di là della *Temporary Security Zone* e ha progressivamente interrotto i rifornimenti della Missione, limitato fortemente la libertà di movimento del personale e impedito il reclutamento di personale locale, rendendo di fatto impossibile lo svolgimento delle funzioni della Missione.

Tutto ciò ha spinto il Consiglio di Sicurezza a decidere di interrompere la Missione: dopo una progressiva riduzione delle forze della Missione, il Consiglio di Sicurezza ha posto fine al mandato della UNMEE il 30 luglio del 2008²⁵.

4. Il Trattato di pace di Algeri del 12 dicembre 2000

La pace venne finalmente raggiunta con l'Accordo fra il Governo della Repubblica Democratica Federale di Etiopia e il Governo dello Stato di Eritrea firmato ad Algeri il 12 dicembre 2000²⁶. L'Accordo si proponeva da un lato di ristabilire la situazione precedente allo scoppio del conflitto e dall'altro di costruire una pace duratura fra i due Paesi, superando le questioni che portarono alla guerra.

Le parti nel preambolo affermarono la volontà di mantenere gli impegni assunti nel lungo processo di pace, richiamando i due importanti accordi già siglati dalle parti: *Framework Agreement, Modalities for its Implementation and Technical Agreement* e l'*Agreement of Cessation of Hostilities between Ethiopia and Eritrea* firmato al Algeri il 18 giugno 2000.

²⁴ DE GUTTY *cit*, pp.91-92

²⁵ S/RES/1827,30 July 2008. Per i motivi che hanno spinto il Consiglio di Sicurezza a cessare la Missione, cfr. RIBBELINK *Some Remarks On The Nature, Practice And Future Of Unmee*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, *cit*, pp.99-105, p.103 e ss.

²⁶Reperibile su www.pca-cpa.org. Sul Trattato di Algeri, cfr. JOUANNET *Le reglement de paix antre l'Ethiopie et l'Erythrée : « Un succes majeur puor l'ensemble de l'Afrique » ?*, in RGDIP , 2001, p.849-896.

In questo modo Eritrea ed Etiopia volevano da un lato sottolineare gli sforzi profusi dall' OUA e dalle Nazioni Unite, sperando anche nell'invio di aiuti da parte della comunità internazionale, in particolare per il rimpatrio dei civili e per la ricostruzione post bellica dei due Paesi; dall'altro lato le parti volevano ribadire il proprio impegno a porre immediatamente fine agli scontri, nell'attesa di una soluzione definitiva della controversia.

E' questo il senso anche dell'articolo 1 dell'Accordo, che ribadiva che le parti si impegnano prima di tutto a cessare le ostilità e ad astenersi dalla minaccia e dall'uso della forza l'una contro l'altra , nonché a dare piena attuazione all'Accordo sulla cessazione delle ostilità.

Inoltre, in conformità agli obblighi di diritto internazionale umanitario, incluse le Convenzioni di Ginevra del 1949 relative alla protezione delle vittime dei conflitti armati, e in cooperazione con il Comitato Internazionale della croce rossa, le parti si impegnavano a rilasciare e rimpatriare senza ritardo tutti i prigionieri di guerra (art.2 par.1) e a permettere alle persone detenute in conseguenza del conflitto di ritornare alle proprie residenze (art.2 par2). Ciascuna delle parti si impegnava inoltre a trattare umanamente i cittadini o le persone originarie della controparte presenti sul proprio territorio.

L'Accordo però non prevedeva solo obblighi immediati a tutela di civili e di prigionieri di guerra al cessare del conflitto armato. Per giungere ad una piena soluzione della controversia, le parti dovevano infatti innanzitutto risolvere la questione che aveva dato origine al conflitto, e cioè l'individuazione dei rispettivi confini. Inoltre, la guerra aveva causato ingenti danni ad entrambe le parti e ancora molte erano le accuse e le recriminazioni tra le parti sulla condotta delle ostilità che impedivano una vera pacificazione. Per risolvere queste questioni le parti hanno scelto di affidarsi allo strumento dell'arbitrato.

L'Accordo ha istituito dunque un organo di inchiesta (art.3) e due tribunali arbitrali: una Commissione Confinaria (*Boundary Commission*) (art.4), con il compito di stabilire gli esatti confini fra i due stati e di demarcare

la frontiera nelle zone contese, e una Commissione dei Reclami (*Claims Commission*) (art.5), chiamata a determinare le responsabilità e i danni derivanti dalla guerra.

Il cuore dell'Accordo di Algeri del dicembre 2000 è proprio l'istituzione di questi due tribunali arbitrali, entrambi costituiti da un collegio imparziale di cinque membri, nominati con le modalità che si vedranno in seguito, ed entrambi con il compito di emettere sentenze vincolanti per le parti²⁷.

La commissione di inchiesta prevista dall'art.3 dell'Accordo non è mai stata effettivamente costituita.

Si trattava di un organo indipendente, nominato dal Segretario Generale delle Nazioni unite, che avrebbe dovuto condurre delle indagini sugli scontri avvenuti fra le Parti il 6 maggio 1998 e nei mesi precedenti, preludio del conflitto armato, allo scopo di identificare gli elementi che avevano contribuito ad aumentare le incomprensioni e le tensioni fra le parti relative ai confini comuni. L'ente avrebbe adottato un approccio non strettamente giuridico, ma avrebbe semplicemente accertato i fatti, come generalmente avviene con l'istituto dell'inchiesta, nella prospettiva di favorire una soluzione politica della controversia.

La Boundary Commission, invece, è un vero e proprio tribunale arbitrale: strumento certamente valutato dalle Parti come più efficiente, rispetto ai mezzi diplomatici, ai fini di una soluzione definitiva della questione. La Commissione si è pronunciata il 13 aprile 2002, con una decisione²⁸, che verrà analizzata nel prosieguo del lavoro.

La Boundary Commission costituisce : « *l'organe central de règlement du confl it, la clef de voûte, puisque – dans le cas d'un litige de frontière – elle a précisément pour fonction de déterminer le tracé de celle-ci*”²⁹.

²⁷ Cfr. GREPPI, *The 2000 Algiers Agreements*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, *cit*, pp.55-77, p.59 e s.

²⁸ Reperibile su www.pca-cpa.org.

²⁹ LUCCHINI, *Erytrée- Ethiopie: l'Enlissement?* in *AFDI*, 2004, p.389-414, p. 393.

Come si vedrà, la Commissione aveva sia il compito di delimitare che quello di demarcare il confine conteso. L'Accordo stabiliva inoltre tempi brevissimi per terminare i lavori: la Commissione aveva infatti solo sedici mesi per emettere la sentenza definitiva.

Il terzo organo creato dall'Accordo è una Claims Commission chiamata a giudicare, attraverso un arbitrato vincolante, sulle riparazioni di guerra. Si vedrà la particolare competenza *ratione parsonae* di questa Commissione e il particolare ruolo apparentemente dato agli individui.

Il tribunale ha esaurito, già nel 2005, l'esame nel merito dei reclami, accertando le diverse responsabilità dei due Stati, ma resta da compiere la liquidazione dei danni, attività che la Commissione ha riservato ad una seconda fase del procedimento.

I ruoli di questi due tribunali arbitrali, nonché dell'organo di inchiesta mai costituito, erano stati pensati come complementari. L'organo di inchiesta avrebbe accertato i fatti all'origine del conflitto; la Boundary Commission avrebbe identificato definitivamente le linee dei confini, causa primaria della controversia e della successiva guerra; infine la Claims Commission avrebbe determinato le conseguenze della guerra attraverso l'esame di richieste risarcitorie.

Il sistema creato ad Algeri si riprometteva quindi una pacificazione ampia, che permettesse di andare a fondo delle questioni controverse, senza lasciare nulla di inaccertato, in modo da evitare qualunque possibile nuova contestazione o incomprensione³⁰. Anche per questo le Parti volevano la certezza di pervenire ad una soluzione strettamente giuridica, ritenuta meno attaccabile, e hanno dunque proibito che i due tribunali decidessero *ex aequo et bono*

³⁰ SIMMA, KHAN, *Peaceful settlement of boundary disputes under the auspices of the Organisation of African Unity and the United Nations: the case of the frontier dispute between Eritrea and Ethiopia*, in *Liber amicorum judge Shigeru Oda*, 2002, p. 1179-1196

Si procederà ora ad una analisi separata delle due Commissioni, le quali, nonostante l'Accordo possa essere visto come un complessivo accordo compromissorio, restano due tribunali arbitrali autonomi e distinti, ognuno con il proprio mandato e con le proprie regole di procedura.

SEZIONE PRIMA

CAP. II LA ERITREA-ETHIOPIA BOUNDARY COMMISSION (EEBC)

1. La costituzione della Boundary Commission e il suo doppio mandato

L'istituzione della Boundary Commission (Commissione Confinaria, di seguito Commissione)³¹ è sicuramente uno dei "punti forti" dell'Accordo di Algeri: il trattato di pace fra Eritrea ed Etiopia non avrebbe avuto senso e non avrebbe potuto portare ad una stabilità dei rapporti fra i due Stati se non avesse anche previsto il modo per regolare la controversia frontaliere alla base del conflitto armato.

L'idea di risolvere la controversia confinaria era già stata delineata nell'accordo quadro dell'OUA e ripresa nell'Accordo sulla cessazione delle ostilità del 18 giugno 2000. Le parti, in quella occasione, si erano infatti impegnate a rispettare le frontiere esistenti al momento dell'indipendenza, in conformità alla Risoluzione dell'OUA del 1964 e al principio dell'*uti possidetis*.

L'Accordo di Algeri del 2000 completa e precisa in maniera dettagliata questo impegno e l'art.4 rappresenta la base giuridica della costituzione dell'organo in esame. L'art.4 par. 2 dell'Accordo di Algeri stabilisce infatti che:

"The parties agree that a neutral Boundary Commission composed of five members shall be established with a mandate to delimit and demarcate the colonial treaty border based on pertinent colonial treaties (1900, 1902 and 1908) and applicable international law. The Commission shall not have the power to make decisions ex aequo et bono".

³¹ Come si vedrà a breve (*infra* par.5) la Boundary Commission ha sede legalmente a L'Aja. Ai sensi dell'art.4. par3 dell'Accordo e usufruisce della struttura di supporto della Corte Permanente di Arbitrato, che svolge le funzioni di cancelleria e di segreteria.

Le parti affidano alla Commissione Confinaria due precisi e distinti compiti, ovvero quello di delimitare e demarcare (*to delimit and demarcate*) il confine. L'ampiezza del mandato rivela una precisa volontà di risolvere interamente la controversia: prima con una ricostruzione giuridica del diritto di sovranità degli Stati parti (*allocation*), e l'esatta indicazione della posizione del confine (*delimitation*); in secondo luogo con un procedimento esecutivo che fissi concretamente il confine, con la materiale apposizione di termini, cippi o di qualunque altro segno visibile sul territorio che renda palese la posizione del confine stesso (*demarcation*).³²

La delimitazione di un confine, secondo il diritto internazionale, rientra nella esclusiva competenza degli Stati interessati, i quali ne determinano la posizione generalmente tramite un trattato. In alcuni casi la delimitazione non risulta direttamente da un accordo: il trattato si limita ad individuare dei criteri di massima, ma la determinazione del confine è effettuata da apposite commissioni, che hanno generalmente carattere paritetico. Spesso poi, quando la delimitazione è oggetto di controversia, le parti ricorrono ad un organo giurisdizionale, come la Corte internazionale di giustizia o un tribunale arbitrale.³³ Quella di accettare una soluzione giurisdizionale della controversia³⁴ è una tendenza particolarmente attuale fra gli Stati africani, (come è avvenuto, ad esempio per i casi *Burkina-Faso/Mali*, *Libia /Chad*, *Guinea/Guinea-Bissau*, *Guinea-Bissau/Senegal*, *Cameron/Nigeria*, *Eritrea/Yemen*).

Anche Eritrea ed Etiopia, con l'Accordo di Algeri del 2000, hanno scelto di non delimitare direttamente il confine, che era stato il motivo principale della guerra, e difficile oggetto di negoziazione, e hanno preferito che questo processo venisse effettuato da un organo *ad hoc*, seguendo dei criteri giuridici ben definiti. In realtà le parti hanno fornito già nell'Accordo i criteri per la delimitazione del confine, identificandolo con quello coloniale così come

³² BOTHE *Boundaries*, in *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, Amsterdam, London, New York, Tokyo, 1992, p.446.

³³ GIOIA voce *Territorio in diritto internazionale* in *Digesto*, Torino 1999, p.283.

³⁴ JOUANNET *Le Reglement de Paix entre l'Ethiopie et l'Erythré*: « *Un succes majeur puor l'ensemble de l'Afrique* » ?, in *RGDIP*, 2001-4 , pp.877.

determinato dai trattati del 1900, 1902, 1908. Compito della Commissione sembra allora essere semplicemente quello di interpretare i trattati coloniali e ricostruire così l'esatta posizione del confine; si vedrà, però, che il mandato della Commissione, nella fase di delimitazione, non si limita ad una semplicemente a questo.

Il compito della Commissione, però, non si esaurisce con la delimitazione: secondo l'Accordo di Algeri essa avrebbe dovuto procedere ad una "*expeditious demarcation*" e la relativa decisione, considerata separata e successiva da quella della delimitazione, avrebbe dovuto essere "*final and binding*".

La demarcazione è di solito una fase solo eventuale della delimitazione, che presuppone sempre la definizione della linea confinaria. Questo doppio mandato della Commissione è di particolare rilevanza, visto che raramente un unico organo procede ad entrambe le operazioni. La delimitazione del confine, essendo opera di delicata ricostruzione non solo giuridica, ma anche politica, può innanzitutto essere lasciata alla contrattazione o negoziazione diretta delle parti. Ma anche ove la delimitazione avvenga sulla base di una ricostruzione tecnico-giuridica, magari tramite sentenza internazionale, è comunque raro che sia lo stesso organo che ha proceduto alla determinazione del confine ad occuparsi della sua materiale demarcazione sul territorio. Più spesso vengono istituite commissioni frontaliere, che svolgono appunto solo un lavoro di demarcazione, come ad esempio quelle istituite dal Consiglio di Sicurezza per la Guerra del Golfo, o quella prevista dall'Accordo di pace tra Bosnia ed Herzegovina.³⁵ In questi casi, infatti, la delimitazione dei confini erano già state effettuate ed erano incluse nei trattati sottoscritti dalle parti.

Il fatto di conferire ad uno stesso organo le due operazioni di delimitazione e demarcazione ha lo scopo di ridurre i rischi di nuove contestazioni nella fase esecutiva, le quali dovrebbero rimanere assorbite nella

³⁵ QUENEUDEC *La demarcation de la frontière entre l'Irak et le Koweït*, in *RGDIP*, pp.767-774; SOREL *L'accord de paix sur la Bosnie-Herzégovine du 14 décembre 1995: un traité sous bénéfice d'inventaire*, in *AFDI*, pp.81-84

fase del giudizio di delimitazione. La Eritrea-Ethiopia Boundary Commission rimane un organo giurisdizionale, incaricato dalle parti di emettere una sentenza secondo rigorosi criteri giuridici espressamente indicati, e di renderla successivamente esecutiva. Del resto la stessa delimitazione può avvenire in diverse fasi: la descrizione in un documento o in una sentenza può non essere precisa o determinabile solo attraverso ulteriori chiarimenti, attraverso sopralluoghi e ulteriori indagini sul posto. In questi casi delimitazione e demarcazione possono di fatto confondersi, e avvenire simultaneamente. Si pensi al caso in cui la linea confinaria è definita direttamente dall'accordo delle parti e una commissione confinaria deve procedere alla mera demarcazione del confine sul terreno: la demarcazione può essere talvolta equiparata ad una sorta d'interpretazione autentica dell'accordo, che addirittura può prevalere in caso di contraddizione³⁶. Più in generale può dirsi che la fase di demarcazione ha spesso più un ruolo di specificazione della delimitazione, che non di mera esecuzione.

La Commissione dunque si è trovata a gestire due mandati, formalmente distinti, ma in realtà complementari. La stretta connessione fra delimitazione e demarcazione emerge anche da alcuni passaggi della decisione sulla delimitazione³⁷. In particolare la Commissione ha affermato che l'esatta collocazione di alcuni punti del confine sarebbe stata "*matter for specification in the demarcation phase*" o che avrebbe dettato solo dei criteri generali per identificare il confine, demandando alla successiva demarcazione l'esatta individuazione degli stessi³⁸.

Sembra allora una scelta appropriata quella di investire un unico organo per entrambe le fasi di determinazione del confine: certamente la fase esecutiva dovrebbe apparire più efficiente e credibile se a condurla è lo stesso organo che ha emesso la decisione sulla delimitazione. Ovviamente una scelta di questo genere si rivela soddisfacente se e nella misura in cui l'organo

³⁶ GIOIA *cit*, p.284

³⁷ Emessa il 12 aprile 2002 e reperibile su www.pca-cpa.org, v. *infra*

³⁸ Cfr.Par. 6.16; 7.2-7.3 e 8.1 B(iv) della Decisione sulla delimitazione. Cfr.infra par..

chiamato a decidere può tracciare direttamente sul territorio la linea che avrà delimitato, ed evitare che quest'ultima produca nuove controversie: la demarcazione rischia infatti di rendere evidente che la decisione risulta ambigua, costringendo a ritornare alla precedente fase di delimitazione³⁹.

2. Natura arbitrale della Boundary Commission

La natura arbitrale della Boundary Commission, pur non essendo dichiarata esplicitamente nell'Accordo di Algeri, è facilmente desumibile da vari elementi.

Innanzitutto dall'Accordo emerge chiaramente il fondamento consensuale tipico dell'arbitrato: le parti attribuiscono volontariamente alla Commissione la competenza a decidere della controversia confinaria. L'arbitrato internazionale può essere infatti genericamente definito come un procedimento di soluzione delle controversie tra Stati ad opera di un terzo, designato dalle parti sulla base di un impegno da esse volontariamente assunto. È solo la volontà delle parti che rende possibile lo svolgimento del procedimento. Il carattere consensuale è del resto essenziale in ogni tipo di arbitrato, e ancor più in quello fra Stati, data la struttura stessa della comunità internazionale, caratterizzata dall'assenza di un'autorità sovraordinata ed alla posizione paritaria degli Stati. In assenza di organi precostituiti forniti di quel potere giurisdizionale che, negli ordinamenti interni, possiede l'autorità giudiziaria e in assenza di obblighi a carico degli Stati di sottoporsi ad un procedimento arbitrale, sono le parti stesse che attribuiscono, attraverso una manifestazione congiunta di tale volontà, il potere di decidere una determinata controversia.

Un accordo delle parti si rivela inoltre essenziale per definire la composizione dell'organo arbitrale, le regole di procedura da seguire e le norme sostanziali da applicare⁴⁰. Nell'arbitrato fra Stati, data la scarsezza, se

³⁹ BOTHE, *cit.*, p.446.

⁴⁰ VILLANI *Arbitrato fra Stati*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino 1987, 338 ss.

non la mancanza, di norme consuetudinarie in materia e la loro derogabilità, il procedimento si svolge sempre conformemente alle disposizioni del trattato istitutivo dell'organo o delle *Rules of Procedure* successivamente adottate da quest'ultimo, concernenti la costituzione e il funzionamento del collegio, le forme e i termini per lo scambio delle memorie, le modalità di presentazione delle prove, le formalità della decisione. Data l'affinità con il processo giurisdizionale e arbitrale interno, queste disposizioni ricalcano spesso, salvo le notevoli differenze determinate dalla peculiare natura dei soggetti e dei conflitti di interessi dedotti in giudizio, i principi generali processuali di diritto interno, specie quelli dei sistemi processuali degli Stati in lite. Molte norme sembrano in questo senso qualificabili come principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

Composizione della Boundary Commission e diritto applicabile alla soluzione della controversia, sono stati disciplinati dalle parti nell'Accordo di Algeri, il quale ha anche previsto che la Commissione potesse dotarsi delle proprie regole di procedura (art.4 par.11), basandosi sulle *Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States* della Corte Permanente di Arbitrato del 1992 (*PCA Optional Rules*)⁴¹.

Un secondo elemento che permette di affermare la natura arbitrale del procedimento è il carattere definitivo ed obbligatorio della decisione resa, come affermato nell'articolo 4 dell'Accordo. L'efficacia obbligatoria dell'atto conclusivo del procedimento è uno dei caratteri essenziali dell'arbitrato, che permettono di distinguerlo dagli altri procedimenti di risoluzione delle controversie internazionali: la sentenza (o lodo) deve avere carattere vincolante e le parti accettano espressamente nel compromesso, o nella clausola compromissoria, di conformarsi alla decisione arbitrale. Come si è visto inizialmente, la Commissione ha ricevuto un doppio mandato: non solo la

⁴¹ Cfr. *infra* par5-6. La PCA Optional Rules sono state emanate dalla Corte Permanente di arbitrato il 20 ottobre del 1992 per promuovere una procedura adatta alla soluzione delle controversie fra Stati. Le PCA Optional Rules ricalcano quasi fedelmente le UNCITRAL Arbitration Rules. Sono reperibili su www.pca-cpa.org

demarcazione materiale del confine, ma la delimitazione dello stesso, con un procedimento di interpretazione giuridica dei trattati coloniali indicati nell'Accordo. Compito della Commissione è dunque quello di emanare un lodo internazionale, e di assicurarne, in questo caso, anche l'esecuzione.

Un terzo elemento, che permette di riconoscere il carattere arbitrale del procedimento, consiste nell'indipendenza dell'organo giudicante. Come si vedrà a proposito della composizione e dei meccanismi di nomina, l'arbitro o il tribunale arbitrale, per qualificarsi tale, deve essere indipendente rispetto alle parti che lo hanno nominato e deve dare un giudizio obiettivo della controversia.

In generale si può con certezza affermare che l'articolo 4, delineando il mandato della Commissione, il ruolo e il funzionamento, anche attraverso dettagliate regole di procedura, costituisce un vero e proprio compromesso arbitrale attraverso il quale le parti hanno voluto realizzare la forma più semplice di arbitrato internazionale, convenendo di sottoporre la vertenza in atto a degli individui designati. L'impegno arbitrale riguarda solo la vertenza già sorta ed esaurisce la sua funzione nel tenere vincolate le parti, l'una verso l'altra, a fare quanto è necessario perché il giudizio abbia luogo e ad attenersi poi alla pronuncia.⁴²

L'arbitrato tra Stati ha trovato spesso un fertile terreno di sviluppo nelle controversie di tipo territoriale. Il ricorso a tribunali arbitrali e la costituzione di commissioni di confine si sono storicamente affermati come mezzo privilegiato per la soluzione pacifica di questioni territoriali.⁴³

Il caso Etiopia-Eritrea segue di pochi anni l'arbitrato relativo alla controversia territoriale fra l'Eritrea e lo Yemen, che aveva portato anche ad un limitato conflitto armato nel 1995, riguardo ad un gruppo di isole nel mar Rosso. Il Tribunale arbitrale, composto da cinque membri designati dalle parti,

⁴² ARANGIO-RUIZ *Arbitrato (diritto internazionale pubblico)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano 1958, 975 ss.

⁴³ Uno dei primi esempi risale al tardo settecento, con il Trattato di Jay del 19 novembre 1794, con il quale Gran Bretagna e Stati Uniti sottoposero questioni di confine e di altro genere al giudizio di due commissioni miste.

doveva deliberare, in conformità al diritto internazionale, in due fasi: nella prima, il Tribunale doveva attribuire la titolarità delle isole in oggetto, mentre nella seconda fase si definivano le successive questioni relative alla delimitazione marittima. I due lodi arbitrali sono stati regolarmente emessi e le parti vi si sono conformate.

Del resto gli altri strumenti internazionali di cui gli Stati dispongono per risolvere pacificamente controversie territoriali⁴⁴ si sono rivelati spesso inefficaci. Ad esempio il ricorso alla negoziazione diretta, alla luce della natura particolarmente “sensibile” delle controversie territoriali, può essere difficilmente praticabile. Un parziale successo hanno avuto altri strumenti quali i buoni uffici, la conciliazione e la mediazione che, in taluni casi, hanno contribuito realmente alla soluzione del problema, come nel caso del Canale di Beagle.

Tuttavia gli strumenti giurisdizionali rimangono i più efficaci per risolvere questo tipo di controversie. Sempre più spesso gli Stati fanno, ad esempio, ricorso alla Corte internazionale di giustizia: tra i casi più recenti, la controversia fra Benin e Niger (sentenza del 12 luglio 2005), quella sul confine terrestre e marittimo fra Camerun e Nigeria (sentenza del 10 ottobre 2002) e quella fra Libia e Ciad (sentenza del 13 febbraio 1994).⁴⁵

L'uso di un procedimento legale strutturato, in sede arbitrale o davanti alla Corte internazionale di Giustizia, con l'eliminazione degli elementi di discrezionalità e compromesso politici, ben si presta per quelle questioni che possono essere caratterizzate in termini sufficientemente giuridici, quali sono appunto le controversie concernenti il diritto al territorio o quelle riguardanti la determinazione di un confine terrestre o di piattaforme continentali e zone economiche esclusive.

⁴⁴ L'obbligo degli Stati di risolvere le controversie internazionali con mezzi pacifici e al divieto di uso della forza sono sanciti dall'art. 2.par.3 e 4 della Carta delle Nazioni Unite.

⁴⁵ (*Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment of 12 July 2005, Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment of 10 October 2002; Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment of 13 February 1994*).

3. Composizione della Commissione: nomina dei Commissari il principio di neutralità

L'Accordo di Algeri ha previsto che la Boundary Commission fosse composta da cinque membri (par. 2 dell'art. 4) e che ogni parte nominasse due membri entro 45 giorni dall'Accordo, tramite notifica scritta al Segretario generale delle Nazioni Unite. Il Presidente della Commissione doveva essere scelto dagli arbitri di parte.

La composizione di un tribunale arbitrale internazionale può variare in corrispondenza alle determinazioni delle parti, le quali, in assenza di norme di diritto internazionale generale in materia, sono libere di stabilire mediante accordo il numero, i metodi di designazione, i requisiti personali dei componenti il collegio arbitrale.

Per ciò che riguarda il numero dei Commissari, l'Accordo si è conformato alla prassi internazionale in materia di arbitrato tra Stati, orientata ormai verso l'istituzione di un collegio piuttosto che un arbitro unico. Il tribunale arbitrale è costituito da un numero dispari per assicurare il raggiungimento di una decisione a maggioranza, solitamente tre o cinque membri⁴⁶.

Anche relativamente ai meccanismi di nomina, l'Accordo è conforme alla prassi internazionale, con una composizione consistente di arbitri nominati in pari numero da ciascuna parte (arbitri nazionali) e di un arbitro nominato congiuntamente dalle parti o dagli arbitri nazionali (arbitri neutrali), composizione che esprime quel rapporto di fiducia, ma nel contempo di indipendenza, che si ritiene debba sussistere tra il Tribunale e le parti. Tale composizione corrisponde, infatti, all'idea, diffusa largamente tra gli Stati, che un carattere essenziale dell'arbitrato consista nella designazione dei suoi

⁴⁶ Le *UNCITRAL Arbitration Rules* prevedono che, in caso le parti non abbiano convenuto altrimenti, il collegio sia composto da tre arbitri (art.5). La stessa previsione si trova nelle *Optional Rules for Arbitration Disputes between States* promosse dalla Permanent Cort of Arbitration (art.5)

componenti ad opera delle stesse parti⁴⁷. D'altro canto, il collegio deve essere imparziale, affinché la decisione possa assumere quel carattere giudiziale che la distingue dagli altri mezzi di soluzione delle controversie. I meccanismi che permettono di garantire questa caratteristica dell'arbitrato sono previsti in tutti i tentativi di codificazione della materia, e sono sostanzialmente mutuati dalla disciplina degli arbitrati interni dettata dai singoli Stati, nonché, più in generale, dalle convenzioni in tema di arbitrato commerciale internazionale. Questi correttivi si sostanziano: a) nella nomina di un Presidente del collegio neutrale; b) nella previsione di alcune incompatibilità per gli arbitri; c) nella possibilità di ricusare gli arbitri e indurre la controparte ad effettuare una nuova nomina.

In particolare la nomina del Presidente permettere quindi di garantire l'indipendenza dell'organo arbitrale rispetto alle parti della controversia. Già nella prassi internazionale tra le due guerre mondiali erano frequenti accordi che prevedevano la nomina di tribunali arbitrali composti di membri nominati dalle parti, da integrare con membri di nomina congiunta, qualora il collegio non fosse pervenuto ad una soluzione della controversia⁴⁸. In generale, ove il tribunale sia integrato con membri di nomina congiunta, esso presenta natura arbitrale, dato che tali membri assicurano l'indipendenza del giudizio. Nell'ipotesi, invece, di composizione paritetica, sarebbe al contrario molto dubbio che al tribunale possa riconoscersi una reale posizione di indipendenza rispetto alle parti, per cui tali organi appaiono piuttosto come commissioni miste nelle quali viene organizzato un negoziato diretto tra le parti. Per questo, in chiara distinzione rispetto alle commissioni miste, il tribunale arbitrale è costituito da un numero dispari di componenti, uno dei quali almeno non

⁴⁷ Stesse caratteristiche ha l'arbitrato commerciale internazionale: si veda a proposito l'art.7 delle UNCITRAL Arbitration Rules, il quale prevede la nomina di un arbitro da ciascuna delle parti e di un terzo indipendente con funzioni di Presidente.

⁴⁸ Tra queste le Commissioni di conciliazione, istituite dopo il secondo conflitto mondiale dal Trattato di pace di Parigi, firmato il 10 febbraio 1947 tra l'Italia e le potenze alleate, che prevedevano la nomina di un commissario estraneo alle parti. L'efficacia obbligatoria delle decisioni dalle suddette Commissioni porta a ritenere che, nonostante la loro denominazione, queste fossero effettivamente dei tribunali arbitrali. In questo senso VILLANI, cit.

cittadino di alcuna delle parti e designato di comune accordo da queste, o dagli arbitri nominati da ciascuna parte.

Di particolare importanza è anche la previsione di alcuni correttivi specifici, nell'ipotesi in cui i meccanismi di nomina non fossero stati rispettati. L'Accordo di Algeri, nel caso in cui una parte avesse ommesso di procedere alla nomina di uno o di entrambi gli arbitri, aveva previsto che il Segretario generale dell'ONU avrebbe proceduto direttamente alla nomina.(art.4 par.4). Anche nel caso in cui gli arbitri nominati non avessero raggiunto un accordo sul nome del Presidente entro 30 giorni dal giorno dell'ultima nomina dei commissari di parte, sarebbe stato il Segretario generale dell'ONU a nominare il Presidente, dopo aver consultato le parti. In caso di morte o dimissione di uno dei commissari nel corso del procedimento, invece, sarebbe stato nominato un sostituto (art. 4 par.6). La previsione di una *appointing authority*, terza e imparziale, che intervenga nei momenti di crisi nei quali l'accordo tra le parti non è sufficiente a portare avanti l'arbitrato è comune a molti arbitrati, anche di natura commerciale⁴⁹, sia interno che internazionale. La scelta del Segretario Generale dell'ONU da parte di Eritrea ed Etiopia è facilmente comprensibile, sia se si considera la figura istituzionale ed il ruolo oggettivamente imparziale della persona, sia se si tiene conto del ruolo dell'ONU durante la guerra e nelle trattative di pace. Si deve inoltre tenere presente che l'ONU è tuttora impegnato con una missione (UNMEE) nella zona di confine fra i due Paesi.

4. (segue) Incompatibilità degli arbitri e ricusazione

L'accordo compromissorio può prevedere delle incompatibilità in capo agli arbitri, a garanzia dell'imparzialità e della neutralità del collegio. In una controversia fra Stati, la più importante causa di incompatibilità è la cittadinanza. Così il par.4 dell'art.4 dell'Accordo di Algeri ha previsto che nessuno dei due membri dovesse essere cittadino dello Stato che lo aveva

⁴⁹ Cfr. UNCITRAL Arbitration Rules, art.7, par..2

nominato, né doveva risiedervi in modo permanente. Allo stesso modo il Presidente, a garanzia della sua totale neutralità, non doveva avere né la cittadinanza, né residenza permanente negli Stati parte (art.4 par.5). La cittadinanza di uno Stato terzo dei membri di parte e non solo del Presidente è una previsione particolarmente rigida, nella prospettiva di garantire la maggiore imparzialità possibile dell'intero collegio, e non del solo presidente⁵⁰.

La possibilità che siano espressamente previste delle incompatibilità che impediscono la nomina ad arbitro non esaurisce però la questione dei requisiti che l'arbitro deve avere per essere considerato imparziale. L'inserimento di una clausola generica che dia rilievo ad ogni circostanza idonea a suscitare legittimi dubbi sull'imparzialità e l'indipendenza dell'arbitro permette di cogliere anche cause di incompatibilità di carattere relativo, ovvero rilevabili solo con una analisi in concreto della potenziale situazione di incompatibilità e si accompagna alla possibilità di riconsiliazione dalla parte che non ha nominato l'arbitro e, con limiti maggiori, anche da quella che proceduto alla nomina.

Un primo tentativo di prevedere una forma di riconsiliazione di questo tipo in un arbitrato pubblico era stata contemplata anche dal progetto delle Model Rules on Arbitral Procedure adottato dalla International Law Commission nel 1958⁵¹. L'articolo 6 delle Model Rules on Arbitral Procedure prevede la possibilità che una delle parti proponga una esclusione (*disqualification*) di

⁵⁰ Ad esempio, nella Convenzione de L'Aja del 18 ottobre 1907 ciascuno Stato parte nomina due arbitri, dei quali uno solo può essere suo cittadino o scelto tra coloro che siano stati da esso designati nell'elenco predisposto presso la Corte Permanente di arbitrato. Il Presidente è scelto d'intesa dai quattro arbitri già nominati (art.45). In diversi accordi successivi si precisa che il quinto membro deve essere cittadino di uno stato terzo. Altri accordi, quali l'Atto generale per la risoluzione pacifica delle controversie internazionali del 26 settembre 1928 (riveduto nel 1949) (art.22) e la Convenzione europea per la risoluzione pacifica delle controversie del 29 aprile 1957 (art.20), dispongono invece che ciascuna parte nomini un solo arbitro, eventualmente proprio cittadino, e che gli altri tre arbitri, tra i quali il Presidente, siano scelti di comune accordo dalle parti tra cittadini di stati terzi. Questi tre membri devono inoltre avere cittadinanza diversa e non devono risiedere abitualmente nel territorio delle parti, né trovarsi al loro servizio.

⁵¹ Il testo delle Model Rules on Arbitral Procedure è stato adottato dalla International Law Commission nella decima sessione nel 1958 e sottoposto all'Assemblea Generale come parte della relazione della Commissione relativa al lavoro di quella sessione (paragrafo 22). In *Yearbook of the International Law Commission, 1958*, vol. II.

uno degli arbitri per un fatto che sorga dopo la costituzione del tribunale, o per un fatto precedente, se non ne era a conoscenza prima della nomina o come risultato di dolo⁵². In entrambi i casi la decisione sulla ricusazione è presa dagli altri membri. La formulazione è molto vaga e non qualifica il fatto che può dare origine alla ricusazione. L'incompatibilità non è esplicitamente connessa alla imparzialità e terzietà dell'arbitro, e la valutazione del fatto che può dare origine alla *disqualification* sembra essere lasciata alla totale discrezionalità delle parti. In effetti la scelta del termine stesso sembra più che altro alludere ad un venir meno di un requisito dell'arbitro⁵³.

E' nell'arbitrato commerciale internazionale che si afferma invece una regola molto più simile a quella applicata nei tribunali nazionali, e strettamente legata alla valutazione in concreto della imparzialità del giudice. L'art.10, delle *UNCITRAL Arbitration Rules* preve che ogni arbitro possa essere ricusato se sussistono circostanze che facciano nascere giustificati motivi di dubitare della imparzialità e indipendenza dell'arbitro. La stessa possibilità è prevista per la parte che ha effettuato la nomina, per ragioni di cui venga a conoscenza dopo la nomina stessa. Certamente l'introduzione di una regola del genere, cioè della possibilità di ricusare qualsiasi arbitro, nelle *Arbitration Rules* pensate per l'arbitrato commerciale permette di dare particolare credibilità e prestigio al collegio giudicante e ben si accorda con le previsioni interne di molti paesi. Una regola così generale di incompatibilità permette di adattarsi ad ogni

⁵² Il testo dell'art.6 così recita: "A party may propose the disqualification of one of the arbitrators on account of a fact arising subsequently to the constitution of the tribunal. It may only propose the disqualification of one of the arbitrators on account of a fact arising prior to the constitution of the tribunal if it can show that the appointment was made without knowledge of that fact or as a result of fraud. In either case, the decision shall be taken by the other members of the tribunal" La III Convenzione dell'Aja del 1907 non prevedeva invece nulla a riguardo; Sulla novità della previsione, cfr. SIMPSON, *FOX International Arbitration. Law and practice*, London, 1959, p.92.

⁵³ Nel commento del Segretario Generale delle Nazioni Unite si chiarisce, in ogni modo, che l'articolo riguarda, *inter alia*, anche il caso in cui una materia sia sottoposta al tribunale arbitrale e uno dei suoi membri si sia precedentemente interessato della stessa questione. Cfr. *United Nations Documents A/CN. 4/92*, Aprile 1955.

situazione, essendo molto più rischiosa una elencazione di possibili incompatibilità, fosse essa tassativa o meramente esemplificativa.⁵⁴

Alla previsione di cause di incompatibilità, e alla conseguente facoltà di ricusazione dell'arbitro, si accompagna un logico obbligo di trasparenza dell'arbitro stesso, che consiste nel rendere palesi tutte le situazioni e le cause per le quali si trovi o possa trovarsi in condizioni tali da far venir meno la propria imparzialità. Le *UNCITRAL Arbitration Rules* prevedono, all'art.9, che l'arbitro deve rivelare ogni circostanza che possa far sorgere giustificati dubbi sulla propria imparzialità ed indipendenza, anche prima della nomina, nel momento in cui venga avvicinato dalle parti per la possibile nomina. Il *duty to disclose* si configurerebbe per alcuni come un obbligo continuo a carico dell'arbitro, che deve informare le parti anche delle eventuali nuove questioni che possono sorgere e minare la propria imparzialità o indipendenza⁵⁵.

Le regole *UNCITRAL* sono poi state modello di molti arbitrati internazionali, non esclusivamente commerciali. In particolare ad esse erano ispirate le regole di procedura del Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti, nonché quelle della UN Compensation Commission per i risarcimenti dei danni derivanti dalla Guerra del Golfo. Le stesse regole sono poi state puntualmente riprese dalle *PCA Optional Rules* per le controversie tra Stati. In tutti questi casi la possibilità di una *disclosure* iniziale e la ricusazione dell'arbitro si è rivelata idonea ad eliminare possibili incompatibilità anche quando le parti siano soggetti pubblici, al di là del requisito della cittadinanza. Si pensi ad esempio ad un arbitro che abbia già giudicato su qualche controversia connessa a quella in oggetto, o che abbia lavorato per uno degli

⁵⁴ Tale possibilità era stata contemplata nei lavori preparatori. In particolare in una precedente bozza il testo dell'art.10 prevedeva un secondo comma, che indicava, a titolo esemplificativo di incompatibilità "any financial or personal interest in the outcome of the arbitration or any family or commercial tie with either party or with a party's counsel or agent". Cfr. VAN HOFF, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules. The Application by the Iran-US Claims Tribunal*, Boston 1992, pp.62-63.

⁵⁵ VAN HOF, *cit.*, p.58. L'autore sottolinea però come sia difficile vedere nei lavori preparatori la volontà di configurare un obbligo di *disclosure* pre-nomina, ma piuttosto come l'obbligo sorga solo dopo la nomina e sia limitato alle circostanze non esterne alle parti nella fase precedente all'incarico.

Stati parte come consulente, o abbia qualche familiare cittadino di uno dei due Stati parte, o che si sia semplicemente già pronunciato sulla questione non apparendo più imparziale.

Nella UN Compensation Commission è previsto che i commissari non rappresentino né il privato leso, né lo Stato che agisca di fronte alla Commissione. Il divieto concerne anche la mera consulenza e perdura due anni. Più in generale i Commissari non devono trovarsi in situazioni di conflitto di interessi, né avere alcun interesse finanziario in relazione ai reclami sottoposti. Tali incompatibilità vengono in questo caso elencate, accompagnate da una clausola generica che richiama le regole UNCITRAL e le regole di procedura adottate dal Tribunale dei reclami Iran-Stati Uniti.⁵⁶

L'art.4 dell'Accordo di Algeri, che come visto detta regole sulla nomina e in particolare sul requisito della cittadinanza, nulla prevede in tema di ricusazione dei Commissari, prevedendo solo le ipotesi di sostituzione derivante da morte o rinuncia di uno degli arbitri: in questi casi sarebbe stato nominato un sostituto secondo i meccanismi precedentemente esaminati. Nel marzo del 2001, però, l'Etiopia ha ricusato Jan Paullson, Commissario nominato dall'Eritrea. La Commissione era stata istituita da poco e non aveva ancora delle proprie regole di procedura. Per questo motivo ha allora celermente provveduto ad emanare delle *Interim Rules of Procedure* proprio per regolare il caso sorto. La questione sarebbe stata decisa dai membri le cui nomine non fossero state messe in discussione e, se non fosse stata raggiunta una decisione, dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, il cui ruolo di garante del buon andamento del procedimento arbitrale torna in primo piano⁵⁷. La stessa regola è stata poi recepita dalle *Rules of procedure* definitivamente adottate.

⁵⁶ FRIGESSI DI RATTALMA *Nazioni Unite e Danni derivanti dalla Guerra del Golfo*, Milano 1995, p.26.

⁵⁷ L'intervento di una *authority*, senza il previo fallimento di una decisione comune degli altri arbitri, è previsto dalle *Uncitral Arbitration Rules*, art.12. Le *Model Rules* della *International Law Commission* prevedevano invece l'intervento della Corte Internazionale di Giustizia.

Il Commissario ricusato si è poi ritirato non appena è stato chiaro che gli arbitri rimasti non riuscivano a pervenire ad una decisione. Tuttavia, al di là dell'esito, è importante sottolineare come la Commissione si sia posta il problema di decidere se la ricusazione nel caso concreto fosse possibile e quale procedimento adottare, nonostante l'Accordo non prevedesse nessun obbligo a riguardo e non esistessero ancora delle regole di procedura. E' vero infatti che lo stesso art.4 dell'Accordo prevedeva che le *Rules of procedure* si dovessero conformare alle *PCA Optional Rules*, ma il richiamo non sembra implicare una applicazione sostitutiva in caso di mancata adozione delle *Rules of procedure*, né appare sufficiente a far ritenere che l'istituto della ricusazione fosse implicitamente richiamato. Ciò considerato, è importante notare come la Commissione si sia preoccupata di dettare in fretta il fondamento della ricusazione e il procedimento di decisione della stessa, accettando comunque il fatto che l'istituto andasse previsto. Il diritto delle parti di opporsi alla nomina di uno degli arbitri non è stato astrattamente contestato, né la Commissione ha respinto questa possibilità sulla base del silenzio dell'Accordo.

Da ciò si può affermare che la regola procedurale della ricusazione, in reazione ad una incompatibilità dell'arbitro, anche non tipizzata, è ormai prassi consolidata in qualunque arbitrato internazionale. Tale possibilità si ricollega a situazioni di incompatibilità che altro non sono che elementi di fatto che compromettono la terzietà e l'imparzialità dell'arbitro. E se è vero che le situazioni di fatto dalle quali deriva una parzialità del giudice possono essere limitate o decise dalle parti, ad esempio con un elenco, è ragionevole supporre che un meccanismo di controllo sia invece in qualche modo insopprimibile, nella misura in cui la sua assenza compromette del tutto l'imparzialità del collegio giudicante. E' la natura stessa dell'arbitrato che rende necessario il procedimento di ricusazione e il controllo delle incompatibilità non può esaurirsi ai requisiti di nomina, ma va sempre valutato *in rebus*, nel rispetto ovviamente dei termini che le parti fissino a pena di decadenza per sollevare la questione. Del resto, anche negli ordinamenti interni agli Stati sono sempre

presenti norme sulla ricusazione degli arbitri⁵⁸, tanto da poter considerare l'istituto come un principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili. Un qualunque altro sistema di soluzione delle controversie che non implichi un controllo sull'imparzialità del giudice sarebbe da considerare, anche secondo il diritto internazionale, non arbitrale.

5. L'inizio dei lavori e l'adozione delle *Rules of Procedure*

Una volta costituita, la Commissione doveva iniziare i propri lavori entro quindici giorni e doveva rendere la propria decisione entro sei mesi della prima riunione. La Commissione ha dovuto tenere presente questo obiettivo ed organizzare il piano del proprio lavoro, sebbene ex art. 4 par. 12 dell'Accordo, la Commissione avesse il potere di prorogare il suddetto termine⁵⁹.

Sebbene l'Accordo contenga diverse altre norme che regolano la gestione della procedura arbitrale (nomina degli arbitri, termini di inizio e fine dei lavori, scelta della sede e della legge applicabile), per regolamentare i lavori della Commissione, le parti, come già accennato, hanno voluto che fosse la Commissione stessa a dotarsi delle proprie regole di procedura, fornendo però nel compromesso l'indicazione di un modello di riferimento. Secondo l'art. 4 par. 11, infatti, la Commissione doveva adottare le proprie regole di procedura basandosi sulle *Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States* della Corte Permanente di Arbitrato del 1992. Si è già visto come il riferimento alle *PCA Optional Rules* sia stato determinante per adottare regole provvisorie per la ricusazione e la sostituzione degli arbitri.

La scelta delle *Optional Rules* non è casuale. Negli arbitrati fra Stati le parti scelgono esplicitamente come regolare il procedimento arbitrale. Essendo le parti due soggetti pubblici è infatti difficile che si affidino all'ordinamento interno di una di esse o che facciano riferimento alla *lex fori*. A meno di non

⁵⁸ Si vedano, ad esempio in Italia, l'art.815 Cpc, in Francia l'art.1452 del *Nouveau Code de Procédure Civile*, nel Regno Unito l' art 24 dell' Arbitration Act del 1996

⁵⁹La Commissione si è riunita all'Aja il 25 marzo 2001: il termine è stato di fatto prorogato e la decisione è stata resa ad aprile dell'anno successivo.

inserire tutte le regole che disciplinano il procedimento nel compromesso stesso, costituito da un accordo internazionale, in maniera simile a quanto avviene per le previsioni relative alla nomina e alla sostituzione degli arbitri, occorre fare riferimento ad un regolamento esterno, che non appartenga ad alcun ordinamento statale. Gli strumenti nati in campo internazionale e più utilizzati sono senz'altro le già citate regole dell'UNCITRAL, quelle dell'arbitrato ICSID o il regolamento della ICC. Tuttavia, essendo questi strumenti mutuati dall'esperienza dell'arbitrato commerciale, non sempre si adattano perfettamente ad un arbitrato tra soggetti pubblici in materie di diritto internazionale.

Le *PCA Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States* sono state elaborate con lo specifico scopo di regolare le controversie arbitrali che sorgano tra due Stati, e si basano sostanzialmente sulle *UNCITRAL Arbitration Rules*. Nell'introduzione delle stesse *PCA Optional Rules*, si legge:

“Experience in arbitrations since 1981 suggests that the UNCITRAL Arbitration Rules provide fair and effective procedures for peaceful resolution of disputes between States concerning the interpretation, application and performance of treaties and other agreements, although they were originally designed for commercial arbitration”

Le *PCA Optional Rules* hanno però alcune particolarità che meglio si adattano a controversie interstatali. Lo scopo di queste regole è riflettere infatti la natura di diritto internazionale pubblico delle controversie fra Stati e avvicinare il procedimento alla prassi diplomatica degli Stati. Oltre ad adattare i termini delle regole dell'UNCITRAL (si parla di accordi o di trattati, e non più di contratti), le *PCA Optional Rules* dettano, ad esempio, come già visto, importanti regole in tema di *appointing authority* e di amministrazione dell'arbitrato, suggerendo, in assenza di una diversa volontà delle parti, di avvalersi del Segretario Generale e dell'International Bureau della Corte

Permanente di arbitrato all'Aja. Come si vedrà, però, il procedimento in senso stretto non viene sostanzialmente modificato rispetto all'arbitrato commerciale internazionale previsto dalle UNCITRAL Arbitration Rules.

La Commissione ha provveduto ad adottare le proprie regole di procedura il 20 giugno del 2001. Nell'art.1 par.2 la Commissione afferma:

“These Rules are supplementary to the Agreement and must be read therewith. In the event of a conflict between the provisions of the Agreement and the provisions of these Rules, the provisions of the Agreement shall prevail. Any differences or uncertainties regarding these Rules will, upon application by the interested Party, be determined by the Commission”.

Molte regole relative al procedimento sono infatti previste dall'Accordo stesso, e vengono solo riprese e specificate dalle Rules of Procedure; altre norme, in particolare quelle riguardanti l'andamento del procedimento, sono invece state introdotte direttamente dalla Commissione attraverso le regole di procedura.

La sede dell'arbitrato viene fissata a L'Aja già nell'art.4 par. 3 dell'Accordo. La Commissione, inoltre, nelle Rules of Procedure all'art.3 par.3 stabilisce che il Principal Legal Counsel della Corte Permanente d'Arbitrato abbia le funzioni di cancelliere (*Registrar*)⁶⁰. Ciò non significa che questa istituzione amministri direttamente l'arbitrato: la Commissione è di per sé un organo giudicante autonomo⁶¹. Anche il fatto che le regole di procedura scelte

⁶⁰ Viene nominata cancelliere Bette E. Shifman, Deputy Secretary-General della corte Permanente di Arbitrato, che si avvale dell'assistenza dello staff della Corte stessa.

⁶¹ Come noto la Corte permanente di arbitrato, istituita dalla Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907, non è tanto un tribunale permanente, quanto una struttura di supporto volta a facilitare il ricorso all'arbitrato da parte degli Stati in caso di controversia internazionale: sono stati istituiti a tale scopo un *International Bureau*, un Consiglio amministrativo permanente e una lista di arbitri dalla quale le parti possono scegliere la composizione del tribunale arbitrale. La Corte ha esaminato 25 casi in tutto, la maggior parte dei quali prima della seconda guerra mondiale e solo uno successivamente, nel 1956. Cfr. SCHLOCHAUER *Permanent Court of Arbitration*, in *Encyclopedia of public International Law, 1. Settlement of Disputes*, p.157 ss. L'attività della Corte Permanente di Arbitrato consiste oggi piuttosto nel mettere a disposizione di tribunali arbitrali già costituiti la struttura del Bureau, fornendo attività di supporto. Il *Bureau* si occupa principalmente di svolgere attività di cancelleria, provvedendo alle comunicazioni tra le parti, assicurando la custodia di documenti, e fornendo servizi di assistenza legale, amministrativa,

dalle parti facciano riferimento siano quelle adottate nei procedimenti amministrati dalla Corte Permanente d'Arbitrato non comporta un ruolo di gestione delle procedura da parte dell'ente. Le regole di procedura sono infatti emanate direttamente dalla Commissione e hanno una loro specificità, pur ispirandosi, sempre in virtù di una espressa indicazione delle parti, alle *PCA Optional Rules*. La Commissione resta dunque un organo istituito *ad hoc*, e non si può parlare di arbitrato amministrato da parte della Corte Permanente d'Arbitrato.

In base all'art.2 par.3 delle *Rules of Procedure*, il Cancelliere svolge i compiti che di volta in volta vengono assegnati dalla Commissione. In particolare il Cancelliere è il canale esclusivo attraverso il quale avvengono le comunicazioni tra le parti, tra la Commissione e le parti e viceversa, e tra i membri della Commissione. La Cancelleria, come si vedrà, ha anche il compito di aiutare la Commissione nella gestione della fase orale: in particolare organizza l'escussione dei testi, le trascrizioni stenografiche, le registrazioni, le traduzioni e ogni altro supporto tecnico che si renda necessario. Il Cancelliere assiste inoltre la Commissione nelle proprie deliberazioni e cura l'archivio di tutti gli atti relativi al procedimento, incluse le comunicazioni con il Segretario⁶²; inoltre riceve, custodisce e ridistribuisce le somme depositate dalle parti per le spese della Commissione, nonché le donazioni ricevute dal United Nations Trust Fund, costituito in base al paragrafo 8 della Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1177 del 26 giugno 1998.

L'Accordo prevede poi che la Commissione si avvalga dell'ausilio di un organo tecnico, indispensabile in un arbitrato confinario così complesso, ove, come vedremo, il confine andava ricostruito sulla base di antichi trattati coloniali, e successivamente demarcato sul territorio: all'art. 4 par. 7 dell'Accordo viene stabilito che il Cartografo delle Nazioni Unite avrebbe

finanziaria e logistica. Cfr. AA.VV. *International Alternative Dispute Resolution: Past, Present and Future- The Permanent Court of Arbitration Centennial Papers*, The Hague, 2000.

⁶² Vedi *infra* in questo stesso paragrafo.

svolto le funzioni di Segretario per la Commissione⁶³. La scelta del supporto dell'ufficio cartografico delle Nazioni Unite è senz'altro giustificata dall'esigenza di disporre di un organo con competenze specifiche e altamente qualificato a supportare una ricostruzione affidabile del confine, nonché una precisa e minuziosa individuazione successiva dello stesso sul terreno. La Commissione può anche avvalersi di servizi di ulteriori esperti qualora lo ritenga necessario (art 21 *Rules of Procedure*)

Il Segretario svolge, in generale, i compiti che la Commissione gli assegna. Secondo l'art.3 par.2 delle *Rules of Procedure*, i più importanti compiti svolti dal Segretario sono: a) la preparazione o l'acquisizione di carte geografiche e fotografie aeree e satellitari; b) la preparazione di relazioni a proposito di aspetti tecnici della delimitazione e demarcazione del confine; c) qualunque altra assistenza, anche operazioni di demarcazione del confine sul terreno.

Il Segretario e il Cancelliere si devono tenere sempre reciprocamente aggiornati sui rispettivi lavori, in particolare trasmettono l'uno all'altro le copie di tutti i documenti e della corrispondenza che inoltrano o ricevono.

6. (segue) Il procedimento

Per ciò che riguarda il procedimento in senso stretto, l'art.4 al par. 8, prescriveva che entro 45 giorni dall'entrata in vigore dell'Accordo ognuna delle parti presentasse i propri reclami e le prove rilevanti al Segretario, il quale doveva identificare eventuali porzioni del confine sulle quali sembrava non esserci controversia tra le parti e rimandare tutti gli atti alla Commissione per la prosecuzione del procedimento relativamente alle parti di confine controverse (art.4 par 9).

Il successivo procedimento di fronte alla Commissione non è regolato dall'Accordo ma dalle *Rules of Procedure*: secondo l'art.4 par 10

⁶³Si tratta di Hiroshi Muratami, Capo della Sezione Cartografica del Segretariato delle Nazioni Unite.

dell'Accordo, le parti potevano presentare i propri argomenti e le relative prove, in forma scritta o orale, direttamente alla Commissione, in conformità alle regole di procedura.

Nelle *Rules of Procedure* adottate dalla Commissione, basate sulle *PCA Optional Rules* che regolano il procedimento arbitrale per le controversie fra Stati, non si rilevano sostanziali differenze con le *UNCITRAL Arbitration Rules* dettate per l'arbitrato commerciale. In particolare, entrambe le procedure disciplinano il metodo di lavoro del collegio arbitrale e dettano poi norme specifiche per regolare le fasi del procedimento. Secondo le *Rules of Procedure*, innanzitutto, le riunioni della Commissione si possono tenere in ogni luogo, e i commissari possono anche avere tra loro consultazioni telefoniche. Solo le decisioni finali su delimitazione e demarcazione dovranno essere prese a L'Aja. La lingua dell'arbitrato è l'inglese.

In generale, il tribunale arbitrale può condurre il procedimento nel modo che considera più appropriato: deve però sempre essere fatto il salvo il principio del contraddittorio fra le parti. Le parti devono cioè essere trattate allo stesso modo ad ogni stadio del procedimento, e ad ognuna deve essere data la possibilità di presentare le proprie domande. Tutti i documenti e le informazioni inviate alla Commissione devono poi essere comunicate al rappresentante della controparte attraverso la cancelleria, che invierà una copia all'altra parte (art. 13 *Rules of Procedure*).

Le parti possono ricorrere ad una difesa tecnica: ogni parte può infatti nominare un rappresentante (*agent*), a propria scelta. Gli agenti rappresentano lo Stato da un punto di vista politico. Essi sono dei veri e propri mandatari con rappresentanza e prendono tutte le decisioni necessarie nel corso del procedimento, vincolando gli Stati. Da questi vanno distinti gli avvocati e i consulenti delle parti, che svolgono un semplice ruolo di assistenza tecnica, sotto il controllo degli agenti⁶⁴. Il nome e l'indirizzo del rappresentante devono essere comunicati per iscritto all'altra parte e al Segretario e al Cancelliere. Il

⁶⁴ DEL VECCHIO *Le parti nel processo internazionale*, Milano, 1975, p.119.

rappresentante, o chi da lui autorizzato, sarà il solo autorizzato a stare in giudizio per conto delle parti, a ricevere comunicazioni ad assistere alle escussioni dei testi e alle riunioni della Commissione⁶⁵. Se il compromesso o le regole di procedura non prevedono diversamente, le parti godono di ampia libertà nella scelta dei propri agenti, anche se generalmente essi sono i rappresentanti diplomatici degli Stati⁶⁶. Sia Eritrea che Etiopia hanno nominato come propri agenti i rispettivi Ministri degli Affari Esteri, affiancati da due co-agenti: l'Etiopia ha nominato il proprio ambasciatore a presso le Nazioni Unite a Ginevra, mentre l'Eritrea ha nominato il professor Lea Brilmayer.

Il procedimento, come avviene negli arbitrati commerciali, si divide in due fasi: una scritta e una orale⁶⁷.

a) fase scritta

Il procedimento scritto consiste, generalmente, nella comunicazione al collegio e alle parti di memorie, contromemorie e, se necessario, di repliche, nonché di tutte le carte e i documenti probatori.

L'Accordo garantisce una perfetta uguaglianza delle parti, stabilendo una importante regola generale relativa al procedimento: i termini per proporre i propri atti dovranno essere simultanei e non consecutivi (art.4 par.11 e art 16

⁶⁵ Le *ILC Model Rules on Arbitral Procedure* del 1958, prevedevano espressamente che “(...) *The parties shall be entitled through their agents, counsel or advocates to submit in writing and orally to the tribunal*

any arguments they may deem expedient for the prosecution of their case. They shall have the right to raise objections and incidental points. The decisions of the tribunal on such matters shall be final. The members of the tribunal shall have the right to put questions to agents, counsel or advocates, and to ask them for explanations. Neither the questions put nor the remarks made during the hearing are to be regarded as an expression of opinion by the tribunal or by its members” Articolo 14, par.3 e 4.

⁶⁶ Né le *PCA Optional Rules* del 1992, né le *UNCITRAL Arbitration Rules* prevedono particolari requisiti o limiti alla nomina dei rappresentanti delle parti. Diversamente i regolamenti dei Tribunali Arbitrali Misti, istituiti dopo la fine della prima guerra mondiale, prevedevano che gli agenti appartenessero a categorie ben precise. Un caso, invece, di incompatibilità del ruolo di agente era prevista dalla Convenzione dell'Aja del 1907 sul regolamento pacifico delle controversie internazionali: i membri della Corte Permanente di Arbitrato potevano svolgere le funzioni di agente solo in favore della parte che lo aveva nominato membro della Corte.

⁶⁷ La divisione del procedimento in due fasi, oltre ad essere caratteristica dell'arbitrato commerciale e prevista anche nelle *UNCITRAL Arbitration Rules*, era contemplata anche nel *Model Rules* della International Law Commission del 1958, all'art.15.

delle *Rules of Procedure*)⁶⁸. L'eguaglianza delle parti consiste, infatti, nella garanzia di godere della medesima opportunità di proporre le proprie osservazioni, di presentare lo stesso numero di memorie e di avere lo stesso tempo a disposizione per la loro preparazione.

Eritrea ed Etiopia hanno presentato una memoria (30 giugno 2001), una contro-memoria (22 settembre 2001) e una ulteriore replica (29 ottobre 2001), autorizzata precedentemente dalla Commissione. Lo scambio delle memorie è avvenuto attraverso la Cancelleria che ha provveduto a trasmettere gli atti ai Commissari e alla controparte⁶⁹. Tutti i documenti della fase scritta prodotti in una diversa lingua sono accompagnati da una traduzione in inglese.

Sempre nell'ottica di una piena tutela dell'eguaglianza delle parti, dopo il termine della procedura scritta, in linea di massima, nessun nuovo documento può essere portato davanti al collegio arbitrale senza il consenso dell'altra parte. Tuttavia, le *Rules of Procedure* prevedono che in ogni momento, durante il procedimento, la Commissione possa chiedere alle parti di produrre dei documenti o esibire altre prove entro un dato termine. La Commissione può in questo caso valutare l'eventuale rifiuto di esibire le prove e le ragioni addotte dalle parti (art 18 *Rules of Procedure*).

Oltre a proporre le domande di merito, le parti possono anche sollevare questioni relative alla competenza. La Commissione ha il potere di decidere sulla propria competenza, potendo sia emettere una decisione parziale che

⁶⁸ La previsione si giustifica inoltre con la necessità di ottenere una decisione nel più breve tempo possibile. Cfr. JOUANNET *Le règlement de paix entre l'Éthiopie et l'Érythrée : « Un succès majeur pour l'ensemble de l'Afrique » ?*, cit, p.395.

⁶⁹ Molto importanti sono poi le precise regole previste per ciò che riguarda avvisi e notificazioni e il computo dei termini. All'art. 2, infatti, le *Rules of Procedure* precisano che ogni avviso, notifica, comunicazione o proposta si considera ricevuto quando avviene la consegna al destinatario. Le notifiche si considerano pertanto eseguite il giorno della consegna. Per ciò che riguarda il calcolo dei termini, il termine comincia a decorrere dal giorno successivo a quello nel quale l'avviso o la notificazione è stata ricevuta. Se l'ultimo giorno del termine è un giorno di festa o un giorno non lavorativo per lo Stato destinatario, il periodo è esteso al primo giorno lavorativo successivo. Le vacanze ufficiali o i giorni non lavorativi che capitino durante il corso del termine sono inclusi nel calcolo del periodo.

sentenzi sulla questione preliminare, sia rimandare la questione alla sentenza definitiva⁷⁰. L'art.17 delle *Rules of Procedure* prevede infatti che:

“1. The Commission shall have the power to rule on any questions relating to its own jurisdiction. 2. The Commission shall rule on a plea concerning its jurisdiction as a preliminary question unless the Commission decides to defer such ruling until its final decision”

E' questo il principio della *Kompetenz-Kompetenz*. E' questo un principio generale di diritto applicabile a qualsiasi tribunale internazionale. Il potere dell'arbitro di decidere in ordine alla propria competenza, insieme alla autonomia della clausola compromissoria, è generalmente riconosciuto anche negli arbitrati di tipo commerciale e permette all'arbitro di stabilire se la giurisdizione arbitrale sia stata regolarmente costituita⁷¹. L'arbitro di solito può sia giudicare della stessa validità della convenzione arbitrale sulla quale si fonda la giurisdizione, sia interpretare la convenzione arbitrale, anche se la validità non è messa in discussione, per stabilire se la controversia sia ricompresa nel suo oggetto⁷². Il riconoscimento all'arbitro, nell'arbitrato commerciale, del potere di decidere in ordine alla propria competenza è generalmente giustificato da esigenze di ordine pratico delle parti, che non vogliono ricorrere al giudice ordinario.

Anche nell'arbitrato fra Stati l'esigenza di risolvere ogni questione che sorga nell'ambito della controversia rende utile questo potere degli arbitri, tanto più perché non esiste un organo giurisdizionale statale cui fare riferimento. L'alternativa ad un riconoscimento della competenza del collegio arbitrale potrebbe portare alla riapertura della controversia stessa o a nuovi negoziati, o al ricorso ad un diverso meccanismo di soluzione delle di diverse

⁷⁰ Possibilità prevista sia dalle *PCA Optional Rules* che dal Regolamento UNCITRAL, art 21 par.4. Generalmente la questione relativa alla competenza può essere sollevata non oltre la memoria difensiva. Cfr. stesso art 21, par.3

⁷¹ Negli ordinamenti nazionali, cfr. ad esempio, in Francia art.1458 NCPC, in Italia l'art 808 Cpc, in Germania sect. 1040 ZPO, in Inghilterra sect.30 dell' Arbitration Act del 1996.

⁷² BERNARDINI *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, p.164-165. RUBINO-SAMMARTANO, *L'arbitrato internazionale*, Padova 1989, p. 421 ss.

procedure di soluzione delle controversie, come il ricorso alla Corte Internazionale di Giustizia.

Occorre però subito sottolineare come le regole adottate dalla Commissione sembrano dare un'accezione più ristretta del principio in esame. Le *Rules of Procedure* parlano infatti di “*any questions relating to its own jurisdiction*”, differenziandosi dalla *PCA Optional Rules*. In queste ultime, completamente modellate sulle regole dell'UNCITRAL, all'art.21 è previsto il potere di decidere su eventuali eccezioni di incompetenza ed è specificato che esse possono riguardare anche “*the existence or validity of the arbitration clause or of the separate arbitration agreement.*” Inoltre, il tribunale arbitrale dovrebbe avere il potere di decidere sull'esistenza e la validità del trattato o dell'accordo del quale faccia parte la clausola compromissoria . A questo scopo, la clausola arbitrale deve essere considerata come un accordo indipendente rispetto al resto del trattato. La nullità del trattato non si estende, cioè, *ipso jure* alla clausola arbitrale.

Sembra allora che la Commissione abbia volutamente limitato la propria competenza: il generico riferimento alle questioni che riguardano la giurisdizione sembra essere inteso solo nel senso che la Commissione ha il potere di verificare se una questione rientri o meno nella propria competenza, ma non può giudicare della validità dell'art.4, né del resto dell'Accordo di Algeri.

b) fase orale

Questa fase consiste sostanzialmente nell'audizione da parte del collegio giudicante di testimoni, esperti, consulenti ed avvocati⁷³.

Per assicurare una gestione veloce ed efficiente della trattazione orale, la Commissione ha tenuto, in conformità all'art.19 delle *Rules of Procedure*, un'udienza preliminare per consultarsi con le parti sulla gestione delle udienze:

⁷³ Durante la trattazione orale, sono stati sentiti, oltre agli agenti e ai co-agenti delle parti, anche O. Thomas Johnson e il professor James Crawford per l'Eritrea; B. Donovan Picard, Ian Brownlie, Rodman R. Bundy, Loretta Malintoppi e Dylan D. Cors per l'Etiopia. Cfr. *EEBC Decision*, par.1.19.

ordine e il tempo assegnato per le audizioni; numero e nomi dei testimoni e domande da sottoporre; argomenti sui quali si fossero già raggiunti sufficienti argomenti di prova o che viceversa considera meritevoli di ulteriore esame. Le udienze si sono svolte in camera di consiglio e la Cancelleria si è occupata delle traduzioni delle dichiarazioni rese durante le audizioni e ha provveduto alle eventuali registrazioni ritenute necessarie dalla Commissione o richieste dalle parti.

Durante tutto il procedimento, sia nella fase scritta che in quella orale, ognuna delle parti ha l'onere di provare i fatti sui quali si basano le proprie pretese. La Commissione determina la ammissibilità, la rilevanza, la sostanza e il valore delle prove presentate⁷⁴. Se una parte, che ha ricevuto regolare notifica, non presenta le proprie memorie scritte nei termini prescritti o non si presenta alle udienze senza giustificato motivo, la Commissione può continuare il procedimento (art.22 *Rules of Procedure*). Se una delle parti, invitata a produrre prove documentali, omette di presentarle nei termini richiesti, senza esibire un giustificato motivo, la Commissione può rendere la propria decisione sulla base delle prove acquisite.

In ogni momento, durante il procedimento, la Commissione può chiedere alle parti di produrre dei documenti o esibire altre prove nel termine che preferisce, e valutare l'eventuale rifiuto e le ragioni addotte dalle parti (art 18 *Rules of procedure*). Allo stesso modo la Commissione, se lo considera necessario, d'ufficio o su richiesta delle parti, può riaprire la fase orale in ogni momento prima che la decisione sia resa (art.23 *Rules of Procedure*).

La Commissione può inoltre, a richiesta di una delle parti, prescrivere ogni misura provvisoria che ritenga necessaria per preservare i rispettivi diritti ognuna delle parti. (art 20 *Rules of procedure*), anche decisioni provvisorie, vincolanti per le parti.

⁷⁴ L'arbitro internazionale può cioè non solo valutare liberamente le prove, ma anche decidere quali prove siano necessarie e la ripartizione dell'onere della prova Cfr. DEL VECCHIO, cit, p.206 ss. P. BERNARDINI, cit., p.172 La scelta della regola dell'onere della prova è ripresa dal Regolamento UNCITRAL (art.24).

E' la Commissione stessa che vigila sul rispetto della procedura: nel caso in cui sorgano questioni relative al procedimento, le decisioni vengono prese a maggioranza o, se la Commissione lo autorizza, dal solo Presidente (art.26 par.3 delle *Rules of Procedure*). In ogni caso, la parte che sappia che qualche previsione delle regole di procedura non sia stata rispettata e nonostante ciò non eccepisca prontamente, rinuncia al diritto di sollevare il vizio in futuro (art.24 delle *Rules of Procedure*).

CAP.III LA DELIMITAZIONE E DEMARCAZIONE DEL CONFINE

1. La Decisione del 13 aprile 2002

La Commissione ha emanato la propria sentenza il 13 aprile del 2002 (Decisione), dopo più di un anno di lavoro. La Decisione è un lodo arbitrale, motivato e reso secondo diritto e, in base a quanto previsto nell'Accordo di Algeri, è "...definitiva e vincolante" (par. 15 dell'articolo 4). Non sono dunque previsti casi di impugnazione o revisione, salvo quanto si vedrà relativamente all'interpretazione della sentenza.

Il lodo, articolato in diversi capitoli, stabilisce la posizione del confine dividendolo lungo tre settori: centrale, occidentale ed orientale. Ad ognuno dei tre settori, corrispondeva un antico trattato confinario: questi trattati di epoca coloniale, come si vedrà a breve, costituiscono la fonte giuridica primaria di tutta la delimitazione, per espressa volontà delle parti sancita nell'Accordo di Algeri.

La Commissione è stata piuttosto scrupolosa nella ricostruzione di tutti i passaggi seguiti per pervenire alla sentenza: vi è una preliminare introduzione degli elementi processuali e di fatto sui quali si basa la decisione (capitolo I e II), alla quale segue una analisi del diritto applicabile (capitolo III). La delimitazione vera e propria è contenuta nei tre capitoli successivi, ognuno dei quali si occupa di un settore del confine: quello centrale, che interessa il trattato del 1900 (capitolo IV); quello occidentale, oggetto del trattato del 1902 (capitolo V); e quello orientale, coperto dal trattato del 1908 (capitolo VI). Segue poi un ulteriore capitolo relativo ai fiumi (capitolo VII) e il dispositivo della sentenza (capitolo VIII). Nella decisione sono anche contenute una precisa elencazione di luoghi geografici, spesso identificati nel tempo con nomi diversi, e alcune carte geografiche: secondo l'art. 27 par 6 delle *Rules of Procedure* la delimitazione del confine deve essere accompagnata, nel settore centrale, da una carta geografica in scala 1:50,000; nei settori occidentale e orientale la carta non deve essere di scala inferiore a 1:1,000,000.

La decisione contiene anche tre appendici, relative a questioni particolarmente delicate emerse nel corso della delimitazione: la condotta successiva delle parti nel settore coperto dal trattato del 1900, la posizione della regione di Cunama, e particolari note tecniche relative alle carte geografiche.

La decisione è stata resa all'unanimità, nonostante lo stesso Accordo, al par.11 dell'articolo 4, prevedesse la possibilità che la Decisione fosse resa a maggioranza, e non vi sono né opinioni dissidenti né concorrenti, nonostante questa possibilità fosse prevista dalle *Rules of Procedure* adottate dalla Commissione (art.26 par.5).L'analisi svolta dalla Commissione relativamente agli elementi strettamente processuali è stata in parte già richiamata a proposito della nomina degli arbitri e della procedura seguita dal tribunale arbitrale, mentre per gli elementi di fatto si rimanda alla ricostruzione storica delle vicende che hanno portato al conflitto del 1998-2000.

Si passerà pertanto ora ad esaminare il contenuto sostanziale della decisione e in particolare si cercherà di ricostruire e spiegare, partendo dall'analisi del diritto applicabile, ragionamenti e motivazioni della Commissione.

2. Il diritto applicabile: premessa

Come si è già accennato, la decisione della Commissione, in conformità all'art.4 par.2 dell'Accordo di Algeri, doveva essere resa in base a

“pertinent colonial treaties (1900, 1902 and 1908) and applicable international law”.

Inoltre, il par. 1 dello stesso articolo 4 fa espressamente riferimento alla risoluzione adottata nel 1964 dall'OUA:

“the parties reaffirm the principle of respect for the borders existing at independence as stated in resolution AHG/Res. 16(1) adopted by the OAU Summit in Cairo in 1964, and, in this

regard, that they shall be determined on the basis of pertinent colonial treaties and applicable international law”.

La Commissione non poteva decidere *ex aequo et bono*.

Al fine di comprendere come la Commissione ha applicato questi criteri per la ricostruzione del confine, è necessario approfondire sia il loro contenuto sostanziale, sia la relazione tra di essi alla luce dei criteri interpretativi utilizzati dalla Commissione. E' la stessa Commissione, nella propria decisione (capitolo III) che evidenzia i tre elementi cui dovrà attenersi:

- 1) i trattati coloniali
- 2) il diritto internazionale applicabile
- 3) la risoluzione dell'OUA del 1964

Si cercherà di sottolineare l'importanza del richiamo ai trattati confinari di epoca coloniale e di descrivere l'esatta portata del diritto internazionale applicabile. Sarà poi necessario verificare che rapporto esista tra i due criteri. In particolare, vedremo che la questione più importante ai fini della decisione è se il richiamo al diritto internazionale possa comportare una rilevanza della condotta successiva delle parti, anche in deroga alla lettera dei trattati.

Prima di entrare nell'analisi delle fonti utilizzate dalla Commissione occorre però chiedersi che rapporto esista tra le prime due (trattati e diritto internazionale) e il principio del rispetto delle frontiere sancito dalla dichiarazione dell'OUA indicata al par.1.dell'art.4 dell'Accordo. Tale principio ispira infatti tutta la ricostruzione del confine. Solo successivamente si vedrà come la Commissione abbia utilizzato nella delimitazione gli altri elementi, ovvero i trattati confinari e il diritto internazionale.

Ma per spiegare il contenuto della Risoluzione dell'OUA e le ragioni della scelta effettuata dalle parti, è necessario preliminarmente ripercorrere la storia e il significato del più generale principio dell'*uti possidetis*.

3. L'*uti possidetis* come principio generale di diritto internazionale e sua inapplicabilità

Come noto l'*uti possidetis* si è affermato in America Latina durante la decolonizzazione spagnola⁷⁵ e consiste nel riconoscere, quali frontiere dei nuovi Stati ex colonie, i confini che gli stessi territori avevano prima del conseguimento dell'indipendenza come circoscrizioni interne o province. Le frontiere dei nuovi Stati, secondo questo principio, coinciderebbero, cioè, con i limiti territoriali delle suddivisioni realizzate, a fini amministrativi, dal sovrano colonizzatore. La trasformazione di tali suddivisioni in vere e proprie frontiere internazionali aveva lo scopo di garantire continuità e stabilità ai nuovi Stati: essa era inizialmente basata su fonti normative precise, cioè sugli atti di emanazione della potenza coloniale che identificavano le suddivisioni territoriali, e non lasciava spazio alcuno al principio di effettività per poter ricomprendere territori diversi o estendere, in qualsivoglia modo, la porzione di territorio individuata tramite le fonti coloniali.

Il principio così inteso era chiamato *uti possidetis iuris*, contrapposto all'*uti possidetis de facto*, affermatosi successivamente e sostenuto da alcuni paesi come il Brasile. Secondo il primo la situazione esistente in una determinata area al momento dell'indipendenza avrebbe dovuto ricostruirsi prendendo in considerazione soltanto gli atti normativi emanati dalle autorità coloniali e i trattati di delimitazione conclusi dalle potenze coloniali, mentre secondo l'*uti possidetis de facto* tale ricostruzione sarebbe dovuta avvenire in base all'effettivo possesso dei territori al momento dell'indipendenza dei nuovi Stati.

Si è poi molto discusso sul valore da conferire a questo principio. Dando per scontata la sua natura giuridica, e non meramente politica, si può subito rilevare come non vi sia stata totale convergenza in dottrina sul valore dell'*uti possidetis*. La tesi un tempo prevalente lo configurava come una

⁷⁵ Avvenuta, per ciò che riguarda il Sudamerica, intorno al 1810, e in America Centrale intorno al 1821. Per una ricostruzione dell'affermazione e sviluppo del principio, cfr. NESI, *L'uti possidetis iuris nel diritto internazionale*, Padova 1996.

consuetudine regionale, limitata ai Paesi latino-americani, i quali spesso hanno fatto riferimento al principio nelle proprie costituzioni e in trattati bilaterali, riferimento accompagnato all'*opinio iuris* di agire in conformità ad una norma fondamentale nei rapporti fra Stati in quell'area geografica⁷⁶.

Si è poi affermata l'opinione che vuole l'*uti possidetis* come principio di diritto internazionale generale, in virtù soprattutto della sua applicazione in contesti diversi da quello sudamericano, supportata dalla posizione della Corte internazionale di giustizia nel caso Burkina Faso/Mali⁷⁷. In particolare occorre brevemente vedere l'affermazione e il ruolo avuto dall'*uti possidetis* nel continente africano e la sua applicazione in quel contesto.

Subito dopo la seconda guerra mondiale, gli Stati africani che avevano acquisito l'indipendenza, rifiutarono i confini stabiliti dalle potenze coloniali. Nessuna costituzione dei Paesi che acquisivano l'indipendenza faceva riferimento al mantenimento delle frontiere coloniali o al principio dell'*uti possidetis*. Tuttavia ci si rese ben presto conto che l'eventuale applicazione dell'opposto principio della *tabula rasa* avrebbe creato maggiori difficoltà che non il riconoscimento dei confini coloniali⁷⁸. Il problema fu al centro della Conferenza degli Stati Africani tenutasi ad Addis Abeba nel 1963, ove fu adottata la Carta dell'Organizzazione dell'Unità Africana, nella quale però non fu inserito un esplicito riferimento all'*uti possidetis*, ma si affermava

⁷⁶ NESI, *op. cit.*, p.12 ss.

⁷⁷ *Frontier Dispute Burkina Faso/ Mali*, ICJ Reports 1986, par.21 "It was for this reason that, as soon as the phenomenon of decolonization characteristic of the situation in Spanish America in the 19th century subsequently appeared in Africa in the 20th century, the principle of *uti possidetis*, in the sense described above, fell to be applied. The fact that the new African States have respected the administrative boundaries and frontiers established by the colonial powers must be seen not as a mere practice contributing to the gradual emergence of a principle of customary international law, limited in its impact to the African continent as it had previously been to Spanish America, but as the application in Africa of a rule of general scope". BERNARDINI *Affare della controversia di frontiera (Burkina Faso-Mali)*. Sentenza del 22 dicembre 1986, in CI, 1987, p.430 ss. Cfr. anche il recente caso deciso dalla Corte Internazionale di Giustizia sulla frontiera fra *Benin/Niger*, ICJ Reports, 2005.

⁷⁸ NESI, *cit.*, p.102.

semplicemente, come principio fondamentale, il rispetto dell'integrità territoriale degli Stati membri⁷⁹.

Fu invece con la AHG/Res. 16(1) del 21 luglio 1964, durante la Conferenza del Cairo, che gli Stati membri dell'OUA si impegnarono al mantenimento delle frontiere esistenti al momento dell'indipendenza: essi infatti “*solemnly pledge themselves to respect the frontiers existing on their achievement of independence*”⁸⁰. La coincidenza del principio con l'*uti possidetis* è sostenuta sia da parte di molta dottrina, che da importante giurisprudenza.⁸¹

Molto efficacemente la risoluzione è stata inoltre da alcuni definita come una “sintesi dottrinale” fra principio di autodeterminazione e *uti possidetis*⁸², tradizionalmente considerati in contrasto⁸³. Il rispetto di “frontiere

⁷⁹ Il principio dell'integrità territoriale riguarda soprattutto il divieto di uso della forza nelle relazioni internazionali e il rispetto della sovranità Cfr. ELIAS *The Charter of the Organization of African Unity*, in *AJIL*, 1965, p.234.

⁸⁰ Il testo della risoluzione Ris. 16 (I) del 22 luglio 1964 è riportato in BROWNLIE *Basic Documents on African Affairs*, Oxford 1971, p.360, nonché in *OAU, Resolutions and Declarations Adopted by the Meeting of the Assembly of Heads of State and Government*, Addis Abeba, 1987, p.36. Nella testo francese la risoluzione, intitolata “*Litiges entre Etats africains au sujet des frontières*”, recita: “...*considerant...que les frontières des Etats africains, au jour de leurs indépendance, constituent une réalité tangible... déclarent solennellement que tous les Etats membres s'engagent à respecter les frontières existantes au moment où ils ont accédé à l'indépendance*”.

⁸¹ In realtà la risoluzione dell'OUA non sembra fare riferimento solo alle frontiere coloniali in quanto tali, ma mira piuttosto a tutelare genericamente i confini (coloniali o non) realmente esistenti al momento dell'indipendenza. Tuttavia nel preambolo dello *Special Agreement* adottato al Cairo, gli stessi Stati sancirono che la soluzione di qualunque controversia confinaria doveva basarsi sul rispetto dell'intangibilità delle frontiere ereditate dalla colonizzazione. Testo riportato in BROWNLIE, *ult. cit.* Nel senso di una equiparazione fra il contenuto della Risoluzione dell'OUA e l'*uti possidetis*, cfr. *Frontier Dispute Case (Burkina Faso/Mali)*, ICJ Reports 1986 cit, p.565-567. par.22 WOOLDRIDGE *Uti possidetis Doctrine*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam.London-New York, 2000, p1259.

⁸² FRANCK *Post Modern Tribalism and the Right of Secession*, in *People and Minorities in International Law*, (a cura di Brölmann, Lefeber, Zieck), Dordrecht, Boston, London, 1993, p.3 ss, p.10.

⁸³ Cfr. la pronuncia della Corte internazionale di Giustizia relativa alla già citata controversia frontiera tra Burkina Faso e Mali “*At first sight this principle (uti possidetis) conflicts outright with another one, the right of peoples to self determination. In fact, however, the maintenance of the territorial status quo in Africa is often seen as the wisest course, to preserve what has been achieved by peoples who have struggled for their independence, and to avoid a disruption which would deprive the continent of the gains achieved by much sacrifice. The essential requirement of stability in order to survive, to develop and gradually to consolidate their independence in all fields, has induced African States judiciously to consent to the respecting of the colonial frontiers*

ingiuste” tracciate in epoca coloniale, magari in maniera arbitraria e senza rispetto di situazioni etniche peculiari, era infatti difficilmente conciliabile con l’idea di autodeterminazione⁸⁴. La risoluzione dell’OAU si sarebbe fatta portatrice della fondamentale esigenza di tutela della stabilità e certezza dei confini e del diritto dei nuovi stati ad un territorio definito, facendo della regola dell’*uti possidetis* un limite intrinseco nel diritto stesso dei nuovi stati ad autodeterminarsi. Del resto, è stato osservato, che il rispetto delle frontiere coloniali giovava anche ai popoli che ottenevano l’indipendenza, in quanto li identificava come l’intera popolazione stanziata nel territorio amministrato come entità autonoma⁸⁵.

In ogni caso il valore della risoluzione del Cairo è fortemente dibattuto e non tutti gli Stati africani hanno condiviso il principio in oggetto⁸⁶, così che si è dubitato che essa costituisca effettivamente una consuetudine locale o che la prassi africana abbia potuto consolidare la natura di norma consuetudinaria del principio *dell’uti possidetis*⁸⁷. La prassi degli Stati in materia è effettivamente piuttosto varia: il principio, sebbene non richiamato come tale, è stato spesso applicato in trattati stipulati con la ex madrepatria⁸⁸, in provvedimenti legislativi o costituzionali del nuovo Stato indipendente⁸⁹, in accordi confinari bilaterali⁹⁰ e in compromessi arbitrari⁹¹.

and to take account of it in the interpretation of the principle of self determination of peoples” in ICJ Reports 1986, p.567, par. 25

⁸⁴ BARDONNET *Equité et frontières terrestres*, in *Mélanges offerts à Paul Reuter- Le droit international: unité et diversité*, Paris, 1981, p.35 ss, p.63.

⁸⁵ TANCREDI *La secessione nel diritto internazionale*, Padova 2001, p.194.

⁸⁶ Ad esempio Marocco e Somalia. Cfr. NESI, *cit*, p.118.

⁸⁷ Cfr. BROWNLIE *African Boundaries, A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*, London-Los Angeles, 1979, p.11, secondo il quale la Risoluzione non ha di per sé valore vincolante, ma riflette l’idea generalmente accettata che le frontiere non scompaiono con la decolonizzazione. L’autore ritiene inoltre che il principio di autodeterminazione dei popoli dovrebbe prevalere sul dovere di rispettare i confini coloniali., p.12. Il principio è stato tuttavia recentemente ribadito nell’Atto istitutivo dell’Unione Africana, firmato a Lomè l’11 luglio 2000.

⁸⁸ Ad esempio la Francia stipulò trattati di “trasferimento di sovranità” con Ciad, Congo, Costa D’Avorio, Benin, Gabon, Madagascar, Mali, Mauritania, Senegal.

⁸⁹ Cfr. i diversi *Independence Acts* emanati da Ghana (1957), Sierra Leone (1961), Kenya (1963), Gambia (1964), Malawi (1964), Botswana (1966).

⁹⁰ Cfr. Trattato di Kayes (1962) fra Mali e Mauritania e i Trattati stipulati dall’ Algeria con Tunisia (1970 e 1983), Marocco (1972), Niger (1983), Mali (1983) e Mauritania (1985).

⁹¹ Cfr. controversie fra Guinea/Guinea Bissau, Senegal/Guinea Bissau, Burkina Faso/Mali.

In tutti questi casi gli Stati hanno voluto che le frontiere fossero uguali o per lo meno basate su quelle di epoca coloniale, anche se il principio dell'*uti possidetis* ha quasi sempre trovato applicazione per volontà degli Stati, e non tanto perché sentito come norma vincolante di diritto, ma piuttosto per ragioni di certezza e buon senso. Le frontiere coloniali sono infatti sempre state sentite come una sicura base di partenza per giungere ad una delimitazione confinaria. La natura di norma di diritto internazionale dell'*uti possidetis* resta dunque incerta per ciò che riguarda la prassi africana e l'applicazione generalizzata del principio deve in ogni caso considerarsi strettamente connessa al processo di decolonizzazione. Anche nei compromessi arbitrari, spesso le parti richiamano espressamente o il principio o direttamente le stesse fonti normative di epoca coloniale (trattati, provvedimenti amministrativi ecc.), non limitandosi a fare riferimento alle norme consuetudinarie di diritto internazionale (generali o regionali), Anche il compromesso fra Eritrea ed Etiopia non si basa sulla sola applicazione di norme di diritto internazionale, ma richiama da un lato la Risoluzione dell'OUA e dall'altro i trattati di epoca coloniale. Sembra quindi implicita la convinzione delle parti che il principio dell'*uti possidetis*, inteso come norma di generale applicazione alle controversie confinarie nel contesto della decolonizzazione, non fosse direttamente applicabile. In questo caso, infatti, ad impedire l'applicazione del principio sarebbero le particolari vicende storiche di Eritrea ed Etiopia, essendo l'indipendenza e la costituzione dello Stato eritreo avvenuta solo nel 1993 e non in seguito al processo di decolonizzazione, bensì attraverso una guerra di indipendenza combattuta proprio contro l'Etiopia. La situazione dell'Eritrea costituisce infatti un *unicum* nel panorama africano: la sua nascita può essere vista addirittura come un'eccezione al mantenimento degli assetti coloniali⁹².

⁹² Cfr. GOY *L'indépendance de l'Erytrée*, in *AFDI*, 1993, p.350.

4. (segue) L'*uti possidetis* come regola procedurale di delimitazione al di fuori del processo di decolonizzazione

Salvo quanto detto finora, è indubbio che la prassi conforta l'utilizzo dell'*uti possidetis* anche al di fuori del processo di decolonizzazione. Anche in epoca recente, in processi di secessione e nascita di nuovi Stati, l'attuazione della regola dell'*uti possidetis* ha favorito processi di stabilizzazione delle frontiere per gli Stati di nuova formazione, e non solo in Africa.⁹³ Il rispetto delle frontiere, non solo coloniali, ma anche federali o, più genericamente, amministrative, esistenti può in effetti essere visto come un criterio ragionevole per procedere alla delimitazione di qualunque tipo di Stato di nuova formazione⁹⁴, a prescindere dalle vicende storiche e dalla legittimità del processo di secessione e indipendenza⁹⁵. L'applicazione del principio al di fuori del contesto coloniale può sollevare infatti problemi simili a quelli che si è cercato di accennare in precedenza: al di fuori dell'ambito coloniale si pone ancora di più il problema del contrasto con l'autodeterminazione, difficilmente trasformabile in un "diritto alla secessione"⁹⁶. L'applicazione generale del

⁹³ Cfr. per esempio i casi del Bangladesh, degli Stati baltici o delle ex Repubbliche iugoslave. Particolarmente rilevante è stato l'utilizzo del principio da parte della Commissione Badinter. Cfr. SHAW *Peoples, Territorialism and Boundaries* in *EJIL*, 1997, p.478 ss., p.501; RONZITTI *Introduzione al diritto internazionale*, Torino 2007, pag.81.

⁹⁴ In questo senso anche la Corte internazionale di Giustizia nella controversia Burkina Faso/Mali, cit, ICJ Reports,1986, p.565, par.2. "*Nevertheless the principle is not a special rule which pertains solely to one specific system of international law. It is a general principle, which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence, wherever it occurs. Its obvious purpose is to prevent the independence and stability of new States being endangered by fratricidal struggles provoked by the challenging of frontiers following the withdrawal of the administering power*"

⁹⁵ Per una critica all'applicazione del principio al di fuori de contesto coloniale, cfr. TORRES BERNARDEZ *The "Uti Possidetis Jurs Principle" in Historical Perspective*, in *Völkerrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Realität- Festschrift für Karl Zemanek*, Berlin, 1994, p.417 ss, pp.434-436.; e RATNER *Drawing a Better Line: Uti Possidetis and the Borders of New States*, in *AJIL*, 1996, p.590 ss, pp.616-617. CORTEN *Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et uti possidetis: deux faces d'une même médaille?*, in *RBDI*, 1998, p.161 ss, p. 182.

⁹⁶ TANCREDI , cit., p. 710. Cfr. anche CHRISTAKIS *The State as a "Primari Fact": Some thoughts on The Principle of Effectiveness*, in KOHEN *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, 2006, p.138 ss, p.151-152; CRAWFORD *The Creation of States in International Law*, Oxford 1979.

rispetto di frontiere amministrative o federali rischia addirittura incoraggiare rivendicazioni secessioniste⁹⁷.

Tuttavia, occorre subito sottolineare che l'*uti possidetis*, anche al di fuori del contesto coloniale, non conferisce un diritto sostanziale al territorio, ma opera solo dopo la formazione del nuovo ente sovrano, come mero principio di delimitazione territoriale⁹⁸. L'*uti possidetis* funge cioè da modalità procedurale, ponendo dei limiti meramente territoriali al nuovo Stato indipendente, ma il suo ruolo prescinde dalla legittimità sostanziale della nascita dello Stato stesso.

Così inteso il principio può slegarsi sia dal contesto storico della decolonizzazione, sia dal principio sostanziale di autodeterminazione dei popoli, e assumere una propria valenza autonoma. Del resto, nella prassi degli Stati, al mancato riconoscimento di un diritto alla secessione, si è accompagnata la richiesta di rispettare i confini esistenti. L'*uti possidetis* può utilmente essere applicato ad ogni fenomeno di redistribuzione del territorio statale, ogni qual volta esistano frontiere amministrative preesistenti⁹⁹.

E' con queste importanti premesse che si può cogliere meglio allora il senso della scelta operata da Eritrea ed Etiopia nell'Accordo di Algeri. Escluso l'obbligo internazionale di conformarsi all'*uti possidetis*, le parti hanno comunque voluto che la delimitazione della frontiera si ispirasse a tale principio, nell'accezione sancita dalla Risoluzione dell'OUA, perché il mantenimento delle frontiere precedenti è considerata una regola procedurale

⁹⁷ Ad esempio è stato criticato l'utilizzo del criterio nella Commissione Badinter: l'applicabilità del principio a tutti i casi di secessione di Stati federali rischierebbe di moltiplicare i conflitti e scoraggerebbe addirittura il modello federalista. RADAN *Post-Secession International Borders: A Critical Analysis of the Opinions of the Badinter Arbitration Commission*, in *Melbourne University Law Review*, 2000, p.50 ss .

⁹⁸ In questo senso FOX *Self-Determination in the Post-Cold War Era: A New Internal Focus?* In *Mich. JIL*, 1995, p.733 ss; e KOHEN *Les problèmes des frontières en cas de dissolution et de séparation d'États: quelle alternatives?* In *RBDI*, 1998, p.129 ss, p.158, NESI, *op. cit.*, p.230 ss.

⁹⁹ Questa sostanzialmente la tesi di TANCREDI, *cit.*, il quale precisa che l'*uti possidetis* non dà alcun titolo alla statualità o alla sovranità, ma solo il controllo effettivo ed indipendente del territorio produce tale esito. L'autore però inserisce il rispetto del principio nel quadro di un generale "*due process*", il cui rispetto prescinde dall'acquisizione di sovranità, ma comporta diverse conseguenze giuridiche. p.713

di ragionevolezza e in linea con la prassi anche recente degli Stati, che in situazioni analoghe hanno scelto di partire da posizioni di certezza nei procedimenti di delimitazione delle frontiere.

Tuttavia, così inteso, il richiamo alla Risoluzione e l'ispirazione al più generale principio dell'*uti possidetis*, proprio perché operano al di fuori del contesto coloniale, non implicano necessariamente una delimitazione basata esclusivamente sull'assetto coloniale, ma più semplicemente il rispetto di confini amministrativi preesistenti e di un criterio per identificare più facilmente il territorio del nuovo stato nato dalla secessione dall'Etiopia.

5. Il richiamo alla Risoluzione OUA: la fissazione della data critica e sue implicazioni

Come si è visto, l'Accordo di Algeri pone la risoluzione dell'OUA adottata al Cairo nel 1964 come "criterio guida" della decisione sulla delimitazione¹⁰⁰ e in relazione ad esso ("*in this regard*") il confine deve essere determinato sulla base dei trattati coloniali rilevanti e del diritto internazionale applicabile. L'art.4 par 1 recita infatti:

"...the parties reaffirm the principle of respect for the borders existing at independence as stated in resolution AHG/Res. 16(1) adopted by the OAU Summit in Cairo in 1964, and, in this regard, that they shall be determined on the basis of pertinent colonial treaties and applicable international law".

La scelta di fare riferimento alla risoluzione del 1964¹⁰¹ era già stata compiuta nell'Accordo Quadro del giugno 1998: furono proprio i capi di Stato

¹⁰⁰ Il richiamo alla Risoluzione piuttosto che all'*uti possidetis*, oltre a quanto si dirà a proposito dell'individuazione della data critica, è giustificato probabilmente dalla volontà di far riferimento ad un principio definito in un testo ben preciso, che ha avuto un ruolo importante nel processo di decolonizzazione di tutto il continente africano, e per lo più promosso in seno all'organizzazione che ha principalmente contribuito alla costruzione della pace fra Eritrea ed Etiopia, il motivo più significativo è connesso alla scelta della data critica.

¹⁰¹ La dichiarazione è stata espressamente richiamata anche nel compromesso con cui la Guinea e la Guinea Bissau rimisero ad un tribunale arbitrale la delimitazione della frontiera marittima tra i due Paesi, il 18 febbraio 1983. Cfr. *RDI*, 1985, p.593 ss.

e di governo dell'Organizzazione dell'Unità africana a sottoporre alle parti il testo dell' Accordo

Quadro (*Framework Agreement*) basato, tra l'altro, su “*the respect for the borders existing at independence as stated in the Resolution of the OAU Summit in Cairo in 1964*”. Il principio è stato riaffermato anche successivamente, nell'ambito del *Technical Arrangements for the implementation of the Framework Agreement*, concluso dalle parti il 14 settembre 1999¹⁰². Infine, il principio venne ripreso nell'Accordo sulla Cessazione delle Ostilità concluso il 18 giugno 2000, prima di essere riportato nell'art.4 dell'Accordo del dicembre 2000.

Occorre subito sottolineare quale sia la portata del richiamo alla Risoluzione dell'OUA. E' probabile che le parti volessero semplicemente sottolineare che la ricostruzione del confine dovesse essere uguale a quella del periodo coloniale, quasi come se il nuovo Stato di Eritrea fosse nato quando l'Italia ha abbandonato i suoi possedimenti dopo la fine della seconda guerra mondiale. Tuttavia, se il principio comportasse un semplice riferimento alle frontiere coloniali in quanto tali e perseguisse il mantenimento dell'assetto coloniale, la sua indicazione nell'Accordo aprirebbe la porta a diversi dubbi. Infatti se fosse implicito nel riferimento al principio il richiamo all'assetto coloniale, non si comprenderebbe la necessità di inserire nell'Accordo i tre trattati confinari come fonte primaria per la ricostruzione del confine. Allo stesso modo il richiamo ai trattati, se fosse una mera applicazione del principio dell'*uti possidetis*, renderebbe del tutto ridondante la menzione della Risoluzione dell'OUA.

Ad una prima lettura, questa può comunque apparire l'interpretazione più corretta. Che la Risoluzione OUA sia semplicemente l'affermazione di un approccio, il cui contenuto viene poi esplicitato con la menzione dei trattati, sembra infatti anche la convinzione della stessa Boundary Commission. Il richiamo alla Risoluzione non viene considerato decisivo dalla Commissione,

¹⁰² Cfr. Decisione, Chapter III par. 3.34

quando, nella propria decisione, afferma che, valutando anche il modo nel quale l'Accordo si è sviluppato, il principio sancito dall'art.4 par. 1 non sembra alterare le indicazioni relative al diritto applicabile date nel successivo par.2 dello stesso articolo (ovvero il riferimento ai trattati e al diritto internazionale)¹⁰³.

In realtà, subito dopo, è la stessa Commissione a dare un valore più incisivo al richiamo alla Risoluzione dell'OUA e un preciso significato al par.1 dell'art.4. Essa afferma che

*“..the Commission does see the provision as having one particular consequence. It is that the Parties have thereby accepted that the date as at which the borders between them are to be determined is that of the independence of Eritrea, that is to say on 27 April 1993”*¹⁰⁴

La Risoluzione, a differenza del generale principio dell'*uti possidetis*, individua infatti già il punto di partenza dal quale opera il mantenimento delle frontiere nella data del conseguimento dell'indipendenza del nuovo Stato¹⁰⁵. La Commissione fissa di conseguenza la cosiddetta data critica¹⁰⁶, oltre la quale nessuna variazione del confine può essere più presa in considerazione, al 27 aprile 1993. Ciò significa non tenere conto di ogni possibile variazione intervenuta successivamente, e in particolare durante il conflitto 1998-2000¹⁰⁷. La stessa Commissione ha chiarito infatti che gli sviluppi successivi alla data dell'indipendenza non avrebbero avuto alcuna rilevanza, salvo che essi non

¹⁰³ Par.3.36 della Decisione

¹⁰⁴ Par.3.36

¹⁰⁵ Cfr. tra gli altri la citata pronuncia fra *Burkina Faso/Mali*, ICJ Reports 1986, p.566 e quella fra *El Salvador/Honduras*, in ICJ Reports 1992, p.398. Nella prassi arbitrale, cfr. la controversia relativa al *Rann of Kutch*, ILM, 7, 1968, p.633

¹⁰⁶ Cioè la data che fissa le frontiere non più modificabili, se non in via consensuale. La Corte internazionale di Giustizia, nella già citata sentenza *Burkina Faso/Mali* ha definito la data critica come il momento che “*stops the clock, but does not put back the hands*”, ICJ Reports 1986, p.568. In dottrina, sul tema, tra gli altri GOLDIE *The Critical date* in ICLQ, 1963, p.1261 ss. BARDONNET *Les faits postérieurs à la date critique dans les différends territoriaux et frontaliers*, in *Le droit international aux service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, p. 53 ss.

¹⁰⁷ L'Etiopia voleva infatti che la data critica fosse fissata al 1998, anno in cui scoppiò la guerra fra i due Stati.

possano considerarsi continuazione o conferma di una linea di condotta già chiaramente stabilita o non rivestano accordi espressi fra le parti¹⁰⁸. Relativamente al confine intorno alla città di Badme, una delle zone maggiormente contestate dalle parti, l'Etiopia sosteneva di avere esercitato la sovranità sia precedentemente che successivamente all'indipendenza dell'Eritrea. La Commissione non ha ritenuto rilevanti le attività dell'Etiopia, ma è da ritenere che le prove delle attività successive al 1993 fossero in ogni caso inammissibili, salvo la dimostrazione di un accordo diverso fra le parti¹⁰⁹.

Ma fissare la data critica al momento dell'indipendenza può significare anche spostare il limite *ad quem* rilevante per il lavoro della Commissione dall'epoca coloniale al 1993. Ciò non è privo di rilevanza: poiché, come vedremo, l'applicazione del diritto internazionale, nell'interpretazione data dalla Commissione, può comportare una variazione del confine delimitato nei trattati, la valutazione di tali variazioni si potrebbe estendere fino al 1993. Prendere in considerazione le frontiere esistenti al momento dell'indipendenza significa, infatti, fotografare la situazione esistente in quel momento, accettando anche variazioni intervenute durante il processo che ha portato all'indipendenza dello Stato, e comporta inevitabilmente una applicazione del principio inteso come *uti possidetis de facto*, e quindi una ricostruzione del confine non limitata al titolo giuridico esistente al momento in cui il processo di indipendenza è iniziato, ma che tiene conto anche di elementi successivi e di eventuali variazioni avvenute sul titolo stesso¹¹⁰.

¹⁰⁸ Par.3.36 della Decisione. Cfr. SCIACOVELLI *La controversia confinaria tra Eritrea ed Etiopia*, in *RDI* 2004, p.745.

¹⁰⁹ L'Etiopia reclamava un diverso confine nel settore occidentale, nella zona di Badme, in virtù di numerose attività amministrative svolte prima e dopo l'accesso dell'Eritrea all'indipendenza: riscossione di tributi fino agli anni 1972-1973, costruzione di scuole, istituzioni di amministrazioni comunali e provinciali, uffici giudiziari, indizione di elezioni fino ai primi anni novanta. L'attività amministrativa, però, non è stata ritenuta sufficiente a comportare una variazione del confine. Par.5.94 della Decisione (vedi *infra* paragrafo 16 di questo capitolo). E' da ritenere che comunque le attività svolte dopo il 1993 non potessero in ogni caso essere considerate rilevanti per quanto affermato dalla Commissione stessa nel già citato par.3.36 della Decisione.

¹¹⁰ Per una visione "dinamica" del principio dell'*uti possidetis* e una individuazione della data critica non limitata al momento della formale indipendenza, ma risalente al momento in cui il processo di emersione del nuovo ente ha avuto inizio, TANCREDI, cit, p.705 ss.

Dalla Decisione non si comprende se la Commissione abbia svolto effettivamente questo tipo di ricostruzione. E' probabile che né le parti né la Commissione volessero in questo modo richiamare confini amministrativi diversi rispetto a quelli coloniali, né la previsione contenuta nel par.2 dell'art.4 dell'Accordo poteva essere ignorata sostituendo i confini coloniali con altri confini che l'Eritrea aveva come provincia. Tuttavia indubbiamente il richiamo al principio contenuto nella Risoluzione dell'OUA si presta ad essere visto come una regola procedurale che mira a tutelare i precedenti confini amministrativi, piuttosto che come mera dichiarazione di approccio per ribadire l'intangibilità delle delimitazioni coloniali. Se i confini coloniali restano la base della delimitazione, ciò è dovuto semplicemente all'ulteriore scelta delle parti in tal senso, sancita nel par.2.

6. I trattati coloniali

Da quanto è emerso si può allora ben comprendere l'importanza del richiamo ai trattati coloniali. Infatti, da un lato l'*uti possidetis*, inteso come norma generale che prescrive il mantenimento dei confini delle ex colonie nel processo di decolonizzazione, non avrebbe trovato applicazione, data la particolare storia dell'indipendenza dell'Eritrea¹¹¹; dall'altro lato, il richiamo alla Risoluzione dell'OUA e al mantenimento delle frontiere così come esistenti al momento dell'indipendenza, non implica una rievocazione dell'assetto coloniale. Le parti, allora, per avere una delimitazione tendenzialmente coincidente con quella dell'epoca coloniale non avevano altro modo che richiamare esplicitamente i trattati confinari di allora. La scelta delle fonti normative su cui basare la decisione della Commissione confinaria è stata dunque mirata ad assicurare che la delimitazione avesse proprio quell'assetto.

Non occorre tornare sulle ragioni che hanno spinto le parti a questa scelta: certamente la base migliore per identificare e delimitare il nuovo Stato

¹¹¹ Cfr. SCIACOVELLI *La controversia confinaria tra Eritrea ed Etiopia*, in *RDI* 2004, p.739-740.

di Eritrea erano i confini che possedeva nell'unico periodo in cui aveva avuto una propria amministrazione, ovvero quando era una colonia dell'Italia. I trattati richiamati sono: il Trattato fra l'Italia e l'Etiopia per la delimitazione della frontiera fra la Colonia eritrea e l'Impero etiopico del 10 luglio 1900; l'Accordo trilaterale del 1902 fra Italia, Etiopia e Gran Bretagna, che regolamentava anche la frontiera con il Sudan; l'accordo stipulato fra Etiopia e Gran Bretagna il 16 maggio 1908. Nel 1952, però, a seguito della federazione dell'Eritrea all'Etiopia, i trattati cessarono di esistere. L'Etiopia infatti li dichiarò “*null and void*” quando fu creata la federazione fra i due Stati¹¹².

Tuttavia, l'estinzione dei trattati confinari non è di ostacolo ad una applicazione degli stessi, se sorretta, ovviamente, dalla volontà delle parti.¹¹³ Volontà che va intesa non nel senso di far rivivere i trattati citati, ma di ricostruire il confine oggi sulla base di come esso si presentava in epoca coloniale, quando esistevano le due colonie di Eritrea ed Etiopia. La forza della soluzione arbitrale starebbe dunque nell'aver permesso la ricostruzione del confine di epoca coloniale altrimenti irrealizzabile, attraverso il richiamo volontario delle parti ad un diritto ormai inapplicabile. Solo così le parti hanno potuto assicurarsi l'assetto confinario che preferivano, mantenendo comunque la garanzia di una delimitazione (e una soluzione della controversia) basata su criteri giuridici.

¹¹² La federazione fu proclamata dall'Etiopia l'11 settembre 1952 e contestualmente venne emesso il Decreto n.6 con il quale venivano dichiarati nulli i trattati del 1900, 1902 e 1908. Ma già precedentemente gli stessi trattati potevano considerarsi estinti per *debellatio* dello Stato etiope, allorquando fu annesso dall'Italia alle proprie colonie di Eritrea e di Somalia nel 1935, Né la costituzione dello Stato di Eritrea nel 1993 avrebbe potuto portare alla rinascita dei trattati, non potendo parlarsi di stato risorto. Cfr. SCIACOVELLI, cit, p.740

¹¹³ Nella giurisprudenza internazionale, diversi sono stati i casi di applicazione di trattati confinari formalmente estinti. Cfr. fra i casi più recenti avanti alla Corte internazionale di giustizia, la controversia di frontiera terrestre e marittima fra *Camerun/Nigeria* (sentenza del 10 ottobre 2002); l'affare dell'*Isola di Kasikili/Sedudu-Botswana/Namibia*, (sentenza del 13 dicembre 1999); l'affare della controversia di frontiera *Libia/Ciad* (sentenza 3 febbraio 1994). Ma cfr. anche l'affare relativo alla sovranità su certe particelle di confine fra *Belgio/Paesi Bassi* (20 giugno 1959); la questione relativa al tempio di *Preah Vihear fra Cambogia /Thailandia* (15 giugno 1962) e la delimitazione della piattaforma continentale *Tunisia/ Libia* (24 febbraio 1982). Si vedano inoltre le sentenze arbitrali relative alla delimitazione della frontiera marittima fra Guinea e Guinea Bissau (14 febbraio 1985) e alla controversia relativa ad alcuni pali confinari fra la Egitto e lo Stato di Israele (31 luglio 1987).

Il riferimento ai confini coloniali rende infatti la questione esaminata dalla Commissione molto precisa e di natura strettamente giuridica. Il mandato si delinea cioè principalmente come opera di interpretazione: non consiste tanto nell'individuare un confine, quanto nell'interpretare dei trattati che delimitavano un confine, che dovrebbe pertanto ritenersi “virtualmente” già esistente. A questo proposito è la stessa Commissione che definisce i criteri da seguire nella propria attività interpretativa.

L'interpretazione dei trattati segue le regole generali di diritto internazionale, e in particolare la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati. In particolare, il trattato deve essere interpretato in buona fede e in conformità con il significato ordinario da assegnarsi ai termini del trattato, nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e scopo¹¹⁴: secondo la Commissione sono questi gli elementi che devono guidare l'interprete nello stabilire la volontà comune delle parti¹¹⁵. I trattati devono poi essere interpretati applicando la dottrina della contemporaneità (*tempus regit actum*), ovvero facendo riferimento alle circostanze esistenti al tempo della conclusione del Trattato e attribuendo alle espressioni e ai nomi usati nel trattato il significato che avevano in quel momento¹¹⁶. Proprio la ricostruzione della volontà delle parti, impone all'interprete di non fermarsi alla lettera del testo, ma di verificare anche come le parti hanno dato applicazione ai trattati. In questo senso la Commissione deve verificare se e in che modo la condotta successiva delle parti, nell'esecuzione dei trattati, abbia modificato le previsioni testuali.

¹¹⁴ Art.31 par.1 della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati del 1969 . Cfr par.3.4 della decisione la Commissione.

¹¹⁵ La ricostruzione della *common will* delle parti è al centro dell'opera di interpretazione della Commissione.Cfr par.3.4 della decisione la Commissione, ove cita il lodo *Palena* (Argentina/Chile Frontier Case 1966). Ma si vedano anche altri passaggi, ad esempio, cfr. par.5.16.

¹¹⁶ Cfr. par.3.5 della decisione. Il criterio è di particolare importanza, posto la indeterminatezza di molti nomi geografici. Cfr. SHAW, *Title, Control and Closure? The Experience of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission*, in *ICLQ*, 2007, 755, in particolare 762. Il criterio è stato applicato anche dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Cameroon/Nigeria*, par.59. Secondo la Commissione, peraltro, il criterio della contemporaneità non impedisce però l'utilizzo delle conoscenze scientifiche più moderne, per stabilire a cosa effettivamente le parti intendessero riferirsi. Cfr. nello stesso senso, il caso *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, *ICJ Reports* 1999, p.1060.

L'argomento non è certamente nuovo nel panorama internazionale e attiene al problema generale dell'interpretazione dei trattati: la condotta successiva rientra innanzitutto fra gli strumenti interpretativi indicati dall'art. 31 della Convenzione di Vienna e il suo valore è stato anche oggetto di sentenze e lodi internazionali¹¹⁷. La condotta successiva serve all'interprete per cogliere la reale intenzione comune delle parti o la loro volontà di modificare la previsione originale di un trattato, costituendo in questo caso un nuovo accordo implicito¹¹⁸, che andrebbe a cambiare e adattare il confine coloniale. In questo senso la condotta successiva sarebbe analizzata solo nell'ottica dell'interpretazione e applicazione del trattato. La natura e la misura di questa variazione del trattato deve essere materia di valutazione da parte dell'interprete. La stessa Commissione ha affermato che :

*“the effect of subsequent conduct may be so clear in relation to matters that appear to be the subject of a given treaty that the application of an otherwise pertinent treaty provision may be varied, or may even cease to control the situation, regardless of its original meaning”.*¹¹⁹

La prassi idonea a modificare l'accordo, secondo la Commissione, si può ricostruire identificando la condotta di una delle parti che ragionevolmente ci si aspetterebbe fosse apertamente respinta. La mancata espressa opposizione ad un comportamento in deroga ad una previsione del Trattato implica una

¹¹⁷ Cfr. Art.31 par. 3 b Conv. Vienna, nonché il Parere consultivo della Corte internazionale di giustizia sulle conseguenze giuridiche per gli Stati della presenza continua dell'Africa del Sud in Namibia del 21 giugno 1971, *ICJ Reports* 1971, p.22, ove la Corte affermò che la richiesta di un parere consultivo da parte del Consiglio di Sicurezza, nonostante l'astensione dal voto di due membri permanenti, era valida perché gli stessi membri permanenti avevano costantemente e uniformemente interpretato la volontaria astensione come non ostativa all'adozione della risoluzione. La previsione dell'art.27 (3) della Carta, secondo cui la risoluzione del Consiglio di sicurezza dovrebbe essere adottata con il voto di nove membri inclusi i membri permanenti, sarebbe in questo modo stata modificata da una prassi successiva generalmente accettata.

¹¹⁸ SCOVAZZI *Corso di diritto internazionale. Trattati, norme generali, adattamento*, Milano 2006, p.61. Nell'applicazione delle disposizioni di un trattato, dalla quale risulti l'accordo delle parti circa l'interpretazione del trattato stesso, si avrebbe una sorta di interpretazione autentica in via implicita, tramite una serie concludente e univoca di comportamenti.

¹¹⁹ *EEBC Award*, par 3.8. La Commissione cita in questo passaggio sia il *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, *PCIJ, Rep. Series A Nos 20 /21*. pp.5, 38 e il caso Namibia, *ICJ Reports* 1971, p.22.

condivisione della nuova prassi. La Commissione cita il caso *Temple of Preah Vihear*, nel quale la Corte internazionale di giustizia ha affermato che una prassi non espressamente respinta modifica a tutti gli effetti il trattato, al punto che allo Stato che non si è opposto è preclusa ogni possibilità di rifiutare la validità della condotta degli altri Stati parti. Si parla appunto in questo caso di preclusione, acquiescenza, o di accordo implicito o tacito.¹²⁰ La Commissione porta ad esempio anche il caso dell'arbitrato *Taba* tra Egitto e Israele, ove emerge la conferma che una chiara previsione del trattato possa essere modificata dalla condotta successiva delle parti¹²¹. In quel caso il trattato prevedeva che i cippi per la demarcazione del confine dovessero essere posizionati in punti intervisibili lungo il confine. Il cippo finale, che era uno di quelli maggiormente contestati tra le parti, era stato posizionato in un punto non visibile dal cippo precedente. Sebbene il Tribunale abbia riconosciuto che l'accordo non prevedeva alcuna eccezione all'intervisibilità, nondimeno ha rilevato che, durante il periodo critico, la posizione del cippo era stata riconosciuta dalle parti e accettata dalle stesse. In quel caso si era invocato l'errore, ma il Tribunale aveva affermato l'impossibilità di modificare la demarcazione così come riconosciuta da tempo sulla base di un errore, in conformità al principio della stabilità dei confini¹²².

Così intesa, dunque, la condotta successiva delle parti in esecuzione di un trattato deve considerarsi come un "blocco unico", insieme con il trattato stesso. In questo senso, poiché il compromesso arbitrale contenuto

¹²⁰ *Temple of Preah Vihear- Cambodia/Thailand*, ICJ Reports 1962, p.6., cit, nota 39 Gli elementi per una variazione dell'accordo sarebbero dunque: 1) un'azione od omissione (non importa se ritenuta conforme ad una regola pattizia o consuetudinaria); 2) la conoscenza, effettiva o presunta, dell'altra parte di tale azione o omissione e 3) la mancanza di un rifiuto o di una dissociazione. Allo stesso modo, la regola vincola la parte che ha dato inizio alla nuova prassi, la quale non può successivamente agire in maniera incompatibile con la sua precedente condotta. EEBC Decision par. 3.9.

¹²¹ *Arbitral Award in the Dispute concerning certain Boundary Pillars between the Arab Republic of Egypt and the State of Israel*, cit, 80 ILR 226 (1988), 27 ILM 1421 (1988). EEBC Decision par.3.9

¹²² *Arbitral Award in the Dispute concerning certain Boundary Pillars between the Arab Republic of Egypt and the State of Israel (Taba)*, cit., par.235. Sul principio della stabilità dei confini si era già pronunciata la Corte Internazionale di Giustizia nel citato caso *Temple*, ICJ Reports 1962, p.34

nell'Accordo di Algeri richiama come diritto applicabile tre trattati che in quel momento non sono in vigore tra le parti la condotta successiva delle parti modificativa dei trattati dovrebbe essere intesa, in senso stretto, come quella che le parti hanno tenuto fino a quando i trattati sono stati in vigore.

7. Il Diritto internazionale e condotta successiva delle parti

Compresa l'importanza del riferimento ai trattati coloniali, scelti come base del ragionamento giuridico, è importante definire il ruolo degli altri criteri richiamati dalle parti e in particolare del diritto internazionale applicabile.

Il diritto internazionale consuetudinario applicabile, può, innanzitutto essere limitato alle regole di interpretazione dei trattati: in questo caso il richiamo servirebbe solo a garantire che l'interpretazione avvenga secondo criteri internazionali, in particolare secondo l'art.31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Era questa, in particolare, la tesi dell'Etiopia. Così inteso, però, ovvero limitato alle regole di interpretazione, la menzione del diritto internazionale potrebbe essere considerata solo *ad abundantiam*: data la natura di trattati internazionali del diritto applicabile scelto, le stesse regole avrebbero ragionevolmente guidato in ogni caso l'interpretazione della Commissione, sia perché le parti non hanno indicato alcun criterio interpretativo nell'Accordo di Algeri, sia perché i criteri giuridici erano comunque necessari, posto il divieto di un giudizio *ex aequo et bono*.

Il riferimento dell'art.4 dell'Accordo al diritto internazionale è stato inteso dalla Commissione in maniera molto diversa. Il diritto internazionale trascende le semplici regole di interpretazione dei trattati, ma richiama delle precise regole materiali, ovvero ogni norma sostanziale di carattere generale che possa essere rilevante nel caso¹²³. La Commissione cita a fondamento della propria lettura dell'Accordo la decisione della Corte internazionale di giustizia relativa al caso *Kasikili/Sedudu*. In quel caso la Corte decise infatti che il riferimento ai principi di diritto internazionale non dovevano essere limitati

¹²³ Decisione, par.3.15

alle regole di interpretazione dei trattati, ma dovevano comprendere anche le regole consuetudinarie che potessero venire in rilievo, come prescrizione o acquiescenza¹²⁴.

Questa lettura del trattato ha permesso alla Commissione di dare una configurazione più ampia al suo mandato: se il richiamo al diritto internazionale non viene considerato come limitato al diritto internazionale relativo all'interpretazione dei trattati, ma comprende anche le regole consuetudinarie che possano essere rilevanti nel caso, la Commissione è allora chiamata ad operare una ricostruzione del confine non solo sulla semplice base dei trattati, ma anche attraverso le regole di diritto internazionale generalmente applicabili alla delimitazione di confini contestati.

Infatti il confine, così come stabilito nei trattati, può avere subito diverse modifiche nel corso degli anni. Le parti, scegliendo di delimitare le frontiere anche in base al diritto internazionale, decidono di non trascurare quelle variazioni che possono essersi consolidate e che si basino su norme di diritto internazionale. Quel che rileva è, più in generale, la condotta delle parti successiva ai trattati (*subsequent conduct*), non più come strumento interpretativo del testo dei trattati, per determinare la comune volontà delle parti, o come accordo tacito o implicito di modifica convenzionale, ma piuttosto in quanto autonomo fattore modificativo dell'assetto confinario stabilito dai trattati, in ossequio a regole di diritto internazionale consuetudinario. In particolare la Commissione ha fatto riferimento all'istituto dell'acquiescenza, cercando di rilevare se il comportamento tenuto delle parti, di fronte ad un'altrui pretesa resa pubblica o di fronte a una situazione comunque nota, potesse considerarsi come un'assenza di una volontà contraria. L'acquiescenza è riscontrabile infatti di fronte ad una situazione che si consolida nel silenzio della parte che avrebbe interesse ad opporvisi.¹²⁵

¹²⁴ *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia, cit, ICJ Reports, 1999, par.91-93.*

¹²⁵ SPERDUTI *Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale*, in *RDI*, 1961, p.3 ss, p.8. Cfr. anche BROWNLIE, *Principles of Public International Law* 5, 1998, p.153 ss.; JOHNSON, *Acquisitive Prescription in International Law*, in *BYIL*, 1950, 27, p.332-354 e

Secondo la Commissione si può dunque parlare di prassi modificativa dei trattati sia come strumento interpretativo, in relazione ad un comportamento tenuto dalle parti in esecuzione dei trattati stessi, sia rispetto ad ogni esercizio di sovranità che possa far considerare come superata la delimitazione operata dai trattati stessi.

Il richiamo al diritto internazionale e alla condotta successiva delle parti fungono così da correttivo rispetto ad una delimitazione basata sul ripristino dei confini coloniali: emerge una precisa volontà di dare rilevanza alle regole di diritto internazionale consuetudinario che ricollegano conseguenze giuridiche alla situazione determinatasi in fatto successivamente alla stipulazione dei trattati, portando a modificare la delimitazione da questi stabilita. Non si può quindi affermare che il lavoro della Commissione sia consistito solo nell'interpretazione dei trattati, in quanto essa ha ricostruito anche gli effetti della condotta rilevante secondo il diritto internazionale consuetudinario applicabile alla delimitazione dei confini. Dal lavoro della Commissione così impostato, emerge allora la volontà di procedere ad una ricostruzione del confine ben più complessa di quel che il Trattato stesso sembrava presupporre. Sebbene lo stesso tribunale arbitrale non abbia mai qualificato la propria decisione come creazione di un nuovo confine, ma sempre come ricostruzione di quello identificato dai trattati¹²⁶, ha dato comunque spazio e ampia considerazione a quelle modificazioni dovute alle condotte delle parti.

E' la Commissione stessa, nella propria decisione, ad esporre quali elementi ha considerato idonei a rilevare l'acquiescenza delle parti di fronte a modifiche della posizione del confine rispetto alla delimitazione contenuta nei trattati. Essi sono:

MACGIBBON *The Scope of Acquiescence in International Law*, in *BYIL*, 1954, 31, p.143-186 entrambi riportati in SHAW (edited by), *Title To Territory*, Aldershot Hants England, 2005, p. 273 ss e p.347 ss.

¹²⁶ In questo modo, ad esempio, si spiega la decisione della Commissione di respingere la identificazione del confine nel settore orientale tramite il metodo degli archi e dei cerchi. Cfr. KAIKOBAD, *The Eritrea-Ethiopia Boundary Commission*, cit.

- 1) le carte geografiche (maps);
- 2) le attività sul territorio tendenti a dimostrare l'esercizio della sovranità (*effectivités*);
- 3) gli scambi di note diplomatiche verbali o altre asserzioni e contestazioni di sovranità fra le parti, anche davanti alla Commissione.

8. (segue) Mappe

Le parti hanno prodotto una vasta quantità di carte geografiche (maps), che la Commissione ha considerato in diversa misura rilevanti per accertare il consolidarsi di una linea di confine diversa da quella descritta nei trattati confinari. Come accennato le carte geografiche sono valutate dalla Commissione come elemento a conferma di una acquiescenza verso un determinato assetto confinario. Il loro valore, quindi, è correlato al grado di certezza e affidabilità che riescono a fornire dell'accettazione delle variazioni della delimitazione. In questo senso, per valutare il reale valore delle carte come prova dell'acquiescenza, la Commissione ha valutato sostanzialmente due aspetti: da un lato la precisione e la determinatezza intrinseca della mappa, ovvero il suo valore cartografico; dall'altro, l'utilizzo fatto dalle parti della carta stessa, onde valutare il grado di affidabilità che le parti hanno riposto nella delimitazione ivi contenuta.

Le carte geografiche dotate di maggiore rilevanza probatoria, sono in questo senso quelle annesse a un trattato, che sono illustrazione della delimitazione ivi contenuta e ausilio per l'interpretazione del testo scritto, come quella annessa al trattato del 1900:

*“where a map is made part of a treaty, then it shares the legal quality of the treaty and is binding on the parties”*¹²⁷

In questo caso la carta geografica assume lo stesso valore del trattato per cui ogni eventuale differenza con il testo del trattato stesso non può considerarsi

¹²⁷ Decisione par 3.20.

una variazione successiva del confine, ma una delimitazione concorrente di pari valore¹²⁸.

Le carte geografiche che non sono parte di un trattato, invece, vanno valutate di volta in volta per poterne apprezzare il reale valore probatorio¹²⁹: occorre tenere conto della provenienza, della accuratezza, della riproduzione in scala, della qualità cartografica, del grado di pubblicità della cartina e soprattutto della diffusione che ha avuto e dell'acquiescenza ricevuta dalle parti. Un particolare valore probatorio assumono, ad esempio, le carte che siano sfavorevoli agli interessi della parte stessa che le ha prodotte in giudizio, nonché le carte che sono state usate per negoziazioni¹³⁰. Una carta geografica che proviene da un terzo, invece, non potrà avere un forte valore legale o costituire una prova significativa, salvo che non sia stata contestata dalle parti: si potrebbe, in questo caso, ragionevolmente presumerla come accettata e quindi priva di errori. Se poi la carta geografica, in una scala sufficiente ad identificare e descrivere la zona confinaria contestata, fosse prodotta da un ente governativo di una delle parti, messa a disposizione e non respinta dalla controparte, questa potrebbe avere un valore probatorio ancora più significativo¹³¹. In questi casi, cioè, non sono tanto le cartine a produrre effetti legali, ma piuttosto l'acquiescenza della controparte relativamente alle mappe stesse¹³².

¹²⁸ Dopo una certa diffidenza verso l'utilizzo di carte geografiche nei procedimenti di delimitazione confinaria, che portava sempre a far prevalere il testo di un trattato rispetto alla mappa annessa in contrasto, si è ormai affermato il pieno valore delle carte geografiche annesse ai trattati. Cfr. caso *Temple of Preah Vihear- Cambodia/Thailand*, cit, p.21 ss. G. WEISSBERG *Maps as Evidence in International Boundary Disputes: A Reappraisal*, in *AJIL*, 1963, pp.781-803, p.792.

¹²⁹ Cfr. JENNINGS/ WATTS (edited by) *Oppenheim's International Law*⁹, Londra, 1993, vol.1, p.633: "General maps, not part of, or illustrating the delimitation or demarcation process may, of course, be used as evidence of an interpretation of a boundary settlement. In this case their weight as evidence will depend in each case on their relevance merit"

¹³⁰ E' questo l'approccio utilizzato dalla Commissione rispetto alla cartina del Mai Daro map. Decisione par 3.21.

¹³¹ E' il caso della *Comando del Corpo di Stato Maggiore Map, 1904*. Decisione par. 5.56

¹³² Decisione par. 3.22

E' chiaro, però, che se la cartina non fornisce una prova uniforme e chiara, sarà in ogni caso considerata ambigua¹³³. Tuttavia la Commissione ha preso in considerazione anche carte geografiche non particolarmente dettagliate, per ricostruire la cosiddetta “segnatura” della mappa, cioè, la sua forma generale, il profilo o contorno, considerato come un aspetto distinto dai dettagli della cartina stessa. Il valore del profilo generale della mappa deve essere valutato con comprensibile cautela, poiché la segnatura può non avere quella sufficiente precisione e chiarezza che autorizza una eventuale trasposizione della mappa su più larga scala. Comunque, nel caso la segnatura o la forma generale sia sufficientemente chiara e specifica, e disegnata in modo preciso, la Commissione “*must attribute to such a general shape the appropriate legal consequences*”¹³⁴. La Commissione ha distinto fra una segnatura a conferma di una linea già stabilita, e una tesa a dimostrare negativamente che il confine non esiste in altro luogo¹³⁵. Ad esempio la Commissione ha rilevato che, a parte tre precedenti carte italiane e una etiopica del 1923, relativamente al trattato del 1902 che copre il settore occidentale, tutte le altre mappe rilevanti mostravano che la linea di confine reclamata dall'Eritrea era quella che appariva come la “segnatura tradizionale”, costituita da una linea retta che univa due punti (identificati nella delimitazione come Punto 6 e Punto 9). Anche in questo caso, l'Etiopia non aveva sollevato obiezioni tempestive a queste cartine, e persino altre cartine prodotte dall'Etiopia mostravano lo stesso confine. Conseguentemente, la Commissione ha concluso che queste mappe avevano il valore di “*subsequent conduct or practice of the Parties evidencing their mutual acceptance of a boundary corresponding to the Eritrean claim line*”¹³⁶.

¹³³ Decisione par. 4.67 (a proposito della zona di Belesa), 4.82-4.83 (a proposito della Endeli projection), 4.90 (a proposito della zona di Endeli/Ragali) and 6.33 (a proposito di tutto il settore orientale).

¹³⁴ Decisione par 3.24.

¹³⁵ Decisione Par. 3.25

¹³⁶ Decisione par 5.88. Cfr. anche Appendix A, par. A33 e seg. Inoltre la Commissione ha sottolineato come la linea così uniformemente stabilita nelle mappe può essere prova

Sempre allo scopo di valutare la precisione e la attendibilità della carta geografica, la Commissione ha chiarito il significato di alcuni termini contestati presenti sulle mappe . Le contestazioni dei termini non privano automaticamente la mappa di valore probatorio, fintanto che la mappa “*still stands as an indication that, at the time and place the map was made, a cartographer took a particular view of the features appearing on the map*”. Il mancato riconoscimento dei termini semplicemente significa che non è stato accordato un riconoscimento legale: esso influisce sul peso da attribuire alla cartina, ma non ne esclude l’ammissibilità¹³⁷.

9. (segue) Attività sul territorio tendenti a dimostrare l’esercizio della sovranità (*effectivités*)

Il secondo elemento rivelatore di un assetto confinario diverso da quello contenuto nei trattati è costituito da quelle attività sul territorio, svolte dalle parti, che costituiscono un esercizio di sovranità.¹³⁸ Lo svolgimento di attività sovrane, in conformità al principio di effettività, può infatti avere creato e consolidato una situazione confinaria diversa da quella delineata dei trattati.

Il rapporto fra le *effectivités* e il titolo è stato considerato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Burkina Faso / Mali* . Nel caso in cui corrispondano alla sovranità affermata in un titolo valido (come un trattato), le attività svolte sul territorio possono considerarsi come un semplice elemento a conferma del titolo stesso. Hanno inoltre un ruolo essenziale nell’interpretazione del titolo, qualora risulti ambiguo¹³⁹, e devono sempre essere prese in considerazione come elementi di prova della sovranità qualora

dell’accettazione delle parti di quella linea come limite orientale del territorio di Cunama, trasferito all’Eritrea dal trattato del 1902, Decisione par 5.89.

¹³⁷ Decisione Par 3.28.

¹³⁸ Decisione Par 3.16. irrilevante è invece l’attività dei privati. Cfr *Observations of the Boundary Commission* del 21 Mar 2003, par 17. Cfr. anche *Botswana/Namibia* , cit, 1045, 1105 e *Indonesia/Malaysia*, cit, par. 140.

¹³⁹ *Frontier Dispute Burkina Faso/ Mali*, ICJ Reports 1986, 554, 586-7. Cfr. inoltre i casi *El Salvador/Honduras (Nicaragua Intervening)*, cit, 398 e *Cameroon/ Nigeria*, cit, par. 68-70.

invece non esista alcun titolo giuridico. Il problema sorge, però, quando la realtà non corrisponde al titolo e uno Stato eserciti la propria sovranità sul territorio di un altro Stato che ne avrebbe invece valido titolo. In questo caso, secondo la Corte, deve essere data preferenza al titolo¹⁴⁰.

Anche la Commissione ha sposato questa impostazione della Corte internazionale e i trattati coloniali sono quindi stati considerati prevalenti rispetto alle attività sovrane svolte. Comunque, questo non significa, secondo la Commissione, che una previsione ambigua non possa essere chiarita attraverso la prassi successiva delle parti o che le parti stessi non possano conseguentemente decidere di modificarla. In questo senso, la Commissione ha preso in considerazione non tanto l'attività dello Stato, quanto il confronto con la reazione tenuta dallo Stato controparte,¹⁴¹ facendo anche in questo caso riferimento all'istituto dell'acquiescenza. Il confine stabilito nel titolo giuridico costituito dai trattati può dunque essere modificato qualora le parti, anche implicitamente, abbiano accettato una diversa delimitazione¹⁴². In particolare, dove il titolo era incerto o indeterminato, la Commissione ha accettato di considerare la condotta delle parti come decisiva nel rilevare una stabilizzazione dell'esercizio della sovranità, purché accompagnata ad una non opposizione della controparte¹⁴³. E' questa una possibilità contemplata anche

¹⁴⁰ *Frontier Dispute Burkina Faso/ Mali*, cit, par.63: "Where the act does not correspond to the law, where the territory which is the subject of the dispute is effectively administered by a State other than the one possessing the legal title, preference should be given to the holder of the title. In the event that the effectivité does not co-exist with any legal title, it must invariably be taken into consideration." Inoltre ".....there are cases where the legal title is not capable of showing exactly the territorial expanse to which it relates. The effectivité can then play an essential role in showing how the title is interpreted in practice".

¹⁴¹ Par. 3.29 della Decisione

¹⁴² Cfr. quanto detto precedentemente a proposito dell'interpretazione dei trattati e della condotta successiva delle parti, par.11 di questo stesso capitolo. In particolare, cfr. il caso *Temple of Preah Vihear- Cambodia/Thailand*, cit, p.6., citato in nota.

¹⁴³ A proposito del rapporto fra stabilizzazione dei confini e acquiescenza, cfr. KAIKOBAD *Some Observations on the Doctrine of Continuity and Finality of Boundaries*, in *BYIL*, 1984, 54, pp.119-141, riportato in SHAW, *Title to Territory*, cit, p. 299 ss. "Nevertheless, the general principles of acquiescence and estoppel do have particular relevance to matter of boundaries and (...) the rule in this respect is that long and uninterrupted maintenance of a boundary by one State against another will preclude the latter from contesting the validity or location of that line at a subsequent period of time, provided that she had knowledge of such administration, or was in a position to

dalla Corte internazionale di Giustizia nel caso *Cameroon/ Nigeria*: dopo aver sottolineato che non poteva modificare la linea di un confine fissato da un accordo di delimitazione, la Corte ha concluso che nella zona Sapeo le parti avevano accettato che quell'area fosse in territorio nigeriano, contrariamente a quanto affermato dall'accordo stesso¹⁴⁴. La stessa regola era stata confermata nel caso *El Salvador/Honduras*, ove la Corte aveva affermato che i confini stabiliti potevano essere variati da un accordo tra gli Stati e che “*some forms of activity, or inactivity, might amount to acquiescence in a boundary other than that of 1821 [established by virtue of uti possidetis]*”.¹⁴⁵

La Decisione della Commissione dunque rafforza l'idea che le *effectivités* abbiano un ruolo decisivo ove ci sia qualche dubbio o ambiguità relativamente alla linea tracciata dal trattato confinario e che è possibile una modifica nella linea del trattato ad opera delle parti, ma occorre una prova chiara dell'accettazione della parti della modifica stessa. Questa accettazione è stata rilevata, come si vedrà a breve (*infra* paragrafo 16), a proposito di Zalambessa¹⁴⁶, Tserona, Fort Cadorna¹⁴⁷ e Bure¹⁴⁸.

E' chiaro inoltre che la condotta successiva, per essere rilevante, deve innanzitutto essere inequivocabilmente modificativa della lettera del trattato. La Commissione ha preso in considerazione diverse attività svolte dalle parti come esercizio della propria sovranità: provvedimenti di carattere legislativo, amministrativo o giudiziario. Esempi delle cosiddette *effectivités* sono stati: l'installazione di impianti telefonici e telegrafici, l'indizione di elezioni e del referendum per l'indipendenza dell'Eritrea, l'organizzazione di un censimento, il mantenimento di registri locali di nascite e morti, il pagamento di tasse e altri

have acquired such knowledge, but failed to reserve her rights to the location of the alignment or the territory attributed to it.”, p. 122.

¹⁴⁴ *Cameroon/ Nigeria*, cit, par. 144 La Corte ha inoltre dichiarato che, durante l'esame della situazione intorno al lago Chad, il fatto che potesse esserci stata acquiescenza ad un cambiamento del trattato da parte di uno Stato poteva non essere “*wholly precluded as a possibility in law*”, par.68.

¹⁴⁵ *El Salvador/Honduras*, cit, 351, 408-9.

¹⁴⁶ Par 4.75 della Decisione

¹⁴⁷ Par 4.70-4.71

¹⁴⁸ Par.6.31

tributi, la concessione di licenze commerciali e minerarie, lo stabilimento di uffici doganali, l'amministrazione di forniture di carburanti, l'organizzazione di amministrazioni locali, la regolamentazione di istituti religiosi e sociali, di ospedali (in particolare per debellare la malaria) lo stazionamento di posti dell'esercito e di polizia, nonché diversi atti compiuti dalla amministrazione militare britannica dal 1941 al 1952¹⁴⁹.

La Commissione ha più in generale dichiarato che

“the actions of a state pursued à titre de souverain can play a role, either as assertive of that state's position or, expressly or impliedly, contradictory of the conduct of the opposing state. Such actions may comprise legislative, administrative or judicial assertions of authority over the disputed area”

Non esiste uno standard di durata o intensità di questi esercizi di sovranità, anche se la Commissione ha dato diverse sfumature alle attività amministrative che potevano giustificare un cambiamento rispetto alle previsioni del trattato. Ad esempio, ha distinto tra attività “*stronger*” e attività di “*greater impact*”¹⁵⁰. Gli effetti di ogni attività dipendono da vari fattori, tra cui l'estensione e la natura del territorio, della popolazione, il periodo durante il quale è stata condotta, l'esistenza di comportamenti contraddittori o di proteste da parte dell'altro Stato.

In ogni caso la Commissione ha generalmente cercato una prova rigorosa prima di riconoscere una variazione al testo dei trattati¹⁵¹ e nella maggior parte dei casi ha ritenuto le *effectivités* ambigue o insufficienti a modificare il titolo. Solo ove le attività esercitate si siano accompagnate, poi, ad una acquiescenza, più o meno esplicita, della controparte la Commissione ha provveduto ad una revisione della delimitazione coloniale.

¹⁴⁹ Cfr. par. 4.65, 4.74, 4.80, 4.88, 5.92-5.95 e 6.25-6.32 della Decisione

¹⁵⁰ Cfr. Decisione par.4.84-4.85

¹⁵¹ Critico nell'operazione di bilanciamento fra titolo e condotta successiva operata dalla Commissione, KOHEN *Le Relation Titre/Effectivites dans le Contentieux Territorial à la Lumière de la Jurisprudence Récente*, in RGDIP, 2004, pp.561-595; KOHEN *The Decision on the Delimitation of the Eritrea/ Ethiopia Boundary of 13 April 2002*, in KOHEN, *Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leiden 2007, p.767-779

10. (segue) Scambi di note diplomatiche verbali o altre asserzioni e contestazioni di sovranità fra le parti, anche davanti alla Commissione

La terza fonte dalla quale emerge una condotta delle parti idonea a modificare la delimitazione coloniale è costituita dagli scambi di note, diplomatiche e non. Le relazioni diplomatiche, le affermazioni e le contestazioni fra le parti forniscono infatti la prova della acquiescenza o della opposizione di una parte alle eventuali rivendicazioni dell'altra¹⁵².

Scambi di corrispondenza e di attività diplomatiche fra le parti hanno ad esempio permesso alla Commissione di concludere, come si vedrà a breve, che fino al 1935 il confine occidentale si era cristallizzato lungo la linea retta che univa i punti identificati come punto 6 e punto 9¹⁵³. Relativamente al settore centrale, scambi di note hanno fatto ritenere alla Commissione che le parti avessero accettato che Zalambessa fosse parte dell'Etiopia¹⁵⁴, così come nel settore orientale si è ritenuto provato un accordo fra le parti che collocava il confine a Bure¹⁵⁵.

Questa categoria di prova della acquiescenza relativa alla condotta successiva delle parti includerebbe anche “*assertions or admissions made in the course of the proceedings before a tribunal*”¹⁵⁶. La Commissione si è riferita in particolare ad una affermazione dell'Etiopia nella propria replica, secondo cui Fort Cadorna e Tserona erano per lo più in incontestati territori eritrei. La Commissione ha interpretato questa affermazione, contenuta in un documento formale, come una ammissione esplicita di cui si doveva tenere

¹⁵² Cfr. Decisione par 3.16, 4.66, 4.75 e 4.81

¹⁵³ Decisione par 5.46-5.81

¹⁵⁴ Decisione par 4.75 In fase di demarcazione, la Commissione ha fissato il punto di partenza per l'indicazione del confine ad ovest tra Eritrea, Etiopia e Sudan e ha ritenuto che il trattato del 1902 fosse stato modificato dagli accordi fra Sudan ed Eritrea del 18 febbraio 1903 e del 1 febbraio 1916 e che l'Etiopia avesse accettato la nuova demarcazione attraverso uno scambio di note del 18 luglio 1972. Cfr. *EEBC Commission's Comments on its Statement of 27 Nov 2006*, par. 1, reperibile su www.pca-cpa.org

¹⁵⁵ Decisione par 6.30

¹⁵⁶ Decisione 3.30.

conto e ha di conseguenza modificato la linea tracciata dal trattato del 1900 in modo da includere Fort Cadorna e Tserona nel territorio Eritreo¹⁵⁷.

11. Delimitazione e variazioni del tracciato coloniale

Si può ora descrivere concretamente la delimitazione del confine tracciata dalla Commissione nei diversi settori, sottolineando le variazioni che la Commissione ha voluto apportare al tracciato descritto nei trattati coloniali.

a) Settore Occidentale

Nel settore ovest la Commissione ha affermato che la situazione confinaria si era pressoché stabilizzata intorno al 1930. In particolare la Commissione ha ritenuto che il trattato del 1902 avesse subito diverse modifiche fino all'invasione dell'Abissinia da parte dell'Italia nel 1935. Da quell'anno in poi, invece, le carte geografiche analizzate dalla Commissione confermano che il confine fra Setit e Mareb, che si estendeva lungo una linea retta, si era cristallizzato ed era stato accettato dalle parti. L'Etiopia però affermava che, successivamente a tale data e fino a dopo l'indipendenza dell'Eritrea nel 1993, aveva continuato ad amministrare la zona intorno all'attuale villaggio di Badme¹⁵⁸, che la linea confinaria del 1935 poneva invece in territorio eritreo. Le prove di una prassi modificativa del tracciato sottoposte alla Commissione, consistevano in carte geografiche, documenti ufficiali e provvedimenti amministrativi.¹⁵⁹ Esaminando però i maggiori eventi occorsi dopo il 1935, fino all'indipendenza dell'Eritrea, la Commissione ha concluso che “ *the boundary of 1935 remained the boundary of today*”.¹⁶⁰ La Commissione, infatti, ha dichiarato di avere analizzato con molta attenzione le prove fornite dall'Etiopia delle proprie attività nella zona occidentale del confine reclamato dall'Eritrea, ma di non averle ritenute rilevanti. In particolare, tali attività non erano state provate nella memoria presentata dall'Etiopia, ma erano state

¹⁵⁷ *ibid* par 4.69-4.71.

¹⁵⁸ Cfr. Par. 5.90-5.95 della Decisione. Vedi *retro* paragrafo 10 nota...

¹⁵⁹ Par. 5.44-5.90.

¹⁶⁰ Par. 5.91

introdotte solo nella contro-memoria, né tali motivazioni erano state sviluppate nella replica successiva dell’Etiopia¹⁶¹. Inoltre, la Commissione ha rilevato che l’area sulla quale l’Etiopia vantava una certa attività amministrativa consisteva al massimo in un quinto della zona contesa, e non si estendeva in modo significativo lungo la linea di confine. La Commissione ha dunque concluso di non trovare negli elementi sottoposti dall’Etiopia la prova di una amministrazione sostanziale della zona, sufficientemente chiara nella collocazione ed estesa nel tempo, tale da variare il trattato così come si era cristallizzato nel 1935¹⁶².

Nelle cartine che seguiranno, contenute nella Decisione, vengono visualizzati a sinistra i tracciati del confine pretesi dalle parti (in rosa la linea reclamata dall’Etiopia e in verde quella dell’Eritrea), mentre nella cartina a destra il confine così come determinato dalla Commissione.

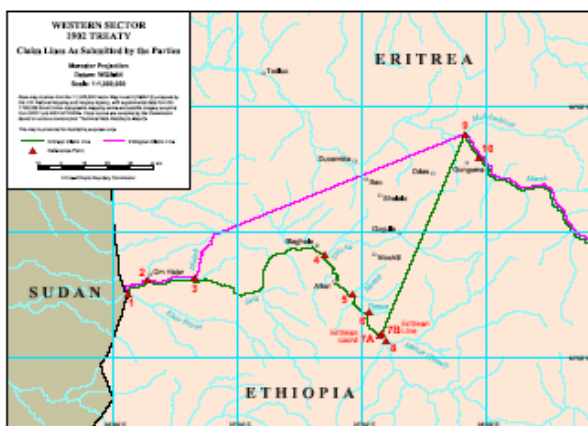


Fig1. Linee di confine reclamate dalle parti



Fig.2. Delimitazione della Commissione

b) Settore Centrale

Anche nel settore centrale la Commissione ha rilevato, in generale, che la condotta delle parti era insufficiente a determinare uno scostamento dalla linea di confine del 1900. La Commissione si è limitata ad affermare che “*the*

¹⁶¹ Par 5.92

¹⁶² Par 5.93-5.95.

*evidence of Eritrean activity is sufficient, in terms of administrative range, quantity, area and period, to justify treating the Acran region as part of Eritrea*¹⁶³. Le uniche eccezioni riguardano le già ricordate Zalambessa, Fort Cadorna e Tserona. A proposito della città di Zalambessa, che non esisteva nel 1900, la Commissione ha dato per certo lo stabilimento di un ufficio doganale a due chilometri dal nord della città¹⁶⁴, e ha ritenuto che la collocazione di detto ufficio ad un lato della città suggeriva fortemente che il confine fosse sullo stesso lato, poiché sarebbe stato inusuale che un centro abitato così popoloso fosse collocato tra un ufficio doganale da un lato e un confine dall'altro. Dalle prove è emerso che l'Eritrea aveva regolari relazioni con l'ufficio doganale etiope, il che rendeva evidente una accettazione dell'appartenenza di Zalambessa all'Etiopia. In più, durante uno scambio di lettere fra i rispettivi ministri degli esteri nel 1996, l'Eritrea aveva riconosciuto la posizione di Zalambessa, ammettendo in territorio eritreo una squadra di rilevamento etiope che voleva fare una ricognizione dei punti che delineavano il confine nell'area. La Commissione ha allora aggiustato la linea di confine del 1900 in modo da porre la città in territorio etiope¹⁶⁵, in ragione del *"considerable number of significant administrative activities by Ethiopian authorities"*, associate all'ammissione dell'Eritrea che la città appartenesse all'Etiopia.

La Commissione ha poi assegnato Fort Cadorna e Tserona all'Eritrea, variand la delimitazione coloniale, basandosi sull'espressa affermazione dell'Etiopia in una delle proprie memorie difensive secondo cui le due città erano *"mostly undisputed Eritrean places"*¹⁶⁶.

Nella parte del settore centrale denominata *Endeli projection*, la Commissione ha concluso che, sebbene l'Etiopia avesse presentato la prova

¹⁶³ Par 4.71 della Decisione. Occorre notare che questa regione non è espressamente segnata sulla carta allegata al lodo.

¹⁶⁴ La Commissione ha ritenuto che probabilmente ci fossero due uffici doganali, ognuno appartenente ad una delle parti e localizzati molto vicini l'uno all'altro. Cfr. par 4.75

¹⁶⁵ Par 4.75 e 4.78 della Decisione

¹⁶⁶ Par.4.69-4.71 della Decisione. Cfr. *retro* paragrafo 15 di questo capitolo.

certa dell'attività amministrativa, l'impatto dell'attività dell'Eritrea era stato più incisivo sulle sponde nord e ovest dell'Endeli e che l'Etiopia non aveva instaurato la sua effettiva sovranità su quelle zone. Conseguentemente, la Commissione ha ritenuto che la linea sancita dal trattato dovesse essere variata in modo da collocare in Etiopia solo le parti più a sud e ad est della *Endeli projection*.¹⁶⁷

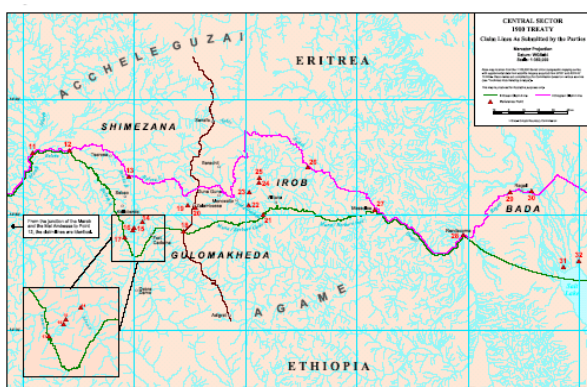


Fig.3 Linee di confine reclamate dalle parti

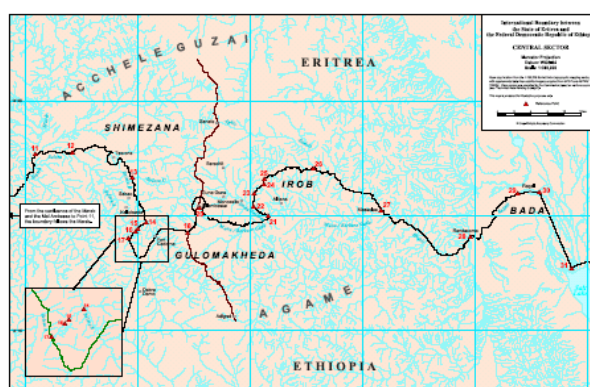


Fig.4 Delimitazione della Commissione

c) Settore Orientale

Nel settore orientale, coperto dal trattato del 1908, la Commissione ha rilevato che le attività condotte dall'Etiopia e dall'Eritrea a titolo di sovranità sostanzialmente confermavano la linea del trattato. Dalle prove è emerso, infatti, che ognuna delle parti ha intrapreso attività solo sulla propria parte di territorio, e perciò non era necessario alcun aggiustamento del confine¹⁶⁸.

Comunque, una situazione particolare è sorta a proposito di Bure. L'Eritrea ha infatti provato che esisteva un accordo espresso fra le parti, che sembrava avere posizionato il confine a Bure. L'accordo era stato firmato da entrambe le parti il 7 novembre 1994 e incorporava un rapporto del 12 luglio 1994. Parte di quel rapporto asseriva che i principali posti di blocco lungo il

¹⁶⁷ Par 4.84-4.85. della Decisione

¹⁶⁸ ibid par 6.25

corridoio Addis-Assab includevano “*Bure Ethiopian border*” e il “*Bure Eritrean border*” . Inoltre, un memorandum dell’Eritrea del 30 aprile 1994 riferiva di mezzi che entravano dall’Etiopia in Eritrea attraverso posti di blocco di Zalambessa e Burre¹⁶⁹. La Commissione allora ha concluso che entrambe le parti avessero concordato che il loro confine comune era situato a Bure e conseguentemente ha ritenuto che il confine “*passes equidistantly the checkpoints of the two parties*”¹⁷⁰.



Fig. 5. Linee di confine reclamate dalle parti

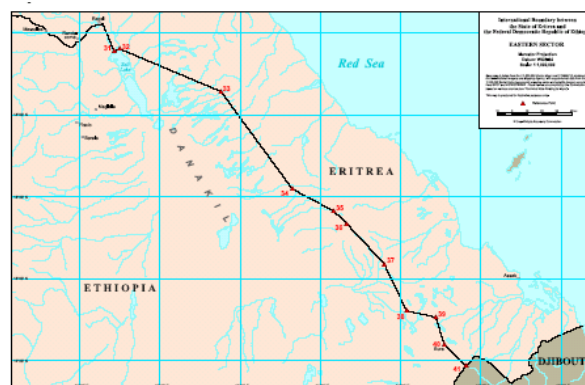


Fig.6 Delimitazione della Commissione

12. Conclusioni sul diritto applicato dalla Commissione

Come si è visto, l’opera di ricostruzione del confine da parte della Commissione è stata piuttosto complessa: era questo però il quadro in cui era obbligata a muoversi in base all’Accordo di Algeri, che, lo ricordiamo, vietava una valutazione *ex aequo et bono*.

La base della delimitazione era necessariamente costituita dai tre trattati di epoca coloniale: le parti volevano infatti una decisione strettamente giuridica e gli unici strumenti esistenti erano i trattati confinari. Anche il

¹⁶⁹ par 6.30 della Decisione

¹⁷⁰ par 6.31 Cfr. *retro paragrafo 15*

richiamo alla Risoluzione dell'OUA del 1964 sembra voler semplicemente ribadire la volontà di ristabilire l'assetto confinario della colonia di Eritrea, quasi come se il nuovo stato fosse nato da un comune processo di decolonizzazione.

Durante il procedimento, tuttavia, le parti si sono rese conto che il confine coloniale non coincideva con la realtà di fatto e che diverse zone sottoposte alla rispettiva sovranità ricadevano nel territorio della controparte. Ogni Stato ha allora cercato di giustificare una delimitazione diversa da quella coloniale sulla base dell'effettiva sovranità esercitata.

E' stata questa probabilmente la ragione che ha portato la Commissione a dare una particolare interpretazione al "*applicable international law*" contenuto nell'art.4 par.2 dell'Accordo. Sebbene fosse ragionevole supporre che, nell'intenzione originaria delle parti, il riferimento fosse limitato alle regole di interpretazione, la previsione del diritto internazionale come fonte di diritto applicabile ha permesso alla Commissione di valutare, anche se con una certa prudenza, eventuali variazioni che il tracciato coloniale aveva subito nel corso degli anni per effetto della condotta delle parti.

In particolare, la Commissione ha fatto spesso riferimento all'acquiescenza, per affermare che una determinata situazione confinaria si era stabilizzata nonostante la diversa previsione del trattato pertinente. La condotta successiva delle parti è stata allora analizzata sia in quanto strumento interpretativo della concreta applicazione dei trattati, sia in quanto elemento costitutivo di istituti riconosciuti dal diritto internazionale consuetudinario.

La possibilità di ammettere variazioni del tracciato coloniale deve essere vista, però, anche alla luce della data critica stabilita come *dies ad quem* per la delimitazione. La Commissione, infatti, interpretando il riferimento alla Risoluzione dell'OUA del 1964 contenuto nell'Accordo di Algeri, ha posto come data critica per determinare la delimitazione il giorno in cui l'Eritrea ha conseguito l'indipendenza, ovvero il 27 aprile del 1993. E' quindi vero che dopo quella data la Commissione non poteva prendere in considerazione

ulteriori variazioni del confine (ovvero quelle intervenute a seguito della guerra 1998-2000), ma è altrettanto vero che era tenuta a valutare ogni comportamento delle parti rilevante fino a quella data.

A questo punto però la ricostruzione della Commissione lascia spazio a diversi dubbi. La condotta successiva delle parti, almeno fino al 1952, anno in cui l'Eritrea è stata federata all'Etiopia e i trattati sono stati dichiarati invalidi¹⁷¹, può essere considerata sia come strumento interpretativo dei trattati, sia come attività rilevante in base al diritto internazionale (è da sottolineare che la Commissione, dopo la formale distinzione iniziale, nel corso della decisione non spiega sotto quale profilo prende in considerazione la condotta degli Stati e quasi sempre parla genericamente di acquiescenza). Ma dopo il 1952 l'Eritrea ha perso la propria soggettività internazionale: non si capisce allora bene come la Commissione abbia potuto valutare la prassi rilevante successiva a tale data, dato che non esisteva più un confine internazionale. Ammettere però che la rilevanza della condotta delle parti si fermi al 1952 significa di fatto fingere che il confine di allora coincidesse con quello realmente esistente nel 1993, e svuotare di significato la fissazione della data critica da considerare.

E' anche vero, però, che se la Commissione avesse dato piena applicazione al principio contenuto nella risoluzione dell'OUA e avesse giudicato determinanti i confini amministrativi esistenti al momento dell'indipendenza, avrebbe rischiato di disattendere le indicazioni fornite dall'Accordo che volevano le frontiere di epoca coloniale come base della delimitazione.

Dalla Decisione non si evince a quando risalgano le attività delle parti, né la Commissione distingue temporalmente la condotta successiva delle parti, perciò è difficile comprendere se abbia affrontato questo problema¹⁷².

¹⁷¹ A meno che i trattati non si considerino già estinti nel 1935. Vedi *retro* paragrafo 11

¹⁷² Tuttavia è certo che l'Etiopia abbia portato prove della propria attività nella zona di Badme successive all'annessione. Cfr. par 5.94

La Decisione appare dunque ambigua su questo punto e non è chiara l'esatta portata del principio del mantenimento dei confini e l'utilizzo del diritto internazionale consuetudinario. L'impressione è che la Commissione abbia inizialmente cercato di svincolarsi dalla ricostruzione del confine strettamente basata sui trattati, che era stata delineata dall'Accordo di Algeri, e che sia poi tornata sui propri passi limitando le variazioni del tracciato ai casi in cui fosse palese un'accettazione, anche implicita, delle parti in tal senso.

E' interessante comunque sottolineare come la ricostruzione del confine coloniale fosse possibile solo attraverso la soluzione arbitrale della controversia: non solo perché i trattati dovevano essere scelti espressamente dalle parti, ma anche perché era necessaria una interpretazione giuridica di un organo terzo imparziale. Seppur nei limiti delle previsioni dell'Accordo di Algeri, il tribunale arbitrale ha avuto ampi margini di discrezionalità nel determinare la posizione del confine, potendo introdurre nuovi elementi e non limitarsi ad una interpretazione letterale dei trattati.

L'intera delimitazione deve allora essere vista come il risultato dell'operare congiunto dell'Accordo, che ha sancito la diretta volontà delle parti, e della Commissione, che ha applicato norme strettamente giuridiche¹⁷³.

13. La mancata esecuzione della sentenza

Nonostante la Decisione del 13 aprile 2002 fosse “...definitiva e vincolante” ai sensi dell'art.4 par.15 dell'Accordo del dicembre 2000, ad oggi l'aspettativa di una soluzione efficiente e spedita della controversia confinaria non è stata compiutamente soddisfatta. Dopo l'emissione della propria Decisione, la Commissione avrebbe dovuto procedere, secondo l'art. 4 par. 13 dell'Accordo di Algeri, ad una “*expeditious demarcation*” , anch'essa “*final and binding*” .

¹⁷³ SCIACOVELLI, cit, p.746-747

La demarcazione era stata descritta nell'Accordo come una fase successiva e separata dalla delimitazione: infatti mentre la delimitazione consiste nella determinazione teorica della linea di confine e nella sua individuazione per iscritto, tramite sentenza, la demarcazione è l'attuazione della delimitazione stessa, per mezzo del posizionamento di elementi che segnino fisicamente il confine sul terreno¹⁷⁴. Secondo l'art.30 par.1 delle *Rules of Procedure* la Commissione doveva “*arrange for the expeditious demarcation of the border as delimited*” adottando la procedura più opportuna, dopo aver consultato le parti, procedendo “*in such stages as the Commission may from time to time determine*”. A tal fine, le parti hanno un vero e proprio obbligo di collaborare con la Commissione, sancito sia dall'Accordo di Algeri, all'articolo 4 paragrafo 14 , sia dalle *Rules of Procedure*, che all'art.30 par.2 precisa:

“*The Parties shall, to such extent as the Commission may direct, co-operate fully with the Secretary or any other personnel involved in such preparatory steps*”.

Per organizzare i propri lavori, la Commissione ha redatto e promulgato l'8 luglio 2002 delle *Demarcation Directions*, con natura vincolante. Queste *Directions* furono modificate nel novembre 2002 e nel marzo e luglio 2003 e una serie di *Demarcation Instructions* fu promossa il 21 marzo 2003 e il 22 agosto 2003¹⁷⁵. Nelle *Demarcation Directions* si affermava che lo scopo generale della demarcazione era apporre sul terreno dei cippi che identificassero l'andamento della linea fissata nella Decisione sulla delimitazione e determinare in modo più preciso la linea di confine a Tserona e Zalambessa e nel settore orientale. Il processo di demarcazione doveva essere portato avanti sotto la responsabilità della Commissione¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Cfr. Quinto Rapporto della Commissione, contenuto in S/2002/744 Annex, par. 4 e 12. Tutti i Rapporti della Commissione e del Segretario Generale delle Nazioni Unite sono reperibili sul sito www.pca-cpa.org

¹⁷⁵ Cfr. Sedicesimo Rapporto della Commissione, S/2005/142 Annex I, Enclosures 1 e 2.

¹⁷⁶ Cfr. Sedicesimo Rapporto della Commissione, cit, Enclosure 2, II, 1 e2

Dopo la pronuncia, la Decisione sulla delimitazione è stata accolta dal Segretario Generale delle Nazioni Unite¹⁷⁷, e fatta propria dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite¹⁷⁸ e dall'Unione Africana. Anche le parti, all'inizio, sembrarono accettare il contenuto della decisione ed espressero la loro disponibilità ad operare con la Commissione per la concreta demarcazione della frontiera. Il procedimento di demarcazione, iniziato subito dopo, è stato presto sospeso a causa del divieto, il 27 aprile del 2002, del Governo dell'Etiopia di procedere con i lavori sul proprio territorio. Negli anni che sono seguiti, la Commissione ha cercato ripetutamente di procedere alla demarcazione, promuovendo anche diversi incontri tra le parti, sotto il costante monitoraggio del Segretario Generale delle Nazioni Unite e del Consiglio di Sicurezza. Nessuna iniziativa è stata però risolutiva. Il Presidente della Commissione ha presentato 22 rapporti sul lavoro della Commissione¹⁷⁹, la Commissione stessa ha emanato diverse decisioni successive vincolanti e il Consiglio di Sicurezza ha adottato numerose risoluzioni¹⁸⁰. Le contestazioni maggiori furono inizialmente sollevate dall'Etiopia a proposito della linea delimitata nel settore occidentale, in particolare per ciò che riguarda il villaggio di Badme¹⁸¹. La città è stata assegnata all'Eritrea, pur essendo la sua popolazione prevalentemente etiopica. Non solo: molti villaggi sono stati tagliati in due dalla linea di confine delimitata dalla Commissione, non curandosi della nazionalità della popolazione residente.

¹⁷⁷ Report S/2002/423. Cfr. anche il Quinto Rapporto della Commissione, cit, in S/2002/744 Annex, par. 2.

¹⁷⁸ Il Consiglio di Sicurezza emise uno *statement* il 16 aprile 2002 in cui salutava con favore la Decisione della Commissione SC/7362. Altre dichiarazioni furono fatte il 17 luglio 2003 (S/PRST/2003/10); il 4 maggio 2004 (SC/8085) e il 4 ottobre 2005 (S/PRST/2005/47) Reperibili su www.pca-coa.org.

¹⁷⁹ Il primo è del 29 maggio 2001, S/2001/608 Annex I e l'ultimo copre il periodo fino al 20 December 2006, S/2007/33, Annex II.

¹⁸⁰ Nella Risoluzione 1430, adottata il 14 agosto 2002, il CdS perfezionò il mandato della United Nations Mission in Ethiopia and Eritrea (UNMEE) "*in order to assist the Boundary Commission in the expeditious and orderly implementation of the Delimitation Decision*" e invitò le parti a cooperare con la Commissione per eseguire la Decisione sulla delimitazione. Cfr. anche le Risoluzioni 1434 (2002) e 1507 (2003).

¹⁸¹ LAI *Etiopia-Eritrea: finalmente la pace?* In *La Comunità Internazionale*, 2001, p.269-284, p. 280-281

Ciò spinse l’Etiopia a presentare il 13 maggio del 2002 alla Commissione una *Request for Interpretation, Correction and Consultation*, ai sensi dell’articolo 28 delle *Rules of Procedure* che prevede:

“1. Within thirty days after the receipt of the decision on delimitation or the decision promulgating the demarcation, either Party, with notice to the other Party, may request the Commission to give an interpretation of the decision. 2. The interpretation shall be given in writing within forty-five days after the receipt of the request. The interpretation shall form part of the decision and the provisions of Article 27, paragraphs 2 to 6, shall apply”.

Nella relativa decisione la Commissione ha sottolineato, però, come la possibilità concessa alle parti dall’articolo 28 par.1 delle *Rules of Procedure* di chiedere alla Commissione di pronunciare una interpretazione della decisione poteva *“only be invoked where the meaning of some specific statement in the Decision is unclear and requires clarification in order that the Decision should be properly applied”*¹⁸².

La Commissione ha dichiarato la richiesta inammissibile, spiegando che non era riscontrabile alcuna incertezza nella Decisione che potesse essere risolta attraverso un’interpretazione¹⁸³.

Nonostante la Decisione sull’interpretazione, l’Etiopia ha continuato ad opporsi alla demarcazione del confine, promuovendo anche massicci spostamenti della popolazione civile di intere città in territori assegnati dalla Decisione all’Eritrea. A tal proposito, il 17 luglio 2002, a seguito di una richiesta dell’Eritrea, la Commissione ha promulgato un Ordine (in conformità agli articoli 20 e 27(1) delle *Rules of Procedure*) nel quale proibiva ogni

¹⁸² In particolare la Commissione ha affermato che : *“The concept of interpretation does not open up the possibility of appeal against a decision or the reopening of matters clearly settled by a decision”*, Cfr. *Decision Regarding the ‘Request for Interpretation, Correction and Consultation’* 24 giugno 2002, par. 16. (reperibile su www.pca-cpa.org) A proposito dei limiti al mandato di interpretare una sentenza la Commissione cita il caso *Arbitration on the Delimitation of the Continental Shelf (France--UK)*, *Interpretive Decision of 14 March 1978* 54, *International Law Reports*, 161.

¹⁸³ Decisione del 24 giugno 2002, par. 17-18.

riposizionamento di cittadini etiopi in Dembe Mengul (territorio eritreo secondo la Decisione) e chiedeva il ritorno di quelle persone in territorio etiope, invitando entrambe le parti ad assicurarsi che non si verificasse alcun ulteriore ricollocamento della popolazione oltre la linea di delimitazione stabilita dalla Decisione. La Commissione ha in questa occasione affermato il proprio potere di vigilare sulla integrità della decisione sulla delimitazione del confine e di assicurarsi che venga rispettata¹⁸⁴.

Successivamente l’Etiopia ha dato la propria disponibilità a concedere le necessarie garanzie sulla sicurezza solo per le attività di demarcazione che riguardavano il settore orientale e la sezione del confine del fiume Mareb: in particolare, aveva informato il Segretario Generale della Nazioni Unite della propria decisione di non autorizzare la demarcazione a Badme e Irob. In una lettera del 19 settembre 2003, il Primo Ministro dell’Etiopia criticò aspramente la Decisione della Commissione relativamente a Badme e a parti del Settore Centrale, definendola “*totally illegal, unjust and irresponsible*”¹⁸⁵.

Il Presidente della Commissione rispose in una lettera del 7 ottobre al Segretario Generale delle Nazioni Unite, nella quale ribadì che la collocazione di Badme derivava da una corretta interpretazione dei trattati. In particolare, la Commissione era convinta che la prassi degli Stati rilevante, che si evinceva da una serie di mappe, incluse quelle prodotte dall’Etiopia, mostrava “*the parties’ agreement upon an interpretation of the relevant treaty, which placed the boundary prescribed by that treaty in the location determined by the Commission*”¹⁸⁶ e che in relazione specificamente a Badme la scarsità di prove prodotte dalle parti non aveva permesso alcuna variazione del confine

¹⁸⁴ Cfr. Sesto rapporto della Commissione in S/2002/977 Annex I, paras 7 and 10. La richiesta dell’Eritrea di emettere misure provvisorie fu però rifiutata. La Commissione confermò la propria competenza ad emettere il citato ordine e affermò che i propri poteri “*extend to its taking cognisance of, and where necessary making appropriate decisions on, any matter it finds necessary for the performance of its mandate to delimit and demarcate the boundary*” (Eritrea--Ethiopia Boundary Commission, Determinations, 7 Nov 2002, p 2. Cfr. anche S/2002/1245 e il Settimo Rapporto della Commissione in S/2002/1393 Annex I. Cfr. altresì la già citata Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 1430 del 14 agosto, che richiama espressamente le parti ad astenersi da unilaterali movimenti di truppe e popolazioni.

¹⁸⁵ Undicesimo Rapporto della Commissione S/2003/1186 Annex I, par. 4 e 10.

¹⁸⁶ Undicesimo Rapporto della Commissione Appendix I, par. 8.

coloniale¹⁸⁷. Nella stessa lettera il Presidente sottolineava inoltre come, laddove sono sorti o si sono sviluppati nuovi villaggi in tempi recenti che hanno alterato i confini precedentemente stabiliti da vecchi trattati¹⁸⁸, è pienamente coerente con il diritto internazionale che sia mantenuto il confine basato su trattato e che sia lasciato alle parti il compito di risolvere tramite accordo qualunque conseguente problema. Allo stesso risultato è pervenuta la Corte internazionale di Giustizia, in circostanze analoghe, nel recente caso *Cameroon v Nigeria*¹⁸⁹.

L'Etiopia successivamente decise che nessun lavoro potesse essere portato avanti nei settori occidentale e centrale fino a quando quello orientale non fosse stato completamente demarcato e che solo qualora avesse approvato il metodo di demarcazione della Commissione si sarebbe potuto procedere. L'Eritrea reagì affermando che nessuna operazione poteva essere portata avanti fino a quando non fosse stato chiaro che la demarcazione sarebbe stata compiuta anche nelle negli altri settori, in conformità con la Decisione sulla delimitazione. La Commissione non esitò ad affermare che l'Etiopia, con la scusa di impedimenti procedurali alla demarcazione, stava contestando la Decisione¹⁹⁰. Anche il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite stigmatizzò il comportamento dell'Etiopia e richiamò entrambe le parti al proprio dovere di adempiere la decisione della Commissione¹⁹¹

Il 25 Novembre 2004, il Primo ministro dell'Etiopia ha sottoposto una proposta di pace in cinque punti. L'Etiopia doveva accettare, in principio, la

¹⁸⁷ Undicesimo Rapporto della Commissione Appendix I, par. 9. Cfr. anche Observations del 21 marzo 2003 par 17

¹⁸⁸ Undicesimo Rapporto della Commissione par. 10. Da sottolineare che l'Accordo prevede all'art. Art 4 par.16 che "*the parties request the United Nations to facilitate resolution of problems which may arise due to the transfer of territorial control, including the consequences for individuals residing in previously disputed territory*".

¹⁸⁹ La Corte "has no power to modify a delimited boundary line, even in a case where a village previously situated on one side of the boundary has spread beyond it. It is instead up to the parties to find a solution to any resultant problems, with a view to respecting the rights and interests of the local population", *Cameroon v Nigeria* (n 1) par. 123.

¹⁹⁰ Undicesimo Rapporto della Commissione, in S/2003/1186, Appendix 1.i par. 20.

¹⁹¹ Cfr. le Risoluzioni 1560 (2004); 1586 (2005); 1640 (2005). Cfr. altresì la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 1661 (2006) che chiedeva alle parti di conformarsi alla Risoluzione 1640 (2005) e estendeva di un mese il mandato della UNMEE.

Decisione e conseguentemente entrambe le parti si impegnavano a dialogare allo scopo di eseguire la Decisione sulla delimitazione “*in a manner consistent with the promotion of sustainable peace and brotherly ties between the two peoples*”¹⁹². Il tentativo di ripartire con il processo di demarcazione però fallì e le parti tornarono sulle rispettive posizioni¹⁹³. Il 22 febbraio 2006 i promotori degli accordi del 2000 (Algeria, l’ONU, l’OAU/AU, l’Unione Europea e gli Stati Uniti) promossero una dichiarazione nella quale richiamavano entrambe le parti ad accettare come definitive e vincolanti la delimitazione e la demarcazione determinate dalla Commissione e le invitavano a cooperare con la Commissione per eseguire le sue decisioni senza ritardo¹⁹⁴.

Di fronte ad un ulteriore peggioramento della situazione e della sicurezza sul territorio nel corso del 2006, il Consiglio di Sicurezza, nella Risoluzione 1741 (2007) invitò nuovamente l’Etiopia ad accettare “*fully and without delay the final and binding decision of the Eritrea-- Ethiopia Boundary Commission and take immediately concrete steps to enable, without preconditions, the Commission to demarcate the border completely and promptly*” e l’Eritrea a ritirare immediatamente le proprie truppe dalla Temporary Security Zone¹⁹⁵.

14. Variazioni del confine successive alla delimitazione: i limiti del mandato della Commissione

La Commissione ha sempre ribadito la vincolatività della decisione resa e la sua modificabilità solo tramite un accordo delle parti in tal senso¹⁹⁶. La

¹⁹² Quindicesimo Rapporto della Commissione, in S/2004/973/Add. 1, Appendix

¹⁹³ Sedicesimo Rapporto della Commissione, in S/2005/142 Annex I, par. 4-6. la Commissione ha ribadito la vincolatività del confine delimitato nella Decisione e ha definito *unlawful* ogni comportamento incompatibile con la linea del confine delimitato, par.33.

¹⁹⁴ Anche il Presidente del Consiglio di Sicurezza promosse una dichiarazione analoga. Cfr. Ventesimo Rapporto della commissione, in S/2006/140 Annex II par.2- 3 e S/PRST/2006/10. Cfr. anche I rapporti del Segretario Generale delle nazioni Unite, S/2002/205; S/203/665/Add.1; S/2003/858; S/2003/1186; S/2006/1 and S/2006/140.

¹⁹⁵ La Risoluzione fu adottata il 30 gennaio 2007. La parti erano anche invitate a cooperare pienamente con la Commissione e ad astenersi dalla minaccia e dall’uso della forza l’una contro l’altra. Il mandato della UNMEE è stato prolungato di altri sei mesi e il personale è stato ridotto. Cfr. anche S/2007/33 e le Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza 1681 (2006) and 1710 (2006).

¹⁹⁶ Nelle Rules of Procedure è previsto solo un semplice possibilità di correzione della Decisione, per errori di calcolo o di natura simile, art.29

Commissione ha infatti sempre affermato che la demarcazione non può costituire una variazione o una revisione della delimitazione effettuata con la decisione dell'aprile 2002¹⁹⁷, essendo quest'ultima definitiva e vincolante.

Il paragrafo 14A delle Commission's Demarcation Directions, adottate dalla Commissione il 8 luglio del 2002, stabilisce:

“Division of towns and villages

A. The Commission has no authority to vary the boundary line. If it runs through and divides a town or village, the line may be varied only on the basis of an express request agreed between and made by both Parties.”

Con l'emanazione delle Demarcation Directions, e in particolare del suddetto paragrafo, la Commissione voleva mettere a tacere le contestazioni dell'Etiopia relativamente al citato problema delle città tagliate dal nuovo confine. L'Etiopia che pretendeva che in questi casi *“the boundary should be varied so as to take better account of human and physical geography”*, invocava maggiore flessibilità nella demarcazione.

La Commissione ha ritenuto però che l'unica possibilità di variare il confine fosse tramite un accordo esplicito fra le parti e che essa non aveva alcun potere di discostarsi dalla Decisione sulla delimitazione, nemmeno in caso di particolari situazioni umane o geografiche che non si conoscevano al momento della delimitazione. Nel suo ottavo rapporto del 21 febbraio 2003 la Commissione ha ribadito questa posizione, sottolineando come esulasse dalla propria competenza sia il potere di decidere *ex aequo et bono*, sia quello di modificare il confine nella fase di demarcazione per venire incontro ad esigenze della popolazione locale¹⁹⁸.

La Commissione è tornata sulla questione anche nelle proprie *Observations del 21 Marzo 2003*, dichiarando di non avere il potere di

¹⁹⁷ Eritrea - Ethiopia Boundary Commission, Observations 21 March 2003

¹⁹⁸ La Commissione ha ribadito che, in assenza di un accordo, la sua capacità di risolvere di propria iniziativa qualunque problema era limitata ad una revisione della scala delle carte geografiche, cfr. S/2003/257 Annex I, para 4.

aggiungere o sottrarre parti di confine determinato in base ai trattati coloniali, nemmeno utilizzando il diritto internazionale applicabile, che pure aveva contribuito a dare una certa flessibilità alla Decisione. Non ci sono, infatti, norme di diritto internazionale consuetudinario che consentano a chi sta demarcando il confine, se non espressamente autorizzato, di essere flessibile e di derogare ad una precedente delimitazione. Eventuali variazioni del confine devono dunque sempre trovare fondamento in un accordo esplicito tra le parti, che può essere successivo alla delimitazione stessa o anche precedente, ma non può essere considerato un potere implicito dell'organo che procede all'apposizione dei termini¹⁹⁹.

Nelle stesse *Observations*, la Commissione ha inoltre precisato che all'impossibilità di modificare il confine così come delimitato si accompagna il divieto di presentare nuove prove relativamente alla condotta successiva. Le parti hanno avuto dei precisi termini di decadenza all'interno del procedimento e non ci può dunque essere spazio per l'introduzione di ulteriori prove della condotta degli Stati: la condotta successiva delle parti rilevante rimane quella valutata dalla Commissione sulla base delle prove presentate durante il procedimento scritto e le udienze orali. Accettando di valutare la prassi successiva nella fase di demarcazione, la Commissione avrebbe ammesso che la Decisione sulla delimitazione non era *final*, ponendosi in netto contrasto con l'Accordo di Algeri²⁰⁰.

Le uniche operazioni che consentono una limitata variazione del confine delimitato sono quelle legate ad una necessaria specificazione della linea delimitata nel momento in cui viene materialmente individuata. A causa stretta connessione fra delimitazione e demarcazione, infatti, la realizzazione di quest'ultima dipende in gran parte dalla precisione e dall'accuratezza con cui si è proceduto alla delimitazione. Spesso infatti le imprecisioni e le lacune della delimitazione emergono solo nella fase esecutiva e possono essere

¹⁹⁹ Cfr. *Observations* par. 1 e 8.

²⁰⁰ Par.13 Cfr. il caso delle prove portate a supporto della prassi degli Stati sul confine nell'area di Belesa e della Endeli Projections.

corrette o integrate proprio nel momento della apposizione effettiva dei termini sul terreno.

Occorre però subito sottolineare i forti limiti che incontra una eventuale correzione della delimitazione: il margine di apprezzamento della Commissione resta comunque stretto e permette di avere solo quel minimo di flessibilità necessaria ad evitare che venga fissato un confine manifestamente impraticabile (ad esempio relativamente alla valutazione della scala e della accuratezza delle carte geografiche usate nella fase di delimitazione) ²⁰¹. La Commissione ha identificato due aree nel settore centrale dove la linea così come delimitate nella decisione sarebbe stata manifestamente impraticabile²⁰².

La flessibilità lecita in fase di demarcazione trova spesso esplicitamente il proprio fondamento nella decisione stessa. Nella Decisione, infatti, la Commissione ha affermato che l'esatta collocazione di alcuni punti del confine sarebbe stata "*matter for specification in the demarcation phase*"²⁰³ o che avrebbe dettato solo dei criteri generali per identificare il confine, demandando alla successiva demarcazione l'esatta individuazione degli stessi²⁰⁴.

In questi casi la Commissione aveva già tenuto conto del fatto che il confine, nel momento in cui viene materialmente posizionato, può incontrare sensibili variazioni, dovute a diversi fattori, primo fra i quali, ad esempio, l'effettiva conformazione del terreno: la linea decisa nella delimitazione dovrà allora "*serve as the basis for the demarcation, leaving open the possibility at*

²⁰¹ La Commissione ha ribadito che l'unica flessibilità cui può attenersi nella fase di demarcazione riguarda "*the scale and accuracy of maps used in the delimitation process*" al solo fine di evitare che il confine sia *manifestly impracticable*, Observations 21 marzo 2003, par. 8.

²⁰² Informazioni insufficienti riguardavano ad esempio la posizione di Fort Cadorna e quella a sud-ovest di Zalambessa. Cfr. Observation del 21 marzo 2003, par.23

²⁰³ Cfr. par.6.16 della Decisione sulla delimitazione, a proposito dell'esatto posizionamento del punto di contatto del confine con Djibouti. Anche la determinazione del confine lungo i fiumi è stata "*deferred to the demarcation phase*" (in particolare la linea di confine doveva essere tracciata con riferimento alla posizione del canale principale, da identificarsi durante la stagione secca), par.7.2-7.3 della Decisione.

²⁰⁴ Cfr.Par. 8.1 B(iv) ove, dopo aver affermato che la città di Tserona era da riconoscersi in territorio eritreo, la Commissione afferma che il confine avrebbe dovuto passare intorno alla città "*at a distance of approximately one kilometre from its current outer edge, in a manner to be determined more precisely during the demarcation*". La Commissione ha proceduto allo stesso sistema per identificare il confine intorno alla città di Zalambessa, riconosciuta dell'Etiopia. Cfr par.8.1 B (vi).

that stage of adapting it to the nature and variation of the terrain”²⁰⁵. Anche per questo, la Commissione ha rinviato al termine della fase di demarcazione la produzione di alcune cartine che possano specificare la delimitazione del confine viene rinviata.²⁰⁶

Nelle zone di Tserona, Zalambessa, Bure, e più in generale nell’intero settore orientale, per ciò che riguarda i fiumi, il ricalcolo delle coordinate e l’eventuale sostituzione della cartina illustrativa della Commissione con una cartina definitiva, la Commissione aveva già prospettato la necessità di un lavoro ulteriore nella Decisione sulla Delimitazione. La Commissione ha spiegato che questa specificazione si è resa necessaria per la scarsa disponibilità di informazioni sulle mappe in quello stadio. La Commissione ha anche aggiunto che: *“[a]ll coordinates will be recalculated and made more precise during the demarcation as the Commission acquires the additional necessary information.”* Il ricalcolo delle coordinate ha lo scopo di assicurare, sulla base di fotografie aeree, che le coordinate dei luoghi indicate nella decisione erano accurate: si tratterebbe cioè di una più tecnico che sostanziale.

Questi rinvii alla fase di demarcazione sono comunque sempre contenuti nella Decisione relativa alla delimitazione.

Sarebbe perciò sbagliato vedervi un potere generale della Commissione di modificare la delimitazione negli altri settori: semplicemente la Commissione si è trovata a gestire due mandati complementari, ma che restano formalmente distinti.

La decisione sulla delimitazione deve considerarsi anche in questi casi definitiva, ma semplicemente integrata, per motivi prevalentemente tecnici, nella fase di demarcazione.

²⁰⁵ Par. 6.34 della decisione, relativamente al confine orientale.

²⁰⁶ La Commissione sembra quasi riconoscere l’impossibilità di avere una esatta riduzione in scala della cartina prima della fase di demarcazione. Cfr. par.8.3 della decisione.

15. La demarcazione

Concretamente la demarcazione consiste nella apposizione di termini di confine²⁰⁷. I termini di confine moderni consistono generalmente in parallelepipedi o troncoconici di pietra, sui quali vengono di regola incisi i seguenti segni: 1) lettere, stemmi o scritte che servono ad indicare sui lati opposti gli Stati confinanti; 2) un numero di quattro cifre chiamato millesimo che indica l'anno di apposizione; 3) un numero che identifica il progressivo di tutto il confine o di una sua sezione. Nel caso di aggiunta di nuovi termini si può aggiungere allo stesso progressivo una lettera (A, B, C, ecc.) ; 4) in testa al termine si possono incidere dei segmenti che indicano la direzione verso la quale si trova il termine precedente o seguente. Ciò risulta utile nel caso di difficile intervisibilità tra i termini.

Il metodo di demarcazione può variare a seconda delle caratteristiche del territorio: nei tratti montani i termini possono essere sostituiti da incisioni su pietra viva, anche se tale pratica può creare dei problemi di “visibilità” del confine ad una semplice ricognizione sul terreno; nelle zone a vegetazione alta i termini possono essere accoppiati a pali di ferro con tabelle di metallo; nel caso dei fiumi è possibile utilizzare termini formati da boe unite tra loro da catene metalliche. Per questo motivo qualunque attività sul terreno che interessi la determinazione precisa di punti richiede un'accurata ricostruzione della posizione del confine, basata su un minuzioso lavoro cartografico, in modo da minimizzare le deformazioni della rappresentazione della superficie terrestre. In ogni caso la demarcazione deve sempre essere visibile sul territorio e non può mancare un segno materiale che identifica il passaggio del confine.

²⁰⁷ I Romani usavano la parola *terminus* per definire un limite ed una divisione. Un altro possibile sinonimo di *terminus* sembra essere *cipus/cippus* o *miliarum*. I primi indicavano limiti di terreni, mentre i secondi indicavano il punto di partenza di strade. I termini, propriamente detti, erano costituiti da siepi od alberi, puntali di anfore, tronchi o pietre infissi nel terreno. A volte erano interrati degli oggetti sotto il termine a testimoniare la sua posizione in caso di manomissione. Tali oggetti potevano essere pezzi di carbone, vetri rotti, calce. I termini erano pietre squadrate con incise lettere.

Per superare il lungo stallo creatosi fra Eritrea ed Etiopia per la demarcazione del confine, la Commissione ha cercato un metodo di demarcazione alquanto singolare, che prescinde invece da qualunque apposizione materiale di segni visibili sul terreno.

Con uno *Statement* emanato il 27 novembre 2006 la Commissione ha avvisato le parti che, se non si fosse trovato un accordo di lì ad un anno, la demarcazione sarebbe avvenuta attraverso l'individuazione di precise coordinate indicanti i punti dove sarebbero dovuti essere collocati i cippi.²⁰⁸ Oggi, scaduto l'*ultimatum* della Commissione, la demarcazione dovrebbe considerarsi "cosa fatta": il confine, come determinato nella Decisione del 2002, deve considerarsi materialmente individuato sul territorio nel rispetto delle coordinate segnalate dalla Commissione.

Questa particolare demarcazione è stata adottata come *extrema ratio* per risolvere una situazione ormai cronica²⁰⁹. La Commissione ha affermato di potere "*interpret its procedures in a constructive manner directed towards achieving the objective the Parties are deemed to have had in mind*"²¹⁰ e che l'obiettivo delle parti era la conclusione della controversia confinaria nel più breve tempo possibile. Sebbene la prima scelta rimanga quella di demarcare il confine fissando dei cippi nel terreno, poiché questo metodo è realizzabile solo con una piena collaborazione delle parti, la Commissione ha deciso che il modo più pratico per portare avanti il proprio mandato fosse fornire alle parti una lista di punti identificati lungo il confine da moderne tecniche di sviluppo di immagini e disegno del terreno con l'ausilio di fotografie aeree. Questa lista di punti rappresenterebbe i punti nei quali, se la Commissione fosse stata messa in condizioni di farlo, avrebbe installato i cippi. La lista, accompagnata da 45 mappe, era annessa allo *Statement*. Un anno dopo lo *Statement* della Commissione le parti non hanno trovato alcun accordo e la Commissione ha

²⁰⁸ Testo dello *statement* e allegato con le coordinate sono reperibili su www.pca.cpa.org

²⁰⁹ Cfr. KAIKOBAD *The Eritrea-Ethiopia Boundary Commission: A Legal Analysis of the Boundary Delimitation Decision of 13th April 2002 and Relevant Subsequent Decisions*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, *cit.*, pp.171-223, p.216 s.

²¹⁰ *Statement* del 27 novembre 2006, in S/2006/992, Enclosure, par. 17.

dichiarato conclusi i propri lavori. Occorre a questo punto, però, valutare se la demarcazione effettuata dalla Commissione attraverso la semplice individuazione dei punti di collocazione dei cippi possa ritenersi soddisfacente, o se piuttosto non bisogna riconoscere che la Commissione ha fallito il suo compito e che il confine resta delimitato solo sulla carta. Individuare i punti dove andrebbero posizionati i cippi di demarcazione equivale a specificare ulteriormente la linea delimitata, ma non si può considerare assolto il compito di rendere visibile sul terreno la linea di confine. Determinare una linea di demarcazione unilaterale da parte della Commissione è senz'altro inusuale: la Commissione ha preso spunto dall'attività svolta dalla Iraq-Kuwait Boundary Demarcation Commission, che stabilì attraverso l'individuazione di coordinate dove posizionare il confine²¹¹. Nonostante il particolare significato del termine "demarcazione" assunto nel mandato della Iraq-Kuwait Boundary Demarcation Commission, occorre subito sottolineare che anche in quell'occasione si procedette successivamente ad una rappresentazione materiale del confine sul territorio.

Quello della Commissione potrebbe forse essere un significativo precedente che può fungere da incentivo per le parti, in future controversie confinarie, a collaborare ad una normale demarcazione, consapevoli che l'organo competente può procedere anche in via autoritativa a demarcare la linea.

Ma nel caso concreto la demarcazione così effettuata rischia di essere ignorata ed è plausibile affermare che non sia mai stata effettuata una vera e propria demarcazione. Se la demarcazione non può ritenersi compiuta, dunque, la Decisione sulla Delimitazione continua ad oggi ad essere "*the only valid legal description of the boundary*"²¹²

²¹¹ La Iraq-Kuwait Boundary Demarcation Commission fu istituita con la Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 687 (1991), con il compito di "*demarcate in geographical coordinates of latitude and longitude*". "*The coordinates established by the [IKBDC] Commission will constitute the final demarcation of the international boundary*"

²¹² Statement del 27 novembre 2006, cit, par. 20-22. La Commissione ha ribadito questa posizione nel Press Release del 12 settembre 2007. Il 25 settembre 2007 il Ministro degli Esteri dell'Etiopia

16. Conclusioni sui lavori della Boundary Commission

La Decisione avrebbe dovuto risolvere la disputa territoriale da un punto di vista giuridico, e il processo di pace, complessivamente considerato, avrebbe avuto tutte le caratteristiche per costituire un modello di risoluzione di controversie aventi ad oggetto la delimitazione di confini, in Africa e nel mondo.

Ma il successivo rifiuto da parte del Governo etiope di riconoscere la decisione emessa dalla Commissione quale definitiva e vincolante, così come il suo continuo rifiuto di procedere alla concreta demarcazione dei confini, ha rappresentato un pericoloso punto di arresto.

Sebbene il procedimento arbitrale abbia funzionato garantendo celerità ed efficienza, nel complesso il sistema elaborato dall'Accordo di Algeri si è rivelato fallimentare in fase esecutiva, forse proprio perché è stato troppo veloce e non ha dato modo alle parti di abituarsi e di comprendere la decisione, né alle istituzioni internazionali di promuovere la soluzione trovata e mitigare politicamente il clima teso che ancora persisteva.

Inoltre, il particolare doppio mandato della Commissione, che andava oltre la semplice delimitazione, nel momento in cui le parti si sono rifiutate di cooperare, ha creato confusione e incertezza sul rapporto fra il procedimento di delimitazione e demarcazione, finendo con l'indebolire la Decisione già resa.

La scelta di affidare delimitazione e demarcazione ad un unico organo arbitrale non si è dunque rilevata efficace. Accanto a indubbi vantaggi, quali la conoscenza e l'esperienza sviluppata dal tribunale nel trattare le questioni sorte durante procedimento di delimitazione, rimane infatti il rischio che la fase di demarcazione sia impropriamente usata dalla parte soccombente come procedimento di revisione della sentenza già resa. Con la conseguenza di indebolire l'autorevolezza del tribunale arbitrale, mettendo

dichiarò che l'Eritrea aveva violato l'Accordo di Algeri e che l'Etiopia era legittimata a sospendere le operazioni di demarcazione in tutto o in parte.

costantemente in discussione la decisione già resa a proposito della delimitazione e la sua intangibilità.

In altri termini, un'esecuzione della sentenza che richiede costantemente l'intervento dell'organo che ha proceduto alla delimitazione presta il fianco ad essere abusata e fraintesa dalle parti, con il rischio che si riapra la fase di merito dell'intera procedura, e che vengano addirittura prodotti nuovi argomenti e nuove prove. I tentativi di convincere il tribunale a ritornare sulla propria decisione rischiano infatti di travolgere la distinzione fra delimitazione e demarcazione, fino a trasformare la demarcazione in una sorta di appello o di meccanismo di revisione della decisione²¹³.

²¹³ SHAW, *Title, Control, and Closure? The Experience of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission cit*, p.794 ss.

SEZIONE SECONDA

CAP.IV LA ERITREA-ETHIOPIA CLAIMS COMMISSION (EECC)

1. L'istituzione della Claims Commission

Il secondo organismo previsto dall'Accordo di Algeri è la Claims Commission (Commissione dei Reclami). In base all'art.5 dell'Accordo:

Consistent with the Framework Agreement, in which the parties commit themselves to addressing the negative socio-economic impact of the crisis on the civilian population, including the impact on those persons who have been deported, a neutral Claims Commission shall be established.

La Claims Commission deve decidere *through binding arbitration* tutte le domande (*claims*, di seguito chiamati anche reclami) per perdite, danni e lesioni da parte di uno Stato contro l'altro, e da parte di cittadini (o persone giuridiche) di una delle parti contro il governo della controparte o enti da questo controllati. I danni devono derivare dal conflitto fra Eritrea Etiopia del 1998-2000 ed essere la conseguenza di violazioni di diritto internazionale umanitario o di altre violazioni del diritto internazionale (art.5(1) dell'Accordo²¹⁴).

La Commissione emette sentenze definitive e vincolanti per le parti è il foro esclusivo per la presentazione di questo tipo di reclami²¹⁵.

²¹⁴ Cfr. l'articolo 5 par.1 dell'Accordo: la Commissione ha giurisdizione su "*all claims for loss, damage or injury by one Government against the other, and by nationals (including both natural and juridical persons) of one party against the Government of the other party . . . that are (a) related to the conflict that was the subject of the Framework Agreement, the Modalities for its Implementation and the Cessation of Hostilities Agreement, and (b) result from violations of international humanitarian law, including the 1949 Geneva Conventions, or other violations of international law.*"

²¹⁵ Cfr. articolo 5 par.8 dell'Accordo: "*Except for claims submitted to another mutually agreed settlement mechanism in accordance with paragraph 16 or filed in another forum prior to the effective date of this agreement, the Commission shall be the sole forum for adjudicating claims described in paragraph 1 or filed under paragraph 9 of this Article, and any such claims which could have been and were not submitted by that deadline shall be extinguished, in accordance with international law.*"

Prima di vedere nel dettaglio i limiti della competenza della Claims Commission e le sue caratteristiche, occorre sottolineare l'importanza dell'istituzione di un organo del genere. Mentre nella storia recente si è assistito alla creazione di tribunali penali internazionali per perseguire i crimini di guerra compiuti da individui (come la Corte Penale internazionale o il Tribunale Penale Internazionale per la ex Jugoslavia), è certamente un evento raro la creazione di una commissione internazionale incaricata di determinare quali azioni degli Stati abbiano violato il diritto internazionale bellico e i relativi risarcimenti dei danni²¹⁶. La riparazione per le violazioni del cosiddetto *ius in bello*, quando è contemplata in trattati di pace, viene di solito garantita attraverso *lump-sum agreements*, e la somma dei risarcimenti, stabilita direttamente dalle parti, è slegata dal preciso accertamento delle responsabilità per violazioni del diritto internazionale²¹⁷.

La Commissione dei reclami Eritrea-Etiopia è invece un autonomo tribunale arbitrale internazionale, con il compito di accertare in primo luogo le responsabilità dello Stato per gli illeciti verificatisi nel corso del conflitto armato per violazione delle regole di guerra, e successivamente l'ammontare del risarcimento dei danni dovuti. La Commissione non è competente invece a valutare eventuali responsabilità penali dei singoli individui.

La Commissione dei reclami è anche lontana dai modelli di riparazione dei danni di guerra creati dopo le due guerre mondiali. L'imposizione di riparazioni di guerra²¹⁸ è infatti legata piuttosto alle guerre di aggressione e il risarcimento dei danni causati da un conflitto armato è solitamente imposto dal Paese vincitore al Paese vinto. In questi casi ciò che rileva è la violazione delle regole sullo *ius ad bellum*: entità del risarcimento, modi e tempi del pagamento, sono di fatto lasciati all'arbitrio del vincitore che può imporre un accordo più o

²¹⁶ G.H. ALDRICH *The Work of Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2003, p.435

²¹⁷ Cfr. KALSHOVEN *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, in *Int. and Comparative Law Quarterly*, 1991, p.836

²¹⁸ Sulle riparazioni da Guerra, cfr. D'ARGENT *Les réparations de guerre en droit International public. La responsabilité des Etats à l'épreuve de la guerre*, Bruxelles- Paris, 2002; GATTINI *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, 2003.

meno vantaggioso per sé e oneroso per il vinto²¹⁹. Al termine della Grande Guerra, ad esempio, le Potenze vincitrici, tramite l'art.231 del Trattato di Versailles, addossarono alla Germania la responsabilità di tutte le perdite e i danni subiti dai loro Governi e dai loro cittadini in conseguenza della guerra e imposero pesanti riparazioni. A tal fine venne istituita una Commissione delle Riparazioni, con il compito di controllare le risorse della Germania e le modalità di pagamento delle riparazioni. Il nome non deve però trarre in inganno: la Commissione non era un ente giurisdizionale, ma piuttosto un organo comune degli Stati vincitori, con semplici funzioni di vigilanza sul pagamento delle riparazioni. Raramente, nel caso di riparazioni di guerra, la valutazione dei danni si è accompagnata a procedimenti di tipo giurisdizionale e ad un accertamento delle singole violazioni del diritto internazionale bellico²²⁰.

Ad esempio sono significativi, anche per la particolarissima capacità processuale assegnata agli individui, i Tribunali arbitrali Misti (TAM) istituiti dopo la prima guerra mondiale dai trattati di pace con le Potenze Centrali²²¹. Questi erano istituiti bilateralmente e avevano competenza su reclami presentati da cittadini di una potenza vincitrice contro uno degli Stati sconfitti o i suoi cittadini: essi costituivano organi giurisdizionali eccezionali e la loro fonte di esistenza, funzioni e poteri derivavano dalla volontà degli Stati firmatari²²².

²¹⁹ Cfr. però, sulla guerra di aggressione, *infra*, par.14

²²⁰ RONZITTI *Diritto Internazionale dei conflitti armati*³, Torino 2006, p.225-226.

²²¹ Sull'attività dei tribunali BLUDHORN, *Le fonctionnement et al jurisprudence des Tribunaux mixtes créés par les traités de paix*, in *Rec de Cours*, 1932,III, 141. Sulla base dell'art.304 del Trattato di Versailles, firmato il 28 giugno del 1919 fra la Germania e le Potenze alleate e ratificato dalla Germania il successivo 16 luglio, vennero costituiti i tribunali misti fra Germania e Belgio, Cecoslovacchia, Francia, Giappone, Grecia, Italia, Jugoslavia, Polonia, Regno Unito, Romania, Siam . Anche gli altri Trattati di pace con le potenze sconfitte prevedevano la possibilità di istituire dei TAM. Ai sensi del Trattato di Saint Germain furono istituiti dei TAM fra Austria e Belgio, Francia, Giappone, Grecia, Italia Jugoslavia, Regno Unito e Romania; ai sensi del Trattato di Trianon fra Ungheria e Belgio, Francia, Italia, Jugoslavia, Regno Unito e Romania; ai sensi del Trattato di Neuilly fra Bulgaria e Belgio, Francia, Grecia, Italia e Regno Unito; ai sensi del Trattato di Losanna fra Turchia e Belgio, Francia, Grecia, Italia, Regno Unito e Romania. Raccolta ufficiale delle decisioni dei TAM in *Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, vol IX, Parigi, 1922-1930.

²²² CAVAGLIERI *La giurisdizione dei Tribunali Arbitrali Misti ed i poteri del Consiglio della Società delle Nazioni*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1928, p.6.

Altri importanti esempi di organi giurisdizionali o quasi giurisdizionali competenti a giudicare le violazioni del diritto bellico e i relativi risarcimenti furono le Commissioni di Conciliazione istituite dopo la Seconda Guerra Mondiale²²³, nonché la *United Nation Compensation Commission*, istituita dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite con la risoluzione n. 687 del 3 aprile 1991 con il compito di accertare che l'Iraq risarcisse i danni derivanti dall'invasione e dall'occupazione illecita del Kuwait e di gestire un fondo di indennizzo creato appositamente. La *UN Compensation Commission* deve però essere considerata sostanzialmente un organo amministrativo che decide le riparazioni dovute: il Consiglio di Sicurezza, nella risoluzione del Consiglio di Sicurezza n.687 del 1991, aveva infatti già dichiarato responsabile l'Iraq per tutti i danni derivanti dall'invasione del Kuwait.

La Eritrea-Ethiopia Claims Commission si pone dunque in una prospettiva diversa rispetto ai sistemi di riparazione di guerra. In questo caso non c'è un'imposizione da parte di un vincitore, ma un impegno bilaterale a risarcire i danni reciprocamente inflitti dalle parti, e derivanti in particolare dalla violazione delle norme internazionali in materia di condotta delle ostilità. La Commissione è infatti in primo luogo chiamata ad accertare la responsabilità degli Stati per le violazioni del diritto internazionale umanitario perpetrate dalle proprie forze armate, anche se, come si vedrà, la Commissione ha giudicato anche sulla violazione del divieto dell'uso della forza²²⁴.

Le singole violazioni e l'ammontare dei risarcimenti vengono interamente decisi dal tribunale arbitrale, che gode di totale autonomia. Il procedimento arbitrale si rivela uno strumento prezioso per la riparazione dei danni derivanti

²²³ Per l'istituzione delle Commissioni di Conciliazione cfr. l'art83 del Trattato di pace del 1947 fra l'Italia e le Potenze Alleate, pubblicato in *UNTS*, vol.49 n.747, 43. Cfr. VIGNES *La Commission de conciliation franco-italienne*, in *AFDI*, 1955, 217.; ANGEL *Réparation en vertu du traité de paix avec l'Italie des dommages de guerre causés à des persone privées*, Genève , 1967.

²²⁴ Nonostante l'accertamento della violazione dello *jus ad bellum* a carico di una delle parti (Eritrea, cfr, infra par.5), la Commissione resta lontana dai sistemi di riparazione di guerra citati, sia perché è un organo giurisdizionale imparziale istituito su accordo delle parti e non imposto da un vincitore, sia perché, come si dirà, l'accertamento della violazione del divieto dell'uso della forza non implica a carico di una delle parti la responsabilità di avere causato una guerra di aggressione, e il conseguente obbligo di risarcire la totalità dei danni causati. (cfr. Infra par.)

dalle violazioni del diritto internazionale umanitario, anche per la particolare posizione che il Trattato di Algeri assegna all'individuo. Le parti possono infatti, proporre reclami anche per conto di singoli (cittadini e non) e prevedere un particolare procedimento per i cosiddetti reclami di massa. Sebbene, come si vedrà, la posizione dell'individuo non sembra essere separabile da quella dello Stato, l'importanza della previsione non può essere sottovalutata.

2. (segue) La nomina degli arbitri e l'adozione delle *Rules of procedure*

In base all'art.5 par.2 dell'Accordo, la Commissione doveva essere composta di cinque membri. Ognuna delle parti doveva nominare due arbitri, tramite avviso scritto al Segretario Generale delle Nazioni Unite, entro 45 giorni dall'entrata in vigore dell'Accordo. Il Presidente doveva essere scelto dagli arbitri di parte entro trenta giorni dalle loro nomine²²⁵. Come per la Commissione Confinaria, nel caso in cui una delle parti non avesse nominato i propri arbitri, o gli arbitri di parte non avessero scelto il Presidente, l'*appointing authority* individuata dall'art.5 è il Segretario Generale delle Nazioni Unite. L'unica incompatibilità a carico degli arbitri prevista dall'accordo stesso è la cittadinanza: nessuno degli arbitri può essere cittadino o residente negli Stati parti (par.2 e par.3). L'Eritrea ha nominato come propri Commissari gli americani John Crook e Lucy Reed. L'Etiopia ha nominato Dean James Paul e, in un secondo momento a causa delle dimissioni del commissario nominato, il giudice George Aldrich. Come Presidente è stato scelto il professor Hans van Houtte.

Anche la Claims Commission, come la Commissione confinaria, ha sede a L'Aja. L'art.5 precisa comunque che può, a sua discrezione, tenere udienze e procedere ad indagini anche altrove, in particolare nel territorio delle parti. L'Accordo dà inoltre la possibilità alla Commissione di avvalersi di personale amministrativo che ritiene necessario per svolgere il suo mandato,

²²⁵ Per l'esame delle diverse modalità di nomina nell'arbitrato internazionale, si rimanda a quanto detto a proposito della Boundary Commission. cfr. retro cap.II par.

anche predisponendo una cancelleria (*Registry*), nonché di esperti e consulenti per facilitare un veloce adempimento del suo mandato. Le funzioni di ufficio di cancelleria sono svolte dalla Corte Permanente d'Arbitrato e la Commissione ha nominato cancelliere Bette E. Shifman, Principal Legal Counsel della Corte Permanente di Arbitrato.

La Commissione ha tenuto i primi incontri informali con le parti e i loro rappresentanti nel marzo e maggio 2001²²⁶. Nel luglio del 2001 ha tenuto delle udienze, prendendo le prime significative decisioni su giurisdizione, procedure e possibili rimedi già nell'agosto del 2001 (*Decisions Numbers 1-5*). Queste decisioni riguardano sia la giurisdizione che questioni procedurali, nonché istruzioni alle parti sulla presentazione dei reclami²²⁷. Nella Decisione n.2, la Commissione ha previsto la possibilità per le parti di presentare reclami individuali, cioè da valutare singolarmente, sia reclami "collettivi" o "di massa". L'Accordo, all'art.5 par.10, prevedeva infatti questa facoltà per sveltire i procedimenti davanti alla Commissione, che poteva adottare una procedura specifica per questo tipo di reclami. L'Accordo mirava a creare un sistema che potesse svolgere l'analisi di reclami nel minor tempo possibile: i rigidi termini per la costituzione della Commissione e per la presentazione dei reclami, nonché la possibilità di avvalersi di una procedura più snella per i reclami di massa, avevano questo preciso scopo²²⁸.

²²⁶ Eritrea/Ethiopia Claims Commission, Report to the Secretary-General on the work of the Commission: February-May 2001, in Progress report of the Secretary-General on Ethiopia and Eritrea, June 19, 2001 UN Doc. S/2001/608

²²⁷ Nelle Rules of Procedure adottate dalla Commissione, le Decisioni vengono definite "significant actions it takes regarding jurisdiction, procedure or other matters that are not related to the legal and factual merits of particular claims". Nonostante il loro valore endoprocessuale, non c'è dubbio che le Decisioni abbiano valore vincolante per le parti. Le prime cinque Decisioni sono: *Decision Number 1: The Commission's Mandate/ Temporal Scope Of Jurisdiction*; *Decision Number 2: Claims Categories, Forms And Procedures*; *Decision Number 3: Remedies*; *Decision Number 4: Evidence*; *Decision Number 5: Multiple Claims In The Mass Claims Process, Fixed-Sum Compensation At The \$500 And \$1500 Levels, Multiplier For Household Claims*. La Commissione ha successivamente adottato altre tre Decisioni: *Decision N.6 Eritrea's Claim 18*; *Decision N.7 Guidance Regarding Jus Ad Bellum Liability*; *Decision.8 Relief To War Victims*.

²²⁸ LUCCHINI *Erytrée- Ethiopie: l'Enlissement?*, cit, p.396.

Nell'ottobre del 2001, a seguito di consultazioni con le parti, la Commissione ha adottato le proprie *Rules of Procedure*²²⁹. Come prescritto dall'articolo 5(7) dell'Accordo, la Commissione si è basata sulle *Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States* del 1992 promosse dalla Corte Permanente di Arbitrato, pur con alcuni adattamenti necessari a compiere il mandato della Commissione. Il capitolo III delle regole di procedura prevedeva appunto la presentazione di reclami di massa.

Nel dicembre del 2001, le parti hanno presentato i propri reclami, conformandosi al termine previsto dall'articolo 5(8) dell'Accordo. Nessuna delle parti ha tuttavia utilizzato al possibilità, prevista dal Capitolo III delle Regole di procedura, di presentare reclami collettivi. L'Etiopia ha presentato esclusivamente reclami nel proprio interesse contro l'Eritrea (*State-to-state claims*), mentre l'Eritrea ha presentato reclami sia nel proprio interesse, che nell'interesse di individui determinati (*on behalf of named individuals*). I reclami presentati dalle parti riguardano materie quali la condotta di operazioni militari, il trattamento di prigionieri di Guerra, dei civili e delle loro proprietà, immunità diplomatiche e l'impatto economico di alcune azioni durante il conflitto.

Sebbene il numero dei reclami presentati da ciascuna parte sia diverso, le questioni sollevate da entrambe le parti appaiono nel complesso simili. La Commissione ha proceduto ad una catalogazione dei reclami e a un raggruppamento degli stessi, in modo da agevolare la valutazione delle questioni. L'art.5 par 11 dell'Accordo, inoltre, autorizzava a dare la precedenza alla valutazione di particolari reclami, tenendo conto delle esigenze delle parti: "*Upon application of either of the parties, the Commission may decide to consider specific claims, or categories of claims, on a priority basis*". Sulla base di queste considerazioni, la Commissione ha raggruppato i vari reclami, e ha identificato i primi tre gruppi di reclami, presentati da entrambe le parti (Prigionieri di guerra (Prisoners of war POW), Fronte centrale e

²²⁹ Reperibili su www.pca-cpa.org

Civili), ai quali dare la precedenza nella trattazione, fissando le date per le udienze, i termini presentazione delle memorie e contro memorie²³⁰.

Come si vedrà la Commissione ha deciso di dividere il proprio lavoro in due fasi: in un primo momento si è occupata esclusivamente di accertare le responsabilità delle parti e solo successivamente procederà alla determinazione e liquidazione dei danni. La fase di determinazione dei danni è tuttora in corso.: la Commissione ha tenuto alcune udienze nell'aprile del 2007 e ha emanato la Decision No. 7 "*Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*", e la Decision No. 8 "*Relief to War Victims*" il 27 luglio del 2007. Una seconda serie di udienze si è svolta nel maggio del 2008. A causa di questa divisione dei propri lavori, la Commissione ha a tutt'oggi, emesso principalmente lodi parziali (*Partial Awards*)²³¹:

1. Prisoners of War - Eritrea's Claim 17
2. Prisoners of War - Ethiopia's Claim 4
3. Central Front - Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22
4. Central Front - Ethiopia's Claim 2
5. Civilians Claims – Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32
6. Civilians Claims – Ethiopia's Claim 5
7. Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims - Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26
8. Western and Eastern Fronts - Ethiopia's Claims 1 & 3
9. Diplomatic Claim - Eritrea's Claim 20
10. Diplomatic Claim - Ethiopia's Claim 8
11. Loss of Property in Ethiopia Owned by Non-Residents - Eritrea's Claim

24

²³⁰ Le udienze della Commissione si sono tenute a L'Aja, presso il Peace Palace: quelle relative ai prigionieri di guerra sono durate circa una decina di giorni e si sono svolte nel dicembre del 2002; quelle relative al Fronte centrale si sono svolte dall'11 al 21 novembre 2003; quelle relative ai civili, dal 9 al 19 marzo 2004. Le udienze per tutti gli altri reclami si sono svolte invece solo nell'aprile del 2005.

²³¹ Tutti i lodi della Claims Commission sono reperibili sul sito web della Corte Permanente di Arbitrato www.pca-cpa.org

12. Economic Loss Throughout Ethiopia - Ethiopia's Claim 7

13. Jus Ad Bellum - Ethiopia's Claims 1-8

Solo due sono i lodi considerati completi (*final awards*)

1. Pensions - Eritrea's Claims 15, 19 & 23

2. Ports - Ethiopia's Claim 6

La decisione di dividere il proprio lavoro in due fasi, pur avendo permesso di giungere velocemente all'accertamento di tutte le responsabilità, ha probabilmente rallentato, la liquidazione dei danni, sulla quale la Commissione non ha ancora pronunciato alcun lodo: in base all'articolo 5 par.12 dell'Accordo la Commissione avrebbe dovuto completare i propri lavori entro tre anni dalla presentazione dei reclami, avvenuta il 12 dicembre 2001.

3. La competenza *ratione temporis* della Claims Commission

L'Accordo, all'art.5, par.1 prevede che il mandato della Commissione consiste nel decidere, tramite arbitrato vincolante, i reclami che

- 1) riguardano il conflitto oggetto del Framework Agreement, delle Modalities of implementation e del Cessation of Hostilities Agreement²³²
- 2) risultino da violazioni del diritto internazionale umanitario, incluse le Convenzioni di Ginevra del 1949, o altre violazioni del diritto internazionale.

Come si è accennato, la Commissione ha avuto modo di specificare le caratteristiche del proprio mandato e i limiti della propria competenza nella prima delle decisioni, di carattere endoprocessuale, ma vincolanti per le parti, assunte nel corso dei procedimenti.

²³² Questa la serie di accordi promossi dall'attività diplomatica dell'Organizzazione dell'Unità Africana precedentemente all'Accordo di Algeri del 12 dic.2000. L'Accordo-quadro di pace del 10 giugno 1998, approvato ad Ouagadougou e le *Modalità di esecuzione e le relative disposizioni tecniche*, adottate ad Algeri il 14 luglio 1999, rispettivamente dalla 34^a e dalla 35^a Assemblea dei capi di Stato e di Governo dell'OUA, nonché l'Accordo sulla cessazione delle ostilità tra Eritrea ed Etiopia concluso ad Algeri il 18 giugno 2000.

La *Decision n.1 : The Commission's Mandate/ Temporal Scope of Jurisdiction*²³³ precisa innanzitutto cosa si intenda per reclami riguardanti il conflitto (*related to*). A tale scopo la Commissione opera una delimitazione rigorosamente temporale del conflitto fra Eritrea ed Etiopia, identificandone il momento iniziale nel maggio del 1998 (data dell'attacco da parte dell'Eritrea alla città di Badme) e la formale conclusione nel 12 dicembre 2000, data della sottoscrizione dell'Accordo di pace. La Commissione presume che qualunque domanda relativa a questo arco di tempo rientri nella propria competenza (par.B *Decision n.1*).

Nella stessa Decisione, la Commissione esclude invece di avere competenza su controversie relative all'interpretazione o all'esecuzione dell'Accordo di Algeri. Per sussistere una simile competenza, questa avrebbe infatti dovuto essere esplicitamente assegnata alla Commissione. Né l'art. (5)1 né altre parti dell'Accordo danno una tale potere alla Commissione. (par.A *Decision n.1*)²³⁴.

La competenza della Commissione sembra dunque essere limitata ai reclami relativi a fatti verificatisi *pendente bello*. Infatti, da un lato i tre accordi citati (Framework Agreement, Modalities of implementation e Cessation of Hostilities) limitano *ratione temporis* la competenza della Commissione al conflitto scoppiato nel 1998 e terminato nel 2000, dall'altro l'applicazione del diritto internazionale umanitario sottintende l'esistenza di un conflitto armato. Circoscrivere la competenza alle violazioni del diritto internazionale umanitario e ad altre violazioni del diritto internazionale commesse durante la guerra, sembra dunque precludere la giurisdizione relativamente a episodi successivi e precedenti al conflitto.

Per ciò che riguarda i reclami relativi ad eventi successivi al dicembre 2000, la Commissione precisa però che questi potrebbero comunque essere

²³³ Reperibile su www.pca-cpa.org.

²³⁴ A differenza dell'Iran-United States Claims Tribunal, che era stato espressamente autorizzato a decidere le controversie relative all'interpretazione e all'esecuzione della Claims Settlement Declaration.

connessi al conflitto, se la parte interessata dimostra che sono stati causati dal conflitto armato tra le parti o sono accaduti nel corso di operazioni compiute dagli eserciti a conclusione della guerra, ad esempio mentre gli eserciti si stavano ritirando dopo il 12 dicembre del 2000 (par.C *Decision n.1*).

Il caso si è presentato nell'esame del reclamo n.17 presentato dall'Eritrea: l'Eritrea aveva lamentato che, anche dopo il 12 dicembre del 2000, i prigionieri di guerra non erano stati trattati dall'Etiopia secondo gli standard richiesti dal diritto internazionale e in particolare l'Etiopia non aveva provveduto a rimpatriare subito i prigionieri dopo la cessazione delle ostilità, come prescritto dall'articolo 118 della Terza Convenzione di Ginevra del 1949, relativa al trattamento dei prigionieri di guerra²³⁵. L'Etiopia ha replicato che la Commissione non aveva giurisdizione sul trattamento dei prigionieri di guerra successivo alla data dell'Accordo di Algeri, compresi i reclami relativi al rimpatrio dei prigionieri di guerra²³⁶. Inoltre, secondo l'Etiopia, il rimpatrio senza ritardo dei prigionieri di guerra non doveva considerarsi tanto un dovere imposto dal diritto internazionale umanitario (e in particolare dalla III Convenzione di Ginevra del 1949), quanto un obbligo posto a carico delle parti direttamente dall'art.2 dell'Accordo di Algeri che recita: “*1. In fulfilling their obligations under international humanitarian law, including the 1949 Geneva Conventions relative to the protection of victims of armed conflict (“1949 Geneva Conventions”), and in cooperation with the International Committee*

²³⁵ KLEIN *State Responsibility for International Humanitarian Law Violations and the Work of the Eritrea Ethiopia Claims Commission So Far*, in *German Yearbook of International Law*, 2004, p.214 ss, p.226-227.

²³⁶ *Partial Award, Prisoners of war, Eritrea's Claim 17*, par.16. L'Etiopia ha inoltre affermato che, se fosse stata riconosciuta la competenza della Commissione a giudicare sul rimpatrio dei prigionieri di Guerra, “*the Commission should also find that Eritrea failed to repatriate Ethiopian POWs with all due dispatch in accordance with the jus in bello*” La stessa tesi è stata sostenuta dall'Etiopia nel proprio reclamo n.4, sempre relativo ai prigionieri di Guerra. (*Ethiopia's Claim 4, Prisoners of War, Memorial, filed by Ethiopia on August 1, 2002, p. 283.*) La Commissione, come si vedrà nel testo, ha accettato la giurisdizione, ma ha respinto la richiesta dell'Etiopia di accertare le responsabilità dell'Eritrea per i ritardi nel rimpatrio dei prigionieri, non avendo l'Etiopia presentato un reclamo nei termini previsti dall'Accordo. *Partial Award, Prisoners of war, Ethiopia's Claim 4, par.20* (“*The same holding must be made with respect to Ethiopia's claim concerning repatriation, which was not filed by December 12, 2001, and consequently has been extinguished by virtue of Article 5, paragraph 8, of the Agreement*”)

of the Red Cross, the parties shall without delay release and repatriate all prisoners of war". Avendo la Commissione negato, proprio nella *Decision n.1*, par.A, la propria competenza a giudicare sull'interpretazione e l'applicazione dell'Accordo, secondo l'Etiopia il ritardo nel rimpatrio dei prigionieri di guerra, sancito dall'art.2 dell'Accordo, era insindacabile dalla Commissione²³⁷.

La Commissione ha invece accettato la giurisdizione su questi reclami, affermando che il maltrattamento dei prigionieri di guerra e l'ingiustificato ritardo del loro rimpatrio, sebbene avvenuti successivamente al 12 dicembre 2000, devono considerarsi eventi conseguenti alla guerra e connessi al conflitto nell'accezione stabilita nella *Decision n.1 par.C*. L'argomento dell'insindacabilità dell'art.2 dell'Accordo è stato respinto dalla Commissione, perché il fatto che l'obbligo di rimpatriare i prigionieri fosse sancito anche dall'Accordo, non faceva venir meno la competenza della Commissione a giudicare sulle violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 (nel caso specifico dell'art.118 della III Convenzione di Ginevra sul trattamento dei prigionieri di guerra). Infatti, non solo non è insolito, secondo la Commissione, che vi siano obblighi derivanti da più fonti, ma le Convenzioni di Ginevra sono espressamente richiamate nell'art.5 dell'Accordo che descrive la competenza della Commissione. Inoltre, lo stesso articolo 2 dell'Accordo dichiara di conformarsi agli obblighi internazionali sanciti dalle Convenzioni di Ginevra del 1949²³⁸.

Per ciò che riguarda episodi precedenti il maggio 1998, la Commissione ha affermato che, in linea di principio, non rientrano nella competenza della Commissione perché non possono logicamente avere alcuna relazione con il conflitto. Tuttavia la Commissione compie uno sforzo ulteriore per verificare se ci possa essere una particolare interpretazione della nozione di connessione con il conflitto, tale per cui anche reclami relativi ad episodi precedenti

²³⁷ *Partial Award, Prisoners of war, Eritrea's Claim 17*, par.18

²³⁸ *Partial Award, Prisoners of war, Eritrea's Claim 17*, par.21-22

possano considerarsi di competenza della Commissione. Si deve tenere presente anche negli anni precedenti vi erano stati degli scontri armati: le parti stesse hanno riconosciuto nelle proprie memorie che se non si fosse limitata l'interpretazione della connessione con il conflitto, si sarebbe corso il rischio di investire la Commissione anche di alcuni incidenti di frontiera avvenuti tra luglio e agosto del 1997, nonché di scontri che risalivano a numerosi anni prima²³⁹.

Nessuna delle parti ha dunque suggerito alla Commissione di adottare un'interpretazione più estesa del proprio mandato, né questa era logicamente possibile anche tenendo conto della capacità e delle risorse a disposizione della Commissione così come istituita dall'Accordo. Se il mandato si fosse esteso agli eventi precedenti il maggio 1998, inoltre, la Commissione avrebbe corso il rischio di sovrapporsi alle altre istituzioni create dall'Accordo, ovvero alla Boundary Commission prevista dall'art.4, per ciò che riguarda controversie confinarie, e all'ente previsto dall'art.3 dell'Accordo, nominato dal Segretario Generale dell' OAU. Quest'ultimo ente, mai istituito, aveva il compito di condurre un'indagine relativamente agli incidenti verificatisi fra le parti il 6 maggio 1998 e ad ogni eventuale precedente scontro, inclusi gli incidenti del luglio e agosto del 1997, che potesse avere contribuito a incomprensioni tra le parti relativamente al loro confine comune.

Per non correre il rischio di eccedere nel proprio mandato, e restando in armonia con la struttura complessiva dell'Accordo di Algeri, la Commissione esclude dunque a priori che qualunque fatto precedente al maggio 1998 possa essere considerato connesso con il conflitto.

²³⁹ Decision n.1, par. D. La Commissione rinvia al Memorandum of the State of Eritrea del 1 maggio 2001, par. 26, ("*certain claims may be properly compensable before the Commission even though they concern, in part, events taking place prior to the summer of 1997 . . . it is difficult to state categorically any jurisdictional time frame identifying which claims are suitable for consideration by this Commission.*"); e al Memorandum of the Federal Republic of Ethiopia del 15 giugno 2001 ("*The facts and events of the past during which misunderstandings arose over the boundary reach back to the 19th century, when boundary treaties were first concluded.*")

Come si vedrà, avere fissato la data dell'inizio della guerra nel maggio 1998 ha avuto importanti ripercussioni sull'accertamento della responsabilità dell'Eritrea per la violazione dello *jus ad bellum*.

4. La competenza *ratione materiae*

In base all'articolo 5 la Commissione doveva accertare violazioni del diritto internazionale umanitario, incluse le Convenzioni di Ginevra del 1949, e altre violazioni del diritto internazionale. La Commissione non poteva decidere *ex aequo et bono*.

Le parti intendevano in questo modo risarcire i danni derivanti dalla violazione delle regole relative alla condotta delle ostilità (*ius in bello*), anche se l'espressione "*altre violazioni del diritto internazionale*" lascia spazio alla Commissione a giudicare anche al di là delle regole di diritto internazionale umanitario in senso stretto²⁴⁰. Come si è già accennato, l'istituzione di un organo giurisdizionale che accerti le violazioni del diritto internazionale bellico e i relativi danni è un evento raro nel panorama internazionale: i risarcimenti per violazioni del diritto internazionale umanitario, se sono previsti, sono di solito già decisi nell'accordo di pace tra gli Stati, mentre, nel caso di riparazioni di guerre di aggressione imposte dal vincitore, i risarcimenti per violazioni dello *ius in bello* vengono di solito trascurati o limitati allo Stato sconfitto²⁴¹.

La Commissione, per accertare gli illeciti compiuti in violazione del diritto internazionale umanitario, ha dovuto in primo luogo individuare le norme applicabili alle parti. Infatti, nell'accertamento del diritto applicabile la

²⁴⁰ Vedi infra par successivo

²⁴¹ Cfr. ad esempio la giurisdizione dei TAM istituiti dopo la prima guerra mondiale, che non avevano competenza a giudicare sui reclami contro gli Stati vincitori, o la incompetenza della UNCC a giudicare sulle violazioni compiute in Iraq dalle forze della coalizione. Cfr. FRIGESSI di RATTALMA, *cit*, p.216

Commissione, secondo l'art 19 (2) delle Regole di procedura²⁴², doveva basarsi su:

- a. Convenzioni internazionali, generali o particolari, che stabiliscano regole espressamente riconosciute dalle parti
- b. Consuetudini internazionali
- c. Principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili
- d. Decisioni giudiziali o arbitrali e dottrina di varie nazionalità, come mezzi sussidiari

La Commissione poteva anche fare riferimento, in circostanze appropriate, al diritto interno.

Eritrea ed Etiopia, al momento della guerra, non erano parti di alcuno dei più importanti strumenti di diritto internazionale umanitario²⁴³. La Commissione dunque, ai fini della rilevazione della norma di diritto applicabile, ha quasi sempre dovuto fare riferimento a norme di natura consuetudinaria. Nella propria giurisprudenza, ha così affermato la natura consuetudinaria dei più importanti strumenti di diritto internazionale umanitario.

Innanzitutto la Commissione ha affermato che le Convenzioni di Ginevra del 1949 “*have largely become expressions of customary international law*”.²⁴⁴ La Commissione, nel ricostruire la natura consuetudinaria delle Convenzioni, non ha però svolto una puntuale ricostruzione della prassi e della *opinio juris*: la Commissione ha affermato semplicemente che “*important*

²⁴² L'articolo è chiaramente modellato sull' articolo 38,par.1 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

²⁴³ L'Etiopia era parte delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, ma non dei due Protocolli addizionali del 1977, ratificati solo nel 1994. L'Eritrea è divenuta parte delle Convenzioni di Ginevra solo nel 2000, mentre non ha mai ratificato i due Protocolli addizionali. L'Eritrea non poteva inoltre considerarsi successore nei trattati al momento dell'indipendenza. Cfr. Partial Award Prisoners of War - Ethiopia's Claim 4, par.24 e 26 / Partial Award Prisoners of War - Eritrea's Claim 17 par.33 e 35.

²⁴⁴ Cfr. Partial Award Prisoners of War - Ethiopia's Claim 4, par.31 / Partial Award Prisoners of War - Eritrea's Claim 17 par.40/ . Partial Award Central Front- - Eritrea's Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22 par 21/ Partial Award Central Front - Ethiopia's Claim 2 par.15 / Partial Award Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims - Eritrea's Claims 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 & 26 par 12 e 13

modern authorities” sostengono che le Convenzioni di Ginevra del 1949 siano espressione del diritto consuetudinario e che vi è una partecipazione quasi universale degli Stati a dette convenzioni²⁴⁵.

La Commissione ha anche sostenuto che le norme di diritto internazionale umanitario, per loro natura, possono diventare norme consuetudinarie più velocemente rispetto ad altre regole di diritto internazionale contenute in trattati²⁴⁶, e che comunque la natura consuetudinaria delle Convenzioni doveva dedursi dall'accettazione implicita delle norme dalle parti, che le hanno invocate nei rispettivi reclami²⁴⁷. In questo modo la Commissione ha creato una presunzione a favore della natura consuetudinaria delle Convenzioni e una conseguente inversione dell'onere della prova: se una parte asserisce che una norma delle Convenzioni di Ginevra non appartiene al diritto internazionale consuetudinario avrà l'onere di dimostrarlo²⁴⁸.

La Commissione ha svolto considerazioni analoghe anche a proposito delle norme contenute nella IV Convenzione del L'Aja del 1907, affermando semplicemente che nessuna delle parti ne ha contestato il carattere

²⁴⁵ Cfr Partial award Prisoners of war, Eritrea's claim 17, par.40 e nota 15. In particolare la Commissione ha fatto riferimento al parere della Corte Internazionale di giustizia *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 1996 I.C.J. p. 226 par. 79; al *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808* (1993), U.N. Doc. S/25704, par. 35; in dottrina, la Commissione cita FLECK *The Handbook Of Humanitarian Law In Armed Conflicts*, ed.Oxford University Press 1995, p.24; e MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Clarendon Press 1989,p.45.

²⁴⁶“ *There are also similar authorities for the proposition that rules that commend themselves to the international community in general, such as rules of international humanitarian law, can more quickly become part of customary international law than other types of rules found in treaties*”, Partial award Prisoners of war, Eritrea's claim 17, par.40 cit.

²⁴⁷ Partial award Prisoners of war, Eritrea's claim 17, par.41 : “*Consequently, the Commission holds that the law applicable to this Claim is customary international law, including customary international humanitarian law, as exemplified by the relevant parts of the four Geneva Conventions of 1949. The frequent invocation of provisions of Geneva Convention III by both Parties in support of their claims and defenses is fully consistent with this holding*”. Sull'incidenza delle affermazioni delle parti di una controversia nella rilevazione della natura consuetudinaria della norma internazionale, cfr. PALCHETTI *La rilevanza dell'atteggiamento degli Stati parti nell'accertamento del diritto internazionale genera leda parte della Corte internazionale di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, p.647-679.

²⁴⁸Partial award Prisoners of war, Eritrea's claim 17, par.41 : “*Whenever either Party asserts that a particular relevant provision of those Conventions should not be considered part of customary international law at the relevant time, the Commission will decide that question, and the burden of proof will be on the asserting Party*”.

consuetudinario, riconosciuto da oltre cinquant'anni²⁴⁹. E' interessante però vedere come la Commissione abbia però fornito un'interpretazione particolare, che sembra lontana dal diritto consuetudinario, dell'art.3 della IV Convenzione dell'Aja relativo alla responsabilità dello Stato, riprodotto quasi integralmente nell'art.91 del I Protocollo Addizionale alle Convenzioni. di Ginevra. L'articolo sancisce la responsabilità dello Stato per gli atti delle proprie forze armate, sia per quelli compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni, sia per quelli *ultra vires* riconducibili alle funzioni dell'organo, sia per gli atti esclusivamente a carattere privato e riconosce l'obbligo in capo allo Stato medesimo di pagare un risarcimento se altre forme di riparazione del fatto illecito non sono possibili. La norma è generalmente considerata di rango consuetudinario, ma la Commissione ha dato un'interpretazione del contenuto della norma che sembra lontana dalla prassi degli Stati e dalla lettera stessa della Convenzione, affermando che solo le *serious violations* del diritto internazionale umanitario danno luogo a responsabilità dello Stato e che i fatti illeciti commessi dalle forze armate, perché si abbia una responsabilità dello Stato, devono essere avere carattere frequente e sistematico, ovvero devono essere frequenti, massicci e coinvolgere un significativo numero di vittime²⁵⁰.

L'approccio seguito dalla Commissione appare piuttosto restrittivo e non sembra conforme all'art.3 della IV Convenzione dell'Aja²⁵¹:

²⁴⁹ , Partial Award Western Front & Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1,3,5,9-13,14,21,25 &26 , par.13 "*The customary law status of the Hague Regulations has been recognized for more than 50 years. Had either Party asserted that a particular provision of those Conventions and Regulations should not be considered part of customary international humanitarian law at the relevant time, the Commission would have decided that question with the burden of proof on the asserting Party. In the event, however, neither Party contested their status as accurate reflections of customary law*".

²⁵⁰ Partial Award Prisoners of War, Eritrea's Claim17 par.45 / Partial Award Prisoners of War, Ethiopia's Claim 4, par.36 Sulla base di questo principio la EECC ha negato la responsabilità dello Stato in diversi casi di arresti, deportazioni e tortura di civili Cfr. Partial Award Central Front, Eritrea's Claims 2,4,6,7,8 &22/ Partial Award Central Front Ethiopia,'s Claim 2/ Partial Award Western & Eastern Front Ethiopia's Claims 1&3/ Partial Award Western Front & Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1,3,5,9-13,14,21,25 &26

²⁵¹ SOMMARIO *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law in the Work of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, *cit*, pp. 393-407; Cfr anche VENTURINI *International Law and the Conduct of Military Operations*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, *cit*, pp.279-305.

nell'accezione data dalla Commissione la responsabilità dello Stato sembra effettivamente configurarsi piuttosto come un dovere di protezione. La responsabilità dello Stato deriverebbe cioè da una negligenza nel vigilare sulle proprie forze armate e nell'incapacità di impedire che si verificino massicce e ripetute violazioni del diritto internazionale umanitario: non basterebbero singoli atti compiuti dai soldati o episodi isolati, ma un coinvolgimento "omissivo" dei vertici della gerarchia militare.

L'interpretazione della Commissione appare suggestiva, ma non sembra rifletter il diritto internazionale consuetudinario, e inoltre rischia di limitare fortemente la responsabilità dello Stato e il relativo risarcimento. Probabilmente lo standard richiesto dalla Commissione è dovuto all'esigenza del tribunale di far fronte in tempi brevi ai reclami presentati, nonché alla oggettiva difficoltà di ricostruire le vicende e di distinguere episodi isolati, magari di difficile prova, da sistematiche violazioni del diritto internazionale²⁵².

La Commissione ha affermato anche che la maggior parte delle norme del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra sono espressione di norme consuetudinarie, sulla base del fatto che le parti sembrano avere considerato le regole sulla condotta degli attacchi come espressione di una norma consuetudinaria vincolante²⁵³.

Data la non universalità del I Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra e l'opposizione ad esso da parte di potenze quali Israele e Stati Uniti,

²⁵² La scelta della Commissione potrebbe cioè essere stata motivata dall'incapacità delle parti di provare e ricostruire dettagliatamente i fatti. Inoltre, delineare un dovere di protezione permetteva di accertare responsabilità per fatti di dubbia imputazione a membri dell'esercito (es. i saccheggi nella città di Tserona: l'Etiopia è stata condannata nonostante non vi fosse una prova della diretta partecipazione dei militari, *Central Front, Eritrea Claims*) COLANDREA *L'attribuzione allo Stato delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario nella giurisprudenza della Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, in *La Comunità Internazionale*, 2006, p.790 ss, p.793.

²⁵³ *Partial Award Western Front & Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims* 1,3,5,9-13,14,21,25 &26 par 14: "Although portions of Geneva Protocol I involve elements of progressive development of the law, both Parties, with one exception, treated key provisions governing the conduct of attacks and other relevant matters in the claims decided by this Partial Award as reflecting customary rules binding between them".

la ricostruzione della natura consuetudinaria delle norme del Protocollo lascia spazio a diverse perplessità. Tuttavia va sottolineata la maggiore prudenza della Commissione nell'affermare la natura consuetudinaria del Protocollo rispetto alle Convenzioni di Ginevra del 1949: in questo caso non opera alcuna presunzione della natura consuetudinaria delle norme, che va invece accertata di volta in volta dalla Commissione²⁵⁴.

Occorre però evidenziare anche che la Commissione ha fornito spesso interpretazioni del tutto particolari di alcune norme del I Protocollo, interpretazioni che sembrano lontane dal diritto consuetudinario, e che si collocano piuttosto in una prospettiva di sviluppo del diritto internazionale umanitario: è ad esempio il caso dell'art.52 par.2 sulla definizione di obiettivo militare²⁵⁵; dell'art. 54 relativo ai beni indispensabili per la sopravvivenza della popolazione civile²⁵⁶; dell'art.57 sul dovere di precauzione²⁵⁷.

²⁵⁴ KLEIN, cit, p.235

²⁵⁵ Cfr. *Partial Award Western Front & Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1,3,5,9-13,14,21,25 &26*, par.113. L'Eritrea aveva chiesto di dichiarare l'illegittimità del bombardamento contro la centrale elettrica di Hirgigo perché non avrebbe fornito un vantaggio militare specifico in conformità a quanto previsto dall'art.52 par 2 del Protocollo. La Commissione ha dichiarato che la natura di obiettivo militare non può essere colta nel contesto di un singolo attacco, ma deve essere vista alla luce delle operazioni militari compiute tra le parti, considerate nel loro complesso e non semplicemente nel contesto di un singolo attacco e conseguentemente, ha giudicato legittimo il bombardamento della centrale elettrica di Hirgigo. Una siffatta interpretazione non sembra corrispondere al diritto consuetudinario: il vantaggio derivante dall'attacco deve sempre essere dotato di una specificità, che viene invece meno se si considera l'insieme delle operazioni militari. A supporto dell'interpretazione prevalente è la ricostruzione della norma che emerge *dissenting opinion* redatta dal Presidente della Commissione, Hans van Houtte. Cfr. VIERUCCI *Sulla nozione di obiettivo militare nella guerra earea: recenti sviluppi della giurisprudenza internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, p.693 ss, p.701.

²⁵⁶ Cfr. *Partial Award Western Front & Aerial Bombardment and Related Claims, Eritrea's Claims 1,3,5,9-13,14,21,25 &26*, par.102-105 La Commissione ha ritenuto illegittimo il bombardamento compiuto contro il bacino idrico di Harsile: il bacino era utilizzato ad uso esclusivamente civile e costituiva l'unica fonte di acqua potabile per la città di Assab, dunque indispensabile alla sopravvivenza della popolazione civile.

²⁵⁷ Cfr. *Partial Award Central Front, Ethiopia's Claim 2*, par.111. La Commissione ha dichiarato illegittimo il bombardamento dell'aeroporto di Mekele in Etiopia, perché era stato colpito il villaggio vicino, e in particolare una scuola, e, sebbene non vi fosse l'intenzione di considerare il villaggio un obiettivo, l'Eritrea aveva ommesso di adottare le precauzioni necessarie per evitare perdite fra la popolazione civile. Secondo la Commissione il principio di precauzione imporrebbe alle parti anche di evitare il ripetersi di atti di negligenza, predisponendo ad esempio cambiamenti nell'addestramento o indagini volte ad accertare il motivo dell'errore. VIERUCCI, cit, pag.722.

5. (segue) La competenza a decidere sullo *jus ad bellum*

Come si è visto, da un punto di vista temporale, il mandato della Commissione si estende dal maggio 1998 al 12 dicembre 2000, data dell'Accordo di Algeri. Nella esaminata Decisione n.1, la Commissione aveva fissato la data di inizio del conflitto (*outbreak of the armed conflict*)²⁵⁸, ma non aveva specificato se anche gli scontri del maggio 1998 fossero giudicabili dalla Commissione. La Commissione sembra effettivamente presumere che qualunque reclamo relativo a fatti ricompresi in quei limiti temporali sia connesso al conflitto, e dunque rientrante nella propria giurisdizione.²⁵⁹

Ma logicamente, quello che è considerato il primo atto di guerra non può essere giudicato alla stregua delle norme internazionali sui conflitti armati appena esaminate. Ecco che allora assume particolare importanza la previsione dell'articolo 5 dell'Accordo che autorizza la Commissione a giudicare, oltre alle violazioni di diritto internazionale umanitario, anche “*altre violazioni del diritto internazionale*”.

La questione è di non poca importanza. La Commissione ha infatti accettato di giudicare sui reclami proposti dall'Etiopia per le violazioni delle norme sullo *jus ad bellum*, condannando l'Eritrea per gli episodi avvenuti nella zona di Badme, che avrebbero dato inizio all'intero conflitto (Iodo *Jus ad bellum, Ethiopia Claims 1-8*). In particolare la Commissione è stata chiamata dall'Etiopia a giudicare della legittimità dell'uso della forza da parte dell'Eritrea e, accogliendo parzialmente le domande presentate dall'Etiopia, ha dichiarato l'Eritrea responsabile per le perdite e i danni patiti in conseguenza dell' attacco armato, compiuto contro la città di Badme il 12 maggio 1998, ritenuto illecito in violazione delle regole di diritto

²⁵⁸ La Commissione ignora invece altri scontri precedentemente verificatisi in territorio eritreo nel luglio-Agosto 1997. cfr. KLEIN *cit.*, pp.223 e ss.

²⁵⁹ Cfr. il già citato par.B della Decione n.1 “*In the overall context of the relevant document cited in Article 5 (1), the Commission understands this to mean the armed conflict that began in May 1998 and was formally brought to an end by the Agreement on December 12, 2000. There is a presumption that claims arising during this period “relate to” the conflict and are within the commission’s jurisdiction*”.

internazionale sul ricorso alla forza, in particolare dell'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite²⁶⁰.

Secondo la Commissione l'uso della forza rientrerebbe cioè fra le “*altre violazioni del diritto internazionale*” comunque “*riguardanti il conflitto*”. In questo modo la Commissione dichiara di avere competenza a giudicare anche su quello che può essere considerato il primo atto di guerra, a prescindere dalla natura della norma internazionale violata: sembrerebbe dunque quasi superflua la distinzione fra le norme di diritto internazionale applicabili (*jus in bello/ jus ad bellum*), e l'unico limite alla competenza della Commissione sarebbe dato dalla relazione tra i reclami sottoposti all'esame della Commissione ed il conflitto. Se emergono violazioni di norme di diritto internazionale, di qualunque genere, nel lasso di tempo considerato, la Commissione è competente a giudicare i relativi reclami perché già presunti “*related to the conflict*”.

L'applicazione delle norme riguardanti l'uso della forza è tuttavia un problema che appartiene ad un'area del tutto diversa del diritto internazionale rispetto al diritto internazionale umanitario, e può sembrare superficiale dedurre la competenza a giudicare su questa materia dalla semplice formulazione dell'articolo 5 dell'Accordo, senza che una norma assegni esplicitamente tale potere alla Commissione²⁶¹. L'idea che il giudizio sull'uso della forza sia dotato di una tale particolarità da necessitare un espresso ed inequivocabile consenso non deducibile da altri elementi, è tesi controversa: la stessa Corte Internazionale di Giustizia, tutte le volte che ha giudicato dell'uso illecito della forza, non aveva mai avuto espresso mandato in tal senso²⁶².

²⁶⁰ La Commissione ha condannato l'Eritrea per la violazione delle norme relative allo *jus ad bellum* solo per ciò che riguarda gli eventi analizzati relativi all'inizio delle ostilità sul fronte occidentale, ritenendo che altri attacchi armati successivi contestati dall'Etiopia fossero semplicemente determinati dallo sviluppo delle operazioni militari.

²⁶¹ Critica rispetto alla competenza della Claims Commission a giudicare sulla violazione dello *Jus ad bellum* GRAY, “*The Eritrea/Ethiopia Claims Commission oversteps its boundaries : a partial award?*” in EJIL 2006, pag. 699 e ss

²⁶² GRAY, cit. pg.720. Nella caso *Oil platforms*, ICJ Reports 1996, 803, il Giudice Oda diede una separate opinion in base alla quale la Corte Internazionale di Giustizia non avrebbe giurisdizione sui casi che riguardano l'uso della forza in assenza di un chiaro consenso. La stessa Gray riconosce

L'ultimo periodo dell'articolo 5 dell'Accordo recita :

“La Commissione non ascolterà reclami che sorgano dal costo delle operazioni, preparativi per operazioni militari, o l'uso della forza, salvo il caso che tali reclami riguardino violazioni del diritto internazionale umanitario”.

Nel lodo sullo *jus ad bellum* la Commissione evidenzia come, in una fase precedente del procedimento, la parti avevano concordato su un'interpretazione di tale previsione che escludeva la competenza solo per ciò che riguarda i costi delle attività elencate²⁶³. La Commissione aveva deciso di rispettare quell'interpretazione, dichiarandola in una lettera alle parti del 24 luglio 2001²⁶⁴.

La Commissione sembra quasi supporre, con una sorta di ragionamento *a contrario*, che, essendo l'uso della forza esplicitamente menzionato, data la formulazione ambigua del presente articolo, se le parti, padrone di decidere la competenza del tribunale arbitrale, avessero voluto escludere questa materia dai reclami, avrebbero potuto farlo quando decisero l'interpretazione dell'ultimo comma dell'art.5 dell'Accordo. Resta dubbio che una tale interpretazione, che indiscutibilmente esclude dalla competenza della Commissione i reclami relativi ai costi, sia effettivamente sufficiente ad attribuire la competenza a decidere sulla violazione dello *jus ad bellum* o che da essa si possa dedurre una sorta di volontà implicita della parti in tal senso. Tuttavia, secondo la Commissione, la formulazione dell'art.5 è quindi formalmente idonea a sostenere la giurisdizione della Commissione.

Una possibile obiezione alla competenza della Commissione relativa agli episodi che hanno dato origine alla guerra è che l'Accordo di Algeri del

poi che, se si fosse seguita la linea del Giudice Oda, la Corte non avrebbe giudicato la maggior parte dei casi sull'uso della forza (*DRC v. Uganda, il caso Nicaragua, il caso Oil Platforms ecc.*)

²⁶³ *Partial Award, Jus ad bellum*, cit., n.5

²⁶⁴ Commission's July 24, 2001 Letter to the Parties, point 5: *“The Commission notes the agreement of the Parties that the last sentence of Article 5, paragraph 1 of the Agreement of 12 December 2000, despite its wording, was intending to mean that claims of compensation for all costs of military operations, all costs of preparing for military operations, and all costs of the use of force are excluded from the jurisdiction of the Commission, without exceptions”.*

2000 prevedeva a tal fine l'istituzione di un organismo specifico. In base all'art.3 dell'Accordo, come già si è avuto modo di accennare, le cause del conflitto e l'origine delle incomprensioni fra i due Stati dovevano essere accertate da un ente istituito *ad hoc*, nominato dal Segretario Generale dell'OUA in consultazione con il Segretario Generale dell'ONU e con le parti. Il fatto che tale organo non sia mai stato costituito, nulla toglie al problema della competenza della Commissione.

Si può però notare che questo organo avrebbe dovuto condurre un'indagine sugli incidenti del 6 maggio 1998 e del luglio e agosto precedenti, mentre la Commissione ha fissato proprio il maggio 1998 come limite *a quo* per l'analisi dei reclami²⁶⁵, stabilendo a tale data l'inizio della guerra.

Inoltre, è importante rilevare che, oltre ad una differenza di competenza temporale, i due organi hanno anche poteri diversi. L'ente previsto dall'art.3 avrebbe ricostruito le origini del conflitto stabilendo dei fatti, senza sancire responsabilità internazionali: le determinazioni di questo organo non avrebbero comportato alcuna condanna per violazione di norme internazionali. La prospettiva della Commissione è invece diversa, ed essa ha dunque rivendicato la sua competenza in quanto unico organo previsto dall'Accordo in grado di valutare tali violazioni in funzione di risarcimenti monetari²⁶⁶. In ogni caso, in base all'Accordo, le determinazioni dell'organo dell'art.3 non avrebbero potuto condizionare le decisioni della Commissione.

Se la Commissione ha ritenuto di poter giudicare la violazione delle regole dello *jus ad bellum*, questa decisione sarebbe stata presa anche in presenza del suddetto organo e, quel che più conta, la Commissione non sarebbe stata legata in alcun modo alla ricostruzione dei fatti operata da questo.

²⁶⁵ Decision n.1 on *The Commission's Mandate/Temporal Scope of Jurisdiction*, *cit supra*, reperibile su www.pca-cpa.org

²⁶⁶ "Determination of the origins of the conflict and the nature of misunderstandings about the border, had they been made by the impartial body anticipated by article 3, could have been helpful in promoting reconciliation and border delimitation, but they certainly would not have answered the question of the legality of Eritrea's resort to force[...]This Commission is the only body assigned by the Agreement with the duty of deciding claims of liability for violations of international law.", *jus ad bellum* Partial Award, p.4.

L'argomento non pare dunque decisivo per escludere la giurisdizione della Commissione.

Come si avrà modo di vedere a proposito dei danni risarcibili, la competenza della Commissione a giudicare sull'uso della forza non pregiudica in alcun modo l'accertamento delle violazioni delle norme di diritto internazionale umanitario: l'accertamento della violazione del divieto dell'uso della forza non implica cioè a carico di una delle parti la responsabilità di avere causato una guerra di aggressione, e il conseguente obbligo di risarcire la totalità dei danni causati²⁶⁷. Le parti dunque, indipendentemente dall'accertamento della responsabilità dell'Eritrea di avere iniziato la guerra, saranno tenute a risarcire i danni arrecati in conformità alle norme dello *jus in bello* e al principio di uguaglianza dei belligeranti *pendente bello*²⁶⁸.

La stessa Commissione ha del resto già affermato, nella propria Decisione n.7, *Guidance Regarding Jus ad bellum Liability*, che la responsabilità dell'Eritrea per la violazione dello *jus ad bellum*, non implica un risarcimento della totalità dei danni²⁶⁹. Nella valutazione dei danni risarcibili, infatti, occorrerà tener conto che, sebbene vi sia l'accertamento di un illegittimo uso della forza di una delle Parti, non si è di fronte ad un tradizionale sistema di riparazione post bellico, ma ad un accertamento degli illeciti compiuti dagli Stati da parte di una Commissione giurisdizionale imparziale, istituita su accordo delle parti e non imposta da un vincitore.

²⁶⁷ A differenza di quanto accaduto per l'Iraq durante la prima guerra del Golfo, ove la responsabilità dell'Iraq era già stata accertata dal Consiglio di sicurezza per tutti i danni derivanti dall'invasione del Kuwait, prima che la UNCC fosse istituita. Sul diverso ruolo del CdS nel conflitto Eritrea-Etiopia rispetto all'invasione del Kuwait da parte dell'Iraq, Cfr. Decision n.7 della Claims Commission, par 29 ss. Il Consiglio di Sicurezza condannò ripetutamente l'aggressione dell'Iraq fino all'istituzione della UN Compensation Commission (Cfr. le Risoluzioni del CdS 660 (2 agosto 1990); 661 (6 agosto 1990), 662 (9 agosto 1990), 664 (18 agosto 1990); 665 (25 agosto 1990); 667 (16 settembre 1990); 670 (25 settembre 1990) 674 (29 ottobre 1990) e 678 (29 novembre 1990)), mentre durante il conflitto Eritrea Etiopia il CdS ha sempre invitato entrambe le parti a cessare le ostilità, senza addossare l'intera responsabilità a una delle parti (Cfr. Risoluzioni del CdS 1177 (26 giugno 1998); 1226 (29 gennaio 1999); 1227 (10 febbraio 1999); 1297 (17 maggio 2000).

²⁶⁸ GATTINI, cit, p.533

²⁶⁹ Reperibile su www.pca-cpa.org.

6. La competenza *ratione personae*: la legittimazione a proporre reclami e lo *State to State arbitration*

L'art.5 dell'Accordo di Algeri prevede che il mandato della Commissione è di decidere attraverso arbitrato vincolante i reclami presentati:

- dal Governo di una delle parti contro l'altro
- dai cittadini di una delle parti contro il Governo della controparte o enti appartenuti o controllati dalla controparte (par.1).

Nello stesso articolo, comunque, viene affermato che tutti i reclami dovevano essere presentati alla Commissione da ognuna delle parti nel proprio interesse (*on its own behalf*) o per conto dei propri cittadini (*on behalf of its nationals*) (par.8). Da ciò emerge che, secondo l'Accordo di Algeri, non è possibile sottoporre reclami individuali direttamente dai singoli: ogni procedimento avanti alla Commissione è un arbitrato fra Stati e gli individui non hanno *locus standi* avanti alla Commissione.

Tuttavia le previsioni dell'Accordo rivestono un'importanza particolare, perché garantiscono una forma di protezione per gli individui avanti ad un tribunale internazionale per risarcimento dei danni da guerra.

Tradizionalmente la responsabilità per violazione delle norme di diritto internazionale umanitario ed il connesso obbligo risarcitorio, sussistono esclusivamente nelle relazioni interstatali, ma ci si chiede se possa essere riconosciuto un diritto al risarcimento in favore dei singoli che abbiano concretamente subito una lesione.

La prassi internazionale appare fino ad ora orientata nel senso di escludere la possibilità per le vittime di agire innanzi alle corti nazionali onde ottenere dallo Stato autore dell'illecito il risarcimento dei danni. Tale conclusione si fonda sull'idea che le norme contenute nell'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja del 1907 e nell'art.91 del I Protocollo Addizionale alle Convenzioni di

Ginevra del 1977 riguardino esclusivamente i rapporti tra gli Stati, o comunque abbiano carattere non *self-executing*²⁷⁰.

La riparazione dei danni derivanti dalle violazioni del diritto internazionale umanitario risulta quindi ancora oggi affidata essenzialmente a procedimenti arbitrali interstatali, in larga parte riconducibili al modello della protezione diplomatica.

Con la protezione diplomatica lo Stato si attiva sul piano internazionale per assumere la tutela del proprio cittadino che abbia subito un danno a causa di un illecito internazionale compiuto da un altro Stato²⁷¹. Lo Stato che agisce in protezione diplomatica fa valere un diritto suo proprio, e non del cittadino danneggiato. Lo Stato è dunque il titolare del diritto al risarcimento del danno che sorge dalla lesione recata dal comportamento, contrario al diritto internazionale, tenuto da uno Stato nei confronti del privato. Nell'esercitare la protezione diplomatica lo Stato è libero, dal punto di vista del diritto internazionale, di porre in essere o meno la protezione diplomatica, nonché di rinunciare o transigere con lo Stato estero una volta iniziata l'azione. Essendo titolare di un proprio interesse, lo Stato può agire anche contro la volontà dell'individuo. Anche l'eventuale risarcimento sarà dovuto allo Stato leso, e non all'individuo.

Nei sistemi di riparazione post belliche si possono del resto trovare tentativi, molto diversi fra loro, di coinvolgere gli individui nei procedimenti,

²⁷⁰ RONZITTI *Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims, in The Italian Yearbook of International Law*, 2002, p.39 ss.; RONZITTI *Access to Justice and Compensation for Violations of the Law of War*, in FRANCIONI (edited by) *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, p.97 ss. p.109-110. L'autore sottolinea anche il problema di superare il tradizionale ostacolo dell'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione per gli atti compiuti iure imperii. Cfr. ad esempio la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 5 giugno 2002, n.8517, *Presidenza del Consiglio dei Ministri v. Markovic e altri*, commentato da RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 682 ss. Vi sono tuttavia recenti casi in cui l'immunità dello Stato non è stata riconosciuta: cfr. la sentenza della Corte Suprema Greca *Prefecture of Voiotia v. Federal republic of Germany*, 4 maggio 200 (in *AJIL*, 2001, p198), nonché la sentenza italiana della Cassazione, SU n.5044/2004 *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania* (in *RDI*, 2004, p.539); Si veda inoltre la recentissima sentenza del 21 ottobre 2008 della Corte di Cassazione che ha condannato la Germania per la strage compiuta a Civitella, Arezzo, avvenuta il 29 giugno 1944.

²⁷¹ CONFORTI, *Diritto Internazionale*², p.298 RONZITTI *Introduzione al Diritto Internazionale*², Torino 2007, p.349 ss.

attraverso strumenti diretti ad assicurare il risarcimento per i pregiudizi subiti nel corso di conflitti armati, ed in particolare nell'ipotesi di violazione delle norme dello *ius in bello*, che in misura più o meno ampia tendono a discostarsi dai tradizionali schemi dell'arbitrato e della protezione diplomatica.

Ad esempio i TAM istituiti dopo la Grande Guerra potevano giudicare sia le controversie fra individui che quelle fra individui e Stati: era riconosciuto quindi un vero e proprio *locus standi* per gli individui, i quali potevano presentare reclami senza bisogno di essere rappresentati dal proprio Stato (“*without the necessity of first obtaining the representation of their own Government*”)²⁷². L'accesso diretto degli individui a questi tribunali fu molto contestato e non sempre efficiente: poiché mancava una rappresentanza processuale degli individui da parte dello Stato e dato l'elevato numero di reclami, non sempre gli individui hanno saputo gestire in maniera efficiente le proprie domande e i relativi procedimenti²⁷³. Occorre inoltre sottolineare che questi Tribunali devono comunque considerarsi “unilaterali”, poiché l'azione poteva essere introdotta solo da cittadini delle potenze vincitrici contro lo Stato vinto o contro i cittadini di quest'ultimo²⁷⁴.

I privati non avevano invece accesso diretto alle Commissioni di Conciliazione istituite dopo la Seconda Guerra mondiale, ma avevano comunque un ruolo molto importante nella fase di valutazione dei reclami, dopo la loro proposizione da parte degli Stati²⁷⁵.

²⁷² GORMLEY *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, 1966, p.1 ss. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova 2003, pp. 631 e ss

²⁷³ Cfr. BLÜHDORN *Le Fonctionnement et la Jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes Créés par les Traités de Paris*, in *Recueil des Cours*, 1932, III, p.175, il quale lamenta che la mancanza di una previsione che obbligasse i privati di avvalersi degli agenti del proprio Stato durante il procedimento, obbligo che avrebbe snellito le procedure e migliorato il lavoro dei tribunali.

²⁷⁴ Cfr. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano 1950, p.63.

²⁷⁵ Cfr. VIGNES, *La Commission de Conciliation Franco-italienne*, in *Annuaire Français*, 1955, I, p.217, il quale sottolinea come, secondo le regole di procedura della Commissione franco-italiana, le controversie erano proposte e regolate dai Governi degli Stati.; cfr. anche ANGEL *Réparation en vertu du Traité avec l'Italie des Dommages de Guerre Causés à des Personne Privées*, Ginevra, 1967, p.25.

La posizione degli individui è diversa nella UN Compensation Commission, istituita per i reclami e i risarcimenti derivanti dall'invasione e occupazione del Kuwait da parte dell'Iraq. I reclami sono infatti presentati dai governi, ma possono farlo anche per conto dei propri cittadini o di enti, i quali hanno comunque un ruolo attivo nel procedimento sin dall'inizio. Inoltre, è prevista una protezione ulteriore delle società private, che possono, in via sussidiaria, presentare i propri reclami nel caso in cui lo Stato si rifiuti di farlo²⁷⁶. Pur esulando dalle riparazioni di guerra, un importante riconoscimento del diritto di azione degli individui si è avuto con il Tribunale per i reclami Iran-Stati Uniti: i privati possono infatti presentare i propri reclami sia nei confronti di altri privati, che nei confronti degli Stati, secondo quanto previsto dall' Art.II par.1 della Claims Settlement Declaration del 19 gennaio 1981²⁷⁷.

Eritrea ed Etiopia hanno probabilmente tenuto conto di queste precedenti esperienze e della natura "di massa" dei possibili risarcimenti dei danni di guerra. Tuttavia, forse per una certa sfiducia nei meccanismi che consenta una gestione dei reclami diretta da parte di un individuo di fronte ad un tribunale internazionale, è stata esclusa una capacità processuale dei singoli, ma è stato ammesso semplicemente che ogni Governo potesse farsi promotore anche di domande risarcitorie nell'esclusivo interesse dei singoli.

La tutela concessa agli individui dal Trattato di Algeri sembra comunque di portata ampia: le parti possono addirittura presentare reclami per conto di individui di origine etiope o eritrea che possono non essere cittadini (par 9). La giurisdizione della Commissione sui reclami sottoposti per conto di non-cittadini deve essere compresa alla luce del Referendum sull'indipendenza dell'Eritrea tenutosi il 23-25 aprile 1992. In quell'occasione il Governo

²⁷⁶ LILLICH, R.B., (ED.) *The United Nations Compensation Commission [Thirteenth Sokol Colloquium]*, 1995, pp.45 ss., M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Nazioni Unite e Danni derivanti dalla Guerra del Golfo*, Giuffrè, Milan, 1995, p.115 ss.

²⁷⁷ Testo reperibile in 20 ILM 230 1981, <http://www.iusct.org/claims-settlement.pdf>, riprodotto anche in *Iran-US Claims Tribunal Reports*, vol. 1, p. 3. Cfr. anche G.H. ALDRICH, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp.43 ss. Tuttavia, per i cosiddetti "small claims" di valore inferiore ai 250.000 dollari, gli unici legittimati a presentare reclami sono gli Stati.

Provvisori di Eritrea autorizzò molti etiopi di origine Eritrea a votare, dopo un procedimento di registrazione che permetteva di ottenere la "Eritrean Nationality Identity Card" (ENIC). L'Etiopia ha ritenuto che i propri cittadini che avevano ottenuto la ENIC avessero acquistato una effettiva cittadinanza Eritrea e che avessero conseguentemente perso la propria cittadinanza etiopica²⁷⁸. Per questo motivo, durante la guerra, il Governo etiopico annunciò che ogni persona di origine Eritrea avrebbe dovuto lasciare il paese, e cominciò delle espulsioni di massa²⁷⁹.

Una particolare disposizione di favore per gli individui è quella dell'5 par. 10 dell'Accordo, che prevedeva la possibilità di analizzare i reclami proposti nell'interesse di individui con un particolare procedimento, volto a velocizzare l'analisi dei reclami "di massa". Come si avrà modo di vedere questo procedimento, pur essendo stato adottato dalla Commissione, non è mai stato utilizzato.

Tutti i procedimenti analizzati dalla Commissione costituiscono dunque uno *State to State arbitration*, ma i reclami presentati sono così suddivisibili:

- a) *Claims on his own behalf* : che riguardano danni e perdite patite direttamente dallo Stato, ma possono anche concernere danni sofferti da cittadini che non hanno presentato reclami individuali. In questo caso lo Stato agisce in protezione diplomatica dei propri cittadini. Ciò significa che lo Stato sta tutelando un interesse proprio e che può in ogni momento, rinunciare a questa tutela o trovare una transazione con l'altro Stato. Tutti i reclami presentati dall'Etiopia e gran parte di quelli presentati dall'Eritrea erano "*on his own behalf*".
- b) *Claims on behalf of named persons (nationals and not nationals)*: l'Eritrea, nei propri reclami 27-32, ha presentato reclami per conto di sei individui

²⁷⁸ Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15,16,23 & 27-32, par.6 and 43 ss; See WEERAMANTRY *Civilians Claims (Eritrea v. Ethiopia)*, *Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32/Ethiopia's Claim 5, Partial Awards*. At <<http://www.pca-cpa.org>>. *Eritrea Ethiopia Claims Commission, December 17, 2004*, in 100 AJIL 201, 203

²⁷⁹ KLEIN *State Responsibility for International Humanitarian Law Violations and the Work of Eritrea Ethiopia Claims Commission So far*, in *German Yearbook of International Law*, 2005, p.228 e p.215.

determinati.²⁸⁰ In questi reclami lo Stato sembra agire non tanto in protezione diplomatica, ma come sostituto processuale dell'individuo. Il vero attore sarebbe l'individuo e l'oggetto del reclamo non sarebbe un diritto dello Stato, ma dell'individuo. Lo Stato agirebbe come un rappresentante e non potrebbe disporre del diritto dell'individuo a sua discrezione²⁸¹. Questo particolare modello di presentazione dei reclami necessita tuttavia un'ulteriore analisi.

7. (segue) I reclami *on behalf of named individuals*

I reclami per conto di individui già determinati, *on behalf of named persons*, come già accennato, sono presentati dallo Stato, ma in nome e per conto di individui ben precisi. Il fatto di agire nell'interesse di individui, fa sorgere alcuni dubbi sulla natura di questo tipo di azione e sul reale diritto del singolo ad ottenere un risarcimento. Ad un primo sguardo questi reclami sembrano avere una particolare natura mista, avendo sia i caratteri delle controversie fra Stati (tutti i procedimenti sono fra il Governo di Eritrea e il Governo di Etiopia), sia quelli delle controversie interindividuali (i singoli sembrano avere un vero e proprio diritto ad agire).

Gli Stati sembrano agire come semplici rappresentanti del privato, tutelando un diritto di quest'ultimo e avendo l'obbligo di distribuire la somma ricevuta a titolo di riparazione al soggetto danneggiato. In questo modo gli individui possono ottenere una effettiva tutela dei propri diritti avanti ad un tribunale internazionale, sebbene una mediazione dello Stato sia comunque richiesta, e non davanti ad un tribunale interno dei due Stati parti, la cui imparzialità in un procedimento di risarcimento dei danni potrebbe essere

²⁸⁰ Nei propri Statements of Claims del 12 dicembre, l'Eritrea dichiara di presentare i reclami per conto di Hiwot Nemariam (Claim 27), Belay Redda (Claim 28) Sertzu Gebre Meskel (Claim 29); Fekadu Andemaskal (Claim 30) Mebrahtu Gebremedhim (Claim 31) e Mabrat Gebreamlak (Claim 32).

²⁸¹ COLANDREA, cit. p.790.

dubbia. In secondo luogo, presentando reclami attraverso lo Stato gli individui non sono lasciati soli in un procedimento molto complesso contro uno Stato²⁸².

Questo sembra essere anche il punto di vista della Commissione. Nel *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15,16,23 & 27-32* la Commissione ha affermato che le parole “*on behalf of*” indicano che il reclamo resta (*remains*) di proprietà dell’individuo a che ogni eventuale ristoro dei danni subiti spetta a quella persona²⁸³. I reclami proposti *on behalf of named persons*, cittadini o non cittadini dello Stato, dovevano essere proposti sempre nell’esclusivo interesse dell’individuo stesso. Ciò significa che proporre dei reclami per conto di persone determinate non sarebbe una semplice forma di protezione diplomatica, ma piuttosto una rappresentanza processuale.

Questa lettura sembrerebbe confermata se si considerano i reclami per conto di individui che non sono cittadini degli Stati parte. La Commissione infatti ha dichiarato inammissibili i reclami 15,16 e 23 proposti dall’Eritrea *on behalf of itself* per danni e perdite sofferti da non-cittadini in quanto la struttura del par. 9 dell’art. 5, che permetteva di presentare reclami *on behalf of individuals of Eritrean (or Ethiopian) origin*, non era una semplice questione di forma, ma era l’unico modo possibile di presentare reclami per conto di individui non cittadini. Lo Stato può agire *on behalf of itself* a causa di danni patiti da un individuo solo se questo individuo è un proprio cittadino, e solo per questo tipo di reclami sembrerebbe realizzarsi lo schema della protezione diplomatica.

Tuttavia, prima di escludere la sussistenza del tradizionale istituto della protezione diplomatica, occorre considerare ulteriori aspetti. Innanzitutto anche nei reclami *on behalf of named persons* l’individuo non partecipa mai al

²⁸²JOUANNET *Le règlement de paix entre l’Ethiopie et l’Erytree*, in RGDIP, 2001, pp.875-876. L’autrice vede con favore questa forma di proposizione dei reclami, ritenendo il più grande limite del Tribunale dei Reclami Iran-Stati Uniti proprio la possibilità di proporre reclami direttamente da parte degli individui, che mal si sarebbe adattati ad una procedura davanti ad un tribunale internazionale pensato essenzialmente per le controversie fra Stati.

²⁸³ *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15,16,23 & 27-32*, par.19.

procedimento e, se lo Stato rifiuta di presentare un reclamo per conto dell'individuo, quest'ultimo non può adire direttamente la Commissione²⁸⁴. Inoltre lo Stato che ha proposto il reclamo per conto dell'individuo potrebbe in ogni momento rinunciarvi, e l'individuo non ha modo di opporsi ad una eventuale rinuncia o transazione da parte dello Stato, come nel classico meccanismo della protezione diplomatica. L'individuo non ha dunque né potere di azione della domanda, né di gestione del procedimento. Lo Stato agisce come qualcosa di più di un semplice rappresentate processuale.

A questo proposito, è interessante esaminare la decisione della United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, nel caso *Hiwot Nemariam, et al. v. The Federal Democratic Republic Of Ethiopia And The Commercial Bank Of Ethiopia*²⁸⁵. La Corte d'Appello ha giudicato la Commissione un foro inadeguato²⁸⁶. La Corte ha sottolineato che la Commissione non può decidere alcun risarcimento diretto all'individuo. Niente nell'Accordo di pace autorizza la Commissione ad emettere una sentenza in favore di alcun soggetto al di fuori dei due Stati Eritrea ed Etiopia, le uniche

²⁸⁴ Diversamente da quanto si è visto per le società commerciali di fronte alla UN Compensation Commission, FRIGESSI DI RATTALMA, *cit*, p.115

²⁸⁵ *Nemariam v. Federal Democratic Republic of Ethiopia*, 315 F.3d 390, 354 U.S.App.D.C. 309, C.A.D.C., January 24, 2003 (NO. 01-7142). Hiwot Nemariam viveva in Etiopia nel 1998. Subito dopo lo scoppio della guerra, il Governo etiope cominciò ad espellere le persone che, come lei, erano cittadini etiopi di origine eritrea e a confiscarne i beni. In particolare, Nemariam lamentò che il proprio conto presso la Commercial Bank of Ethiopia (CBE), una agenzia facente capo al Governo, era stato di fatto espropriato quando fu espulsa dal proprio Paese, poiché la normativa bancaria in Etiopia permetteva il ritiro dei propri soldi solo dietro presentazione alla banca di un documento da parte del correntista in persona. Nemariam invocò la giurisdizione della Corte sulla base del Foreign Sovereign Immunities Act. Nemariam è una delle sei persone per conto delle quali l'Eritrea ha presentato uno reclamo *on behalf of named individual*.

²⁸⁶ La District Court aveva precedentemente respinto la richiesta di Nemariam e riconosciuto la giurisdizione della Claims Commission perché, sebbene Nemariam non potesse presentare direttamente un proprio reclamo, l'Eritrea aveva la possibilità di farlo nel suo interesse.; inoltre, secondo la District Court, l'Eritrea non avrebbe avuto motivo di non presentare il maggior numero di reclami per conto di individui davanti alla Commissione. Nel proprio appello, Nemariam dichiarò che la Commissione era un foro inadeguato perché: 1) non aveva un diritto soggettivo ad un provvedimento della Commissione; 2) non poteva presentare un reclamo alla Commissione, né avere il controllo del procedimento iniziato dall'Eritrea nel proprio interesse; 3) la District Court aveva non aveva tenuto in considerazione fattori di interesse privato e pubblico; 4) l'Etiopia non poteva invocare il *forum non conveniens* poiché aveva accettato, nell'Accordo di Algeri, che "*the Commission shall be the sole forum for adjudicating claims*" "*except for ... claims filed in another forum prior to the effective date of this [Peace] Agreement.*" Art. 5 (8).

parti legittimate a stare di fronte alla Commissione. Sebbene l'Articolo 5 (9) autorizzi l'Eritrea a presentare reclami per conto di persone di origine che Eritrea che possono non essere propri cittadini, (come era Nemariam) l'Eritrea può presumibilmente mantenere il controllo del lodo emesso. E' evidente, cioè, secondo la Corte, che l'Eritrea possa rinunciare al reclamo della Nemariam o alla sentenza in suo favore in cambio di reclami o sentenze che l'Etiopia possa ottenere contro l'Eritrea. Secondo il diritto internazionale l'Eritrea è padrona dei propri reclami di fronte alla Commissione e può portare avanti o rinunciare ai rimedi decisi dalla Commissione (*may keep or barter any remedy awarded by the Commission*). Per la Corte d'Appello Eritrea ed Etiopia possono addirittura evitare del tutto di sottoporre reclami alla Commissione: secondo l'art. 5 (16) "*The parties may agree at any time to settle outstanding claims, individually or by categories, through direct negotiation or by reference to another mutually agreed settlement mechanism*".

La Corte ha di conseguenza concluso che la Commissione fosse incapace di emettere un lodo che avesse effetti diretti sull'individuo e la possibilità che l'Eritrea potesse rinunciare al reclamo proposto per conto di Nemariam rende la Commissione un *inadequate forum*. Il rimedio fornito da questo foro alternativo appare dunque talmente inadeguato e insoddisfacente che l'individuo risulta privo di qualsiasi tutela.

La Corte di Appello non ha dunque considerato i reclami proposti per conto di individui come di proprietà dell'individuo stesso, ma come una scelta discrezionale dello Stato, il quale può in ogni momento controllare il reclamo e anche rinunciarvi.

Effettivamente, come già accennato, durante il procedimento relativo ai sei reclami proposti dall'Eritrea per conto di persone determinate (Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15,16,23 & 27-32, *cit*), non esiste alcun tipo di intervento dell'individuo né una precisa e differente analisi dei reclami. Anche nei sistemi di riparazione post belliche già citati, si può notare

come, al di là della capacità di presentazione dei reclami, sia la gestione effettiva dei procedimenti a permettere di valutare quale sia la natura delle azioni proposte.

Dall'analisi dei procedimenti emergono infatti spesso dei meccanismi originali. Nelle Commissioni di Conciliazione istituite dopo la seconda guerra mondiale, che non potevano, come si è visto, essere adite direttamente da individui, lo Stato non aveva bisogno dell'assenso degli interessati per rinunciare ad un ricorso²⁸⁷: lo Stato agiva dunque di fronte alla Commissioni in protezione diplomatica a favore dei propri cittadini. Tuttavia i privati partecipavano attivamente alla procedura, avendo la possibilità di presentare memorie e di essere sentiti dalla Commissione. Nei TAM istituiti dopo il primo conflitto mondiale, invece, sebbene, come si è visto, i privati potessero presentare direttamente reclami e quindi avere un'ampia gestione dei procedimenti, c'erano tuttavia delle forme di controllo da parte degli Stati che attenuavano l'autonomia dei privati. Ad esempio, tutti gli atti del procedimento dovevano essere trasmessi agli agenti degli Stati e questi avevano la possibilità di opporsi alle transazioni e alle rinunce fatte dai privati²⁸⁸.

E' possibile allora concludere che, la presentazione di reclami alla Commissione da parte dello Stato per conto di individui determinati non sia effettivamente un meccanismo di soluzione delle controversie originale di natura mista interstatale ed interindividuale. Sebbene questo tipo di reclami sembri dare una importante opportunità all'individuo, non è corretto porre questi reclami al di fuori dello schema della protezione diplomatica²⁸⁹.

²⁸⁷ Così decise la Commissione italo-francese, cfr. VIGNES, cit, p.212

²⁸⁸ BLÜHDORN, cit, p.144

²⁸⁹ GATTINI, *cit.*, , p.644. Del resto occorre sottolineare come una forma di protezione diplomatica sia possibile anche nei confronti di non cittadini, ogni qual volta lo Stato agisca per proteggere un proprio diritto leso dalla violazione di un interesse di un individuo che sia in qualche modo connesso con lo Stato, anche se con un legame diverso dalla cittadinanza. Questo legame "sposta" l'individuo nella giurisdizione dello Stato, che può agire in protezione diplomatica. S. BARIATTI *L'azione internazionale dello Stato a tutela di non cittadini*, Milano, 1993, p.18. Secondo questa tesi, si può affermare che, nei procedimenti avanti alla Claims Commission, il suddetto legame delle parti con individui non cittadini, per espressa previsione dell'Accordo, consiste nell'origine Eritrea o etiopica delle persone danneggiate.

Anche il fatto che il risarcimento debba essere elargito direttamente agli individui, non sembra sufficiente ad affermare che si sia in presenza di un istituto diverso da quello della protezione diplomatica. Infatti l'obbligo di risarcire direttamente i privati discende dall'Accordo di Algeri stesso, ma non compromette la natura dell'azione. Del resto non è strano che due Stati, che hanno posto fine ad una controversia internazionale con un accordo, possano avere previsto in specifiche clausole, l'obbligo dello Stato danneggiante di risarcire in via diretta il privato o, in alternativa, l'obbligo dello Stato indennizzato di versare la somma ai privati danneggiati, spesso con modalità e criteri lasciati alla discrezione dello Stato indennizzato.

CAP.V IL PROCEDIMENTO E IL RISARCIMENTO DEI DANNI

1. Reclami individuali e *mass claims*

Come si è già accennato, l'art.5 par. 10 dell'Accordo di Algeri prevedeva che:

“In order to facilitate the expeditious resolution of these disputes, the Commission shall be authorized to adopt such methods of efficient case management and mass claims processing as it deems appropriate, such as expedited procedures for processing claims and checking claims on a sample basis for further verification only if circumstances warrant”.

Oltre alle normali regole di procedura, la Commissione, per facilitare la rapida soluzione di queste controversie, poteva dunque gestire diversamente i procedimenti e in particolare adottare procedure per valutare reclami di massa, cioè proposti nell'interesse di un numero elevato di individui.

La Commissione ha ammesso la possibilità di presentare determinati tipi di reclami in via collettiva e predisposto una particolare procedura per la valutazione di questo tipo di reclami²⁹⁰.

Il primo passo è stato prevedere, nella Decisione n.2²⁹¹, alcune particolari categorie di reclami, a seconda dell'illecito compiuto che si ritiene compiuto:

1 - Claims of natural persons for unlawful expulsion from the country of their residence;

2 - Claims of natural persons for unlawful displacement from their residence;

²⁹⁰ Sulle *mass claims procedures* cfr. HOLTZMANN *Mass claims settlements systems : potentials and pitfalls*, in *Institutional and procedural aspects of mass claims settlement systems : papers emanating from the PCA International Law Seminar on December 9, 1999 : inaugural seminar*, 2000, pp.1-7; HOLTZMANN, KRISTJANSDDOTTIR *International Mass Claims Processes. Legal and Pratical Perspectives*, New York, 2007

²⁹¹ *Decision number 2: Claims Categories, Forms and Procedures*, www.pca.cpa.org

3 - Claims of prisoners of war for injuries suffered from unlawful treatment;

4 - Claims of civilians for unlawful detention and for injuries suffered from unlawful treatment during detention;

5 - Claims of persons for loss, damage or injury other than those covered by the other categories;

6 - Claims of Governments for loss, damage or injury.

Le prime cinque sono pensate per gli individui, l'ultima per i reclami proposti dal Governo per proprio conto. Per le prime cinque categorie la Commissione ha predisposto un particolare procedimento, che permette la presentazione di domande in via collettiva e una valutazione più celere dei reclami, al fine di ottenere anziché un risarcimento effettivo, una somma di denaro forfettaria prestabilita (*fixed amount compensation*)²⁹² (cfr. art.30 delle *Rules of Procedure*).

Le *Rules of procedure* dettano infatti due diversi procedimenti a seconda del tipo di reclami presentati, ed una serie di regole generali comuni (Capitolo I). Il primo procedimento, previsto dal Capitolo II, contiene le regole per la *individual consideration of claims*, che si instaura con un singolo *statement* per ogni *claim*; il secondo prevede che siano proposti reclami raggruppati in categorie, in vista di una somma di risarcimento complessivo (*fixed amount compensation*) per ogni categoria: le parti avrebbero dovuto preparare le domande relative e avrebbero potuto dividere i reclami in sottocategorie, a seconda della asserita violazione del diritto internazionale o degli eventi allegati.²⁹³

²⁹² Come vedremo la Commissione ha deciso che, in linea di principio, il rimedio per le domande riconosciute valide dalla Commissione sarebbe stato un risarcimento monetario (*monetary compensation*) Cfr. la *Decision n.3, Remedies*, www.pca-cpa.org.

²⁹³ All'interno di ogni categoria, ogni parte avrebbe potuto raggruppare i propri reclami in sotto-categorie, in maniera tale che ogni sotto-categoria potesse contenere tutte le domande che asseriscono la stessa violazione del diritto internazionale o che sorgono dagli stessi eventi di fatto. Cfr *Decision number 2, cit*, par.B. Le parti poteva inoltre presentare reclami per conto di individui in più di una delle Categorie 1-5 Cfr. *Decision number5:multiple claims in the Mass Claims Process, Fixed-sum Compensation at the \$500 and \$1500 Levels, Multiplier for Household Claims*, www.pca-cpa.org

Nella Decisione n.5²⁹⁴, inoltre, la Commissione ha stabilito che le parti avrebbero potuto proporre reclami multipli *on behalf of an individual national* in più di una delle 5 categorie fissate. La somma destinata al risarcimento sarebbe stata resa disponibile in due scaglioni, a seconda del tipo di prova disponibile²⁹⁵. L'ammontare di ogni scaglione è stato fissato nella Decisione n. 5 in \$ 500 e \$ 1.500 per ogni individuo, salvo aumentare la somma fissata per il risarcimento secondo gli sviluppi dei procedimenti²⁹⁶.

Il procedimento per la valutazione dei reclami individuali, cioè singolarmente proposti, riguarda invece tutti i reclami presentati da uno Stato nel proprio interesse (cioè quelli appartenenti alla sesta categoria di reclami prevista dalla Decisione n.2) e quelli proposti per conto di individui ove il risarcimento richiesto ecceda i 100.000 dollari americani, nonché i reclami proposti per conto di individui che, pur rientrando nelle cinque categorie dell'art.30, a prescindere dal valore, non mirino ad un risarcimento prestabilito o vogliano dare prova dei danni effettivi (art.30 c.3 delle *Rules of Procedure*) o più in generale, richiedano un trattamento individuale.²⁹⁷

Nonostante la Commissione abbia predisposto questa procedura speciale per i reclami di massa, le parti non hanno mai usufruito di questa possibilità, preferendo una analisi singola per ogni reclamo. Tutti i reclami sottoposti alla Commissione sono dunque stati sottoposti alla procedura di esame individuale.

Occorre notare però che le parti hanno quasi sempre presentato reclami nel proprio interesse, e che i reclami sono presentati per conto di individui sono stati solo sei, tutti presentati dall'Eritrea. La possibilità di presentare

²⁹⁴ *Decision number 5: multiple claims in the Mass Claims Process, Fixed-sum Compensation at the \$500 and \$1500 Levels, Multiplier for Household Claims*, reperibile su www.pca-cpa.org

²⁹⁵ *Decision number 2, cit*, par.B

²⁹⁶ La *Decisione n.5* prevede anche dei particolari criteri per la analisi dei cosiddetti "household claims", per ciò che riguarda i reclami delle categorie 1 e 2. Cfr. par.C

²⁹⁷ Le *Rules of Procedure* ricalcano la *Decision number 2*, che prevedeva che "*All claims in Category 6, and those claims in Categories 1 through 5 that seek to prove actual damages or otherwise require individual consideration, shall be filed in accordance with procedures to be established in Chapter Two of the Commission's Rules of Procedure*".

reclami di massa era strettamente connessa al risarcimento diretto degli individui: il fallimento dei reclami individuali ha comportato necessariamente anche l'inutilità della classificazione degli stessi e di qualunque forma di risarcimento complessivo del danno, con conseguente inutilizzo di procedure collettive o di massa di analisi dei reclami. La Commissione ha dunque sempre proceduto ad esami individuali dei reclami, anche nei pochi reclami proposti dall'Eritrea per conto di individui.

2. Il procedimento: introduzione dei reclami e fase scritta

Come si è visto la Commissione ha deciso di dividere il suo lavoro trattando prima le questioni della responsabilità e solo successivamente la determinazione dei danni. Il procedimento che si andrà ad analizzare sarà dunque quello finora utilizzato per la valutazione del merito dei reclami e l'accertamento delle responsabilità. Inoltre, poiché, come si è visto, le parti hanno utilizzato il procedimento di valutazione individuale per tutti i reclami sottoposti alla Commissione, si analizzerà in particolare questo tipo di procedimento, facendo solo brevi cenni ai *mass claims*, tenendo presente che le *Rules of Procedure* prevedono molte regole comuni, nel Capitolo I, applicabili sia ai procedimenti di valutazione individuale sia ai procedimenti di massa.

La Commissione mirava certamente ad uno svolgimento rapido ed efficiente dei procedimenti, soprattutto perché l'Accordo prescriveva che i lavori dovessero terminare entro tre anni dalla presentazione dei reclami. A questo scopo la Commissione godeva del resto di ampia autonomia nella gestione dei procedimenti, potendo anche avvalersi della collaborazione delle parti per migliorare le procedure²⁹⁸. La Commissione può, in generale, condurre liberamente il procedimento, con l'unico limite di garantire la parità e l'eguaglianza delle parti. L'art.10 par.1 delle *Rules of Procedure* prevede infatti:

²⁹⁸ La Commissione e le parti hanno effettivamente tenuto diverse volte incontri informali per discutere i possibili mezzi per ottimizzare e facilitare il procedimento.

“Subject to these Rules, the Commission may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that each party is given a full opportunity of presenting its case in accordance with these rules”.

Non è inusuale che in procedimento arbitrale gli arbitri siano lasciati liberi di gestire i procedimenti con una certa flessibilità, per lo meno per ciò che riguarda le udienze e l'escussione testi. Ma già con l'adozione delle *Rules of procedure* emerge la volontà della Commissione di gestire nella maniera più celere possibile i procedimenti, valutando di volta in volta che tipo di trattazione si renda necessaria. Lo stesso art.10 delle *Rules of Procedure*, al par 2, afferma infatti che

“ The Commission shall decide whether to hold hearings for the presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses, or for oral argument, or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials”.

Dalle *Rules of Procedure* emerge il tradizionale modello procedimento arbitrale suddiviso in una fase scritta e una orale, con il tribunale arbitrale libero di gestire, o addirittura di eliminare, la fase orale e l'assunzione delle prove²⁹⁹. La fase orale è dunque meramente eventuale, mentre la presentazione di memorie scritte sembra un diritto insopprimibile delle parti.

Il procedimento ha dunque una ineliminabile fase scritta che comincia proprio con la presentazione dei reclami, nei modi che abbiamo già accennato. In particolare per i reclami sottoposti al procedimento di valutazione individuale, cioè tutti quelli effettivamente giudicati dalla Commissione, proposti entro il 12 dicembre 2001, le parti hanno presentato un ricorso

²⁹⁹ Così l'art. 15 par.1 e 2 delle *UNCITRAL Arbitration Rules*, riprodotto letteralmente nelle *PCA Optional Rules*.

(*statement*) con documenti di prova allegati o con l'indicazione di ulteriori mezzi di prova da produrre successivamente³⁰⁰. Il ricorso doveva includere³⁰¹:

- a) nomi e indirizzi delle parti;
- b) se il ricorrente è il Governo di una delle Parti o un ente appartenente al Governo, l'indicazione se il reclamo o i reclami siano stati proposti nell'esclusivo interesse del Governo o per conto di individui. In questo caso il ricorso deve contenere l'identificazione di queste persone, attraverso l'indicazione dei loro nomi, luogo di residenza e nazionalità;
- c) l'indicazione dei fatti alla base del reclamo;
- d) l'indicazione della violazione o delle violazioni di diritto internazionale che si presumono commesse;
- e) l'indicazione di ogni altro elemento rilevante;
- f) le conclusioni richieste (risarcimento o altro rimedio)³⁰²;
- g) l'affermazione della giurisdizione della Commissione sul reclamo o i reclami presentati;
- h) se il reclamo o i reclami siano già stati presentati in un altro foro³⁰³.

³⁰⁰ Cfr. Art. 24 delle *Rules of Procedure*. Il ricorso, i documenti allegati e le altre prove dovevano essere presentati in originale sottoscritto e in nove copie alla Cancelleria presso Corte Permanente di Arbitrato a L'Aja. Il testo del ricorso, i documenti e le prove, ove possibile, dovevano essere consegnati allo stesso tempo alla Cancelleria su compact disc o altro supporto informatico.

³⁰¹ La presentazione dei reclami di massa, sarebbe dovuta invece avvenire, secondo l'art.30 delle *Rules of Procedure*, attraverso la presentazione di formulari approvati dalla Commissione, sia in formato elettronico che cartaceo. Anche questi reclami avrebbero dovuto essere presentati entro il 12 dicembre del 2001. Ogni parte poteva poi raggruppare i propri reclami, appartenenti alle cinque categorie analizzate nel precedente paragrafo, in sotto-categorie, in modo tale che ognuna di queste sotto-categorie raggruppasse tutti i reclami (all'interno della categoria generale) che derivavano dalla stessa violazione di diritto internazionale (art.31 *Rules of Procedure*).

³⁰² Il risarcimento monetario è considerato dalla Commissione rimedio preferenziale. Decisione n. 3, cit. Cfr.par.12 in questo stesso capitolo.

³⁰³ Occorre ricordare che l'art 5. Par.8 dell'Accordo prevedeva che la Commissione fosse il foro esclusivo per i reclami di propria competenza, a meno che le Parti non trovassero un altro meccanismo di soluzione del reclamo (ad esempio con rinuncia o transazione) o che il reclamo fosse stato presentato in un altro foro prima dell'entrata in vigore dell'Accordo. "*Except for claims submitted to another mutually agreed settlement mechanism in accordance with paragraph 16 or filed in another forum prior to the effective date of this agreement, the Commission shall be the sole forum for adjudicating claims described in paragraph 1 or filed under paragraph 9 of this Article, and any such claims which could have been and were not submitted by that deadline shall be extinguished, in accordance with international law*".

Il procedimento prosegue poi con una memoria difensiva, proponibile dallo Stato convenuto entro un periodo determinato dalla Commissione. La memoria deve contenere tutti i requisiti già elencati a proposito del ricorso introduttivo, e in più le eccezioni che si intendono sollevare, allegando documenti e istanze istruttorie. Se lo Stato convenuto non presenta la propria memoria nel periodo stabilito senza giustificato motivo, la Commissione può comunque proseguire il procedimento. (art.25 delle *Rules of Procedure*). Ciascuna delle parti può inoltre integrare o emendare sia il proprio ricorso che la memoria di difesa, salvo che la Commissione lo ritenga inopportuno, avuto riguardo al ritardo nel formulare queste integrazioni o modifiche, e tenendo presente ogni eventuale pregiudizio che ne possa derivare alla controparte. In ogni caso le modifiche della domanda non possono essere tali da costituire una nuova domanda, o in maniera tale da fare venire meno la competenza della Commissione (art.26). La commissione può infine autorizzare ulteriori memorie, su richiesta delle parti, concedendo un termine per il deposito (art.28).

Come si può vedere, oltre a tenere salvo il principio della parità delle parti nel procedimento, la fase scritta è incentrata su concessioni di termini e conseguenti preclusioni³⁰⁴. Sebbene la Commissione goda di ampia autonomia nel gestire la procedura e si possa avvalere dell'opinione delle parti, anche nella concessione di termini, l'utilizzo di un sistema processuale sostanzialmente basato su preclusioni permette sicuramente una maggiore efficienza del procedimento, nonché un più evidente tutela delle parti. Se una parte non rispetta, senza giustificato motivo, il termine assegnatole, il

³⁰⁴ L'art.2 par.3 delle Rules of Procedure stabilisce, a proposito dei termini, che: "*Any period of time established under these Rules shall be calculated beginning on the day after a communication establishing that period is made. If the period ends on an official holiday or a non-work day in the State of the recipient, the period is extended until the next working day. Official holidays or non-work days occurring during any period of time are included in calculating the period*".

procedimento non si blocca, e, se non viene presentata la memoria di difesa, si può procedere anche in contumacia³⁰⁵.

Un esempio specifico di preclusione è quello relativo all'eccezione di incompetenza, che deve essere sollevata nella memoria di difesa. Sulla questione preliminare di incompetenza la Commissione può decidere immediatamente, o procedere con l'arbitrato e decidere nel lodo definitivo (art.27).

Più in generale, l'art. 17 delle *Rules of procedure* sancisce una generale preclusione per gli *errores in procedendo*: alla una parte che sappia che una regola del procedimento non sia stata rispettata, ma non lo eccepisca immediatamente, è precluso farla valere in seguito. Si presume, cioè, una sorta di rinuncia all'eccezione (“ [a party] shall be deemed to have waived its right to object”).

3. (segue) La fase orale e le prove

Le norme che disciplinano la fase orale del procedimento sono comuni sia ai procedimenti individuali che collettivi. La fase orale è, come abbiamo visto, meramente eventuale, ma ciò non significa che, nel momento in cui si renda necessaria, questa sia priva di limiti: devono infatti sempre essere sempre fatte salve le regole che permettono di garantire il contraddittorio fra le parti. L'art.13 par.1 delle *Rules of Procedure* prescrive, ad esempio, che

“In the event of an oral hearing, the Commission shall give the parties adequate advance notice of the date, time and place thereof”

Ogni parte che si vuole avvalere di un testimone deve inoltre comunicare alla Commissione e alla controparte almeno trenta giorni prima dell'udienza le generalità del testimone che intende presentare, i capitoli di prova e in generale

³⁰⁵ Si è visto che la stessa regola era stata adottata dalla Boudary Commission (cfr. retro Cap II par.6). L'istituto della contumacia, anche nell'arbitrato internazionale pubblico come in quello commerciale, si rivela un'ulteriore garanzia del principio dell'uguaglianza delle parti, in quanto permette che la decisione dell'arbitro non sia ritardata dall'inattività della controparte. Cfr., ad esempio, l' art.53 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

l'oggetto della testimonianza e la lingua nella quale verrà resa la testimonianza³⁰⁶. Inoltre, ogni documento o informazione scritta, autorizzata dalla Commissione, che sia prodotta in udienza deve essere immediatamente o precedentemente essere messa a disposizione della controparte, mentre una copia deve essere inviata alla Cancelleria (art.13 par.4). E' interessante notare però che, qualora una delle parti, che abbia ricevuto regolare notifica secondo le regole della Commissione³⁰⁷, non compare all'udienza senza giustificato motivo, la Commissione può procedere comunque fino alla decisione (art.13 par.8). Si è già visto, a proposito della mancata presentazione della memoria difensiva, come in generale l'inattività del convenuto non precluda la prosecuzione del procedimento.

Le udienze sono tenute in camera di consiglio, a meno che le parti decidano altrimenti e la Commissione, se lo ritiene necessario o se le parti lo richiedano, può organizzare la registrazione delle udienze (art.13 par.3).

La fase orale è ovviamente ineliminabile qualora si renda necessaria l'escussione di testi. La Commissione è libera di decidere la maniera in cui i testimoni vengono esaminati e può prendere le misure che ritiene più appropriate per la sicurezza e la tutela della privacy dei testimoni (art.13 par.5): può ad esempio chiedere il ritiro di uno più testimoni durante la testimonianza di un altro testimone. Un'interessante previsione delle *Rules of*

³⁰⁶ In questo caso, se necessario, la Commissione potrà predisporre i mezzi per tradurre in lingua inglese, che ai sensi dell'art.12 delle *Rules of Procedure* è la lingua dell'arbitro: “*The language to be used in the proceedings of the Commission is English, and any documents in other languages should be accompanied by English translations, except as the Commission may otherwise permit.*”

³⁰⁷ A proposito delle notificazioni, l'articolo 2 delle *Rules of procedure* sancisce che: “*1. The Commission intends to utilize e-mail or fax to the greatest extent possible. Any communication to the Commission shall be deemed to have been made at the time and place it was transmitted by e-mail or fax to the Commission's Registrar. The Registrar shall promptly retransmit such communication to each arbitrator and to the contact person of the other party designated pursuant to Article 3. 2. Any communications or documents that cannot reasonably be submitted to the Commission by e-mail or fax shall be delivered to the Registrar in nine copies. Such communications or documents shall be deemed to have been made at the time they are received by the Registrar. The Registrar shall promptly send one copy of such communications or documents to each arbitrator and two copies of such communications or documents to the contact person of the other party designated pursuant to Article 3 by a rapid and reliable means.*”.

Procedure è quella dell'art.13 par.6 che ammette che la prova per testimoni possa essere anche presentata nella forma di una dichiarazione scritta.

La fase orale viene chiusa quando le parti non hanno ulteriori prove da presentare o testimoni da sentire, ma la Commissione può, se lo ritiene necessario a causa di circostanze eccezionali, decidere, d'ufficio o su richiesta delle parti, di riaprire la trattazione in ogni momento prima della decisione del lodo.

La prova è generalmente vista come rappresentazione al giudice del fatto da provare: ogni parte ha l'onere di provare i fatti sui quali si basano le proprie domande o difese. Le prove possono essere documentali o testimoniali ed è la Commissione determinare l'ammissibilità e la rilevanza di tutte le prove prodotte (art.14 *Rules of Procedure*). A tale scopo la Commissione può chiedere alle parti di consegnare, alla Commissione e alla controparte, entro un certo periodo di tempo, un elenco dei documenti e delle altre prove che intende presentare.

La Commissione ha anche degli autonomi poteri di ricerca della prova dei fatti. Da un lato, essa può infatti in ogni momento chiedere alle parti di esibire o produrre documenti o altre prove entro un determinato periodo di tempo. La Commissione può tenere conto del comportamento delle parti che si rifiutino di produrre le prove richieste e dei motivi di tale rifiuto, e trarne elementi di valutazione. In ogni caso, se la prova non è prodotta nel termine indicato senza un giustificato motivo, la Commissione può decidere il reclamo sulla base delle prove già acquisite (art.14 par.4 e 5). Dall'altro lato la Commissione può nominare dei propri consulenti d'ufficio ed esperti in particolari materie (art.16 *Rules of Procedure*)³⁰⁸. Le parti hanno il dovere di collaborare con gli esperti e di fornire ogni informazione rilevante, di produrre

³⁰⁸ Cfr. ad esempio la richiesta formulata al Comitato Internazionale della Croce Rossa (*International Committee of the Red Cross. ICRC*): l'ICRC ha rifiutato (in un incontro con il Presidente della Commissione avvenuto a Ginevra nell'agosto del 2002) di concedere, nei reclami relativi ai prigionieri di Guerra, l'uso di materiale proveniente proprio dall'ICRC e in possesso delle parti.

documenti, di consentire l'accesso a dati e l'ispezione di luoghi. Ogni controversia che sorga con le parti a proposito delle richieste degli esperti è sottoposta al giudizio della Commissione. Ogni esperto nominato dalla Commissione deve preparare una relazione scritta, da comunicare alle parti, le quali possono proporre le proprie osservazioni per iscritto. La Commissione può anche, a sua discrezione, decidere di tenere un'udienza apposita, durante la quale l'esperto possa essere sentito direttamente dalla Commissione e dalle parti. All'udienza entrambe le parti possono ovviamente presentare le proprie consulenze di parte.

4. (segue) I lodi e le decisioni

Al termine del procedimento, la Commissione può emettere lodi definitivi, lodi interlocutori, lodi provvisori, lodi parziali e decisioni. Queste ultime, come si è già avuto modo di vedere, riguardano le statuizioni della Commissione su questioni non legate al merito dei reclami: ad esempio in materia di giurisdizione o di gestione della procedura (art 18 *Rules of Procedure*).

La Commissione, qualora non raggiunga l'unanimità, può decidere a maggioranza dei commissari: la regola era già stata sancita dalle parti nell'art.5 par.7 dell'Accordo. Tuttavia, l'art.18 delle *Rules of Procedure*, prevede una particolarità nel caso di decisioni su questioni di procedura, sulle quali non vi sia una maggioranza: in questi casi, qualora la Commissione lo autorizzi, il Presidente può decidere da solo, con possibilità di una revisione, se prevista, da parte della Commissione (art.18 par.3).

Come previsto dall'art. 5(17) dell'Accordo, i lodi e le decisioni della Commissione sono definitivi e vincolanti per le parti, che si impegnano ad onorare tutte le sentenze e a pagare prontamente ogni risarcimento monetario cui siano eventualmente condannate (art.18 par.4). Una parte che, pur sapendo che una norma delle *Rules of Procedure* non è stata osservata, non lo eccepisca prontamente, rinuncia al proprio diritto di eccepire (art.17 *Rules of Procedure*).

I lodi devono essere sempre in forma scritta, devono essere motivati, a meno che le parti abbiano concordato altrimenti, devono essere sottoscritti da ogni commissario e devono contenere la data e il luogo in cui sono stati emessi. Se un arbitro omette di firmare il lodo dopo che ne abbia avuto la possibilità, il lodo deve contenere le ragioni della mancanza di tale firma firma..

Tutti i lodi devono essere resi pubblici, anche attraverso il sito web della Corte Permanente di Arbitrato. Tuttavia la Commissione può, d'ufficio o su richiesta delle parti, decidere di non rendere pubblico interamente un lodo: può ad esempio censurare le parti della sentenza dalle quali possa emergere l'identità degli individui o la ricostruzioni di fatti o segreti militari. La Commissione può decidere anche sulle spese e gli interessi (art.29)

Una copia di ogni lodo, firmato dagli arbitri, deve essere comunicata alla parti e alla Cancelleria.

Di particolare interesse sono i lodi provvisori, ovvero le decisioni che contengono *Interim Measures of Protection*, previste dall'art.15 delle *Rules of Procedure*. La Commissione può, cioè, d'ufficio o su richiesta di parte, assumere dei provvedimenti di chiara natura cautelare e prendere ogni misura provvisoria che ritenga necessaria a preservare i diritti delle parti. Nell'adottare queste misure provvisorie, la Commissione deve determinare che: a) *prima facie* abbia competenza; b) la misura sia necessaria ad evitare un danno irreparabile; c) la misura non costituisca una decisione finale sulla materia oggetto del reclamo.

Una volta emesso un lodo, come detto. È definitivo e vincolante, dunque inappellabile. Tuttavia secondo l'art.21 delle *Rules of Procedure*, le parti possono, entro sessanta giorni dalla ricezione del lodo, tramite notifica alla controparte, chiedere alla Commissione:

- (a) di dare un'interpretazione del lodo: fornire l'interpretazione è nella piena discrezionalità della Commissione e deve essere data per iscritto

entro 45 giorni dalla richiesta. L'interpretazione resa forma parte integrante del lodo³⁰⁹;

- (b) di correggere nel lodo errori di calcolo, trascrizione, stampa o simili. La Commissione può anche procedere a tali correzioni di propria iniziativa entro trenta giorni;
- (c) di emettere un lodo aggiuntivo relativo ai reclami presentati nel procedimento, ma sui quali la Commissione ha omesso di decidere. Se la Commissione considera fondata la richiesta per un lodo aggiuntivo e che la lacuna possa essere colmata senza ulteriori udienze e prove in merito, può completare il proprio lodo entro sessanta giorni dalla richiesta.

Ovviamente le regole di procedura relative alla forma e agli effetti dei lodi si applicano anche alle interpretazioni, alle correzioni e ai lodi aggiuntivi.

La Commissione determina le proprie spese dopo avere consultato le parti. Le spese includono i compensi per gli arbitri, i costi dello staff della Commissione, i costi delle strutture usate della Commissione, i compensi per gli esperti e per ogni altra assistenza richiesta dalla Commissione, nonché i compensi per *l'Appointing Authority*, e ogni altra spesa relative alla Corte Permanente di Arbitrato (art.22 delle *Rules of Procedure*) . Come previsto dall'art. 5(15) dell'Accordo, le spese della Commissione devono essere divise egualmente fra le parti. In ogni momento la Commissione può chiedere alle parti di depositare anticipatamente delle somme di denaro per le spese della Commissione. Tutte le somme sono depositate presso la Cancelleria, che le utilizzerà per le spese della Commissione secondo le indicazioni del Presidente. Se il deposito delle somme non avviene entro sessanta giorni dalla

³⁰⁹ La Commissione ha sottolineato il suo pieno potere discrezionale in occasione della richiesta di interpretazione formulata dall'Etiopia il 1 settembre 2003, relativamente al lodo *Prisoners of War Ethiopia's Claim 4.*, in conformità all'articolo 21 delle *Rules of Procedure*. Dopo avere ascoltato le parti, la Commissione ha respinto la richiesta dichiarandola inammissibile, esprimendo dubbi sul fatto che la richiesta fosse effettivamente una questione di interpretazione: le norme citate nella richiesta riguardavano, secondo la Commissione, non riguardavano la materia oggetto di discussione. materie diverse dall'oggetto della richiesta stessa.

richiesta, la Commissione informa le parti allo scopo di indurre l'altra parte a provvedervi. Se il pagamento non viene effettuato, la Commissione può ordinare la sospensione o l'estinzione dei procedimenti. Se il pagamento viene fatto interamente da una delle parti, la Commissione sospende i procedimenti relative ai reclami presentati dalla parte che ha omesso il pagamento fino a quando non vi provveda.

Lo stesso Accordo prevede però la possibilità che la soluzione del reclamo non avvenga tramite lodo, ma che le parti si accordino in diverso modo. Le regole di procedura, all'art.20, disciplinano l'ipotesi di estinzione del procedimento. Se, prima che un lodo venga emesso, le parti si accordano per una soluzione del reclamo (o dei reclami), la Commissione può dichiarare l'estinzione del procedimento, oppure, se entrambe le parti lo richiedono, registrare la soluzione della controversia nei termini concordati come un lodo arbitrale (*arbitral award on agreed terms*). In questo caso la Commissione non ha bisogno di fornire motivazioni. Se la continuazione dei procedimenti previsti dall'Accordo, o parte di essi, divenisse impossibile per qualsiasi ragione, la Commissione può, informando le parti, estinguere tali procedimenti, a meno che una parte non fornisca giustificabili argomentazioni per non farlo. Copie di ogni lodo basato su accordo e ogni ordine di estinzione del procedimento devono essere comunicati alle parti dalla Cancelleria.

5. La seconda fase dei lavori: il risarcimento dei danni

Come si è già detto, dopo l'accertamento delle responsabilità delle parti, la Commissione dovrebbe procedere alla seconda fase dei propri lavori, e cioè alla valutazione dei danni e al loro risarcimento.

Questa fase, per ciò che riguarda il procedimento, non dovrebbe svolgersi in maniera dissimile da quanto presentato in precedenza: le parti propongono dei reclami, con l'indicazione dei danni risarcibili, e la Commissione ne valuta l'ammissibilità e l'ammontare del relativo risarcimento. Tuttavia, va subito precisato che ad oggi la Commissione non ha emesso alcun lodo a riguardo.

Dopo una serie di udienze, tenutesi nell'aprile del 2007 e nel maggio del 2008, i lavori della Commissione sembrano essersi arenati. Gli unici atti rilevanti emessi in questa fase consistono nelle Decisioni n.7 e n.8³¹⁰, che saranno analizzate nei paragrafi seguenti. E' probabile che, terminata la fase di accertamento delle rispettive responsabilità delle Parti, la Commissione auspichi un accordo tra le stesse a proposito del risarcimento dei danni. Tuttavia, al di là delle motivazioni, è evidente che l'arbitrato è attualmente in un momento di grave stallo, , tanto più se si considera che, in base all'articolo 5 par.12 dell'Accordo, la Commissione avrebbe dovuto completare i propri lavori entro tre anni dalla presentazione dei reclami, avvenuta il 12 dicembre 2001.

Si cercherà comunque di ricostruire e valutare, sulla base di quanto già stabilito dalla Commissione, quali caratteristiche e limiti la riparazione dei danni, se e quando sarà stabilita dalla Commissione.

L'Accordo aveva previsto la competenza della Commissione a giudicare "all claims for loss, damage or injury", ma nulla prevedeva in tema di riparazione. E' stata la Commissione, nella propria Decisione n.3 *Remedies*, ad affermare che:

"in principle, the appropriate remedy for valid claims submitted to it should be monetary compensation"

Secondo il progetto di articoli sulla Responsabilità dello Stato formulati dalla Commissione di Diritto Internazionale³¹¹ (art.34) i metodi di riparazione dell'illecito possono essere diversi: :

- la restituzione, che consiste nel reintegrare il danneggiato nella situazione precedente alla commissione dell'illecito (art.35);

³¹⁰ Decision n.7 *Guidance Regarding* e Decision n.8 *Relief to war victims*. reperibili su www.pca-cpa.org. Cfr. *infra*

³¹¹ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, nel *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session*, sottoposto all'Assemblea Generale (A/56/10). Reperibile, con i commenti, in *Yearbook of the International Law Commission, 2001*, vol. II, Part Two e riprodotto in CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, 2002 ;

- il risarcimento per equivalente (*compensation*), che consiste nel versamento di una somma di denaro per equivalente (art.36);
- la soddisfazione, che può consistere ad esempio in una pubblica ammissione di responsabilità (art.37);

A questi rimedi si devono aggiungere le assicurazioni e garanzie di non ripetizione dell'illecito (art.30).³¹² L'art.36 par.1 prevede l'obbligo dello Stato di risarcire il danno per equivalente solo qualora non sia possibile la restituzione. Tuttavia il risarcimento per equivalente, pur non essendo considerato il rimedio preferenziale dalla Commissione di Diritto Internazionale, è sicuramente quello che permette di garantire sempre una riparazione piena, anche qualora la *restituito in integrum* non si possibile.³¹³

La forma del risarcimento per equivalente, scelta dalla Commissione dei Reclami Eritrea-Etiopia nella citata Decision n.3, era certamente quella che meglio si adattava alla che situazione: infatti, pur essendo un tribunale internazionale istituito per le controversie fra due Stati, la Commissione si riproponeva di elargire anche un risarcimento alle vittime civili. La Commissione non esclude comunque, in linea di principio, che sia possibile concedere altre forme di riparazione, qualora le circostanze del caso lo richiedano e sempre che il rimedio richiesto sia in accordo con la prassi internazionale. La Decisione della Commissione è in linea con l'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907, e con l'art.91 del I Protocollo

³¹² Sui metodi di riparazione diversi dal risarcimento per equivalente, cfr GATTINI, *Le riparazioni, cit.*, che come si è visto applica la teoria generale della riparazione per fatto illecito alle riparazioni di guerra. In particolare, si vedano gli obblighi di restituzione dei beni sottratti dallo Stato aggressore , p.552 ss; la soddisfazione, in particolare rispetto ai danni morali, p.556; e le garanzie di non ripetizione p.559 ss.

³¹³ Cfr Commento art.36, In particolare il par.3 del commento all'art.36 dichiara : "*The relationship with restitution is clarified by the final phrase of article 36, paragraph 1 ("insofar as such damage is not made good by restitution"). Restitution, despite its primacy as a matter of legal principle, is frequently unavailable or inadequate. It may be partially or entirely ruled out either on the basis of the exceptions expressed in article 35, or because the injured State prefers compensation or for other reasons. Even where restitution is made, it may be insufficient to ensure full reparation. The role of compensation is to fill in any gaps so as to ensure full reparation for damage suffered"*..

addizionale del 1977, i quali, a proposito del risarcimento dei danni derivanti dalle violazioni dello *jus in bello*, affermano che:

“ a belligerent party which violates the provisions of the said Regulations shall, if the case demands, be liable to pay compensation”

In questo caso il risarcimento per equivalente, a differenza che nel progetto di articoli sulla responsabilità internazionale, è tendenzialmente preferito rispetto alla restituzione. Le circostanze del caso, di cui occorre tener conto, determineranno in concreto il modo in cui il risarcimento sarà corrisposto, se per equivalente (*monetary compensation*) o in forma specifica (*restitutio in integrum*). Il diritto al risarcimento è comunque dovuto in ogni caso³¹⁴.

Al di là di quanto si dirà a breve a proposito di quali danni siano causalmente riconducibili all'illecito e dunque risarcibili, occorre meglio identificare cosa si intenda per risarcimento per equivalente, e cioè quali tipi di danni siano risarcibili. A questo scopo è possibile fare riferimento ad alcuni importanti strumenti di diritto internazionale. Innanzitutto la Commissione di Diritto Internazionale, nell'articolato sulla Responsabilità dello Stato, all'art.31 (2), ha affermato che sono risarcibili tanto il danno materiale che quello morale³¹⁵. Inoltre, l'art.36 (2) precisa che il risarcimento deve coprire anche il mancato guadagno³¹⁶.

Anche la Commissione sui Diritti Umani, nella Risoluzione 2005/35³¹⁷, che sancisce importanti linee guida in tema di riparazioni, sia per le vittime di

³¹⁴ RONZITTI *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit, p.222

³¹⁵ “Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State”. Cfr. Commento art 31, par.5 cit.: ““Material” damage here refers to damage to property or other interests of the State and its nationals which is assessable in financial terms. “Moral” damage includes such items as individual pain and suffering, loss of loved ones or personal affront associated with an intrusion on one’s home or private life”.

³¹⁶ “The compensation shall cover any financially assessable damage, including loss of profit in so far as it is established” Cfr. Commento art.36, par 27 ss, cit. Par.32 “Claims for lost profits are also subject to the usual range of limitations on the recovery of damages, such as causation, remoteness, evidentiary requirements and accounting principles, which seek to discount speculative elements from projected figures”.

³¹⁷ UN Doc E/CN4/2005/L.48, 13 aprile 2005 “Basic Principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law”

violazioni di diritto internazionale umanitario che di diritti umani, ha precisato cosa si debba intendere per risarcimento. Il par.20 della Risoluzione afferma che “*Compensation should be provided for any economically assessable damage*” precisando che quest’ultimo può comprendere: lesioni fisiche e mentali; perdita di opportunità come l’impiego o l’educazione; danni materiali e mancato guadagno anche potenziale; danni morali; spese relative all’assistenza legale, servizi medici, psicologici e sociali in genere.

La Commissione dei Reclami non ha ancora fornito indicazioni su quali tipi di danni intenda considerare nella fase del risarcimento. Essa si è soffermata invece sul problema della riconducibilità causale dei danni lamentati al fatto illecito.

6. Danni risarcibili e nesso di causalità

Dopo aver individuato i diversi tipi di danno generalmente considerati risarcibili, occorre soffermarsi sulla concreta riconducibilità di ogni danno al fatto illecito. Una dettagliata ricostruzione del regime di responsabilità è fondamentale per l’individuazione dei risarcimenti, ed è dunque importante valutare che tipo di nesso di causalità si debba prendere in considerazione per determinare quali danni siano risarcibili.

La Commissione non ha a tutt’oggi emesso alcun lodo a proposito dei danni chiesti dalle parti. Tuttavia, attraverso la Decisione n.7 *Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability*, la Commissione ha stabilito i criteri che utilizzerà nel considerare la risarcibilità dei danni. Secondo la Commissione, il risarcimento è dovuto solo in relazione a danni che abbiano una sufficiente connessione causale (*sufficient causal connection*) con la condotta illecita. Per stessa ammissione della Commissione, i termini che, nella prassi e in dottrina, sono stati utilizzati per descrivere questo “legame sufficiente” sono stati diversi: ragionevole, diretto, prossimo, prevedibile o certo. Questa diversa terminologia rende spesso difficoltoso valutare i singoli casi.

L'art.31 (2) degli Articoli sulla Responsabilità dello Stato formulati dalla Commissione di Diritto Internazionale, non specifica che tipo di legame debba sussistere fra il danno e l'illecito. Anche nel proprio Commento allo stesso articolo, viene spiegato che l'art.31 prevede genericamente una nozione di *sufficiente legame causale* non troppo remoto, tale per cui il danno debba considerarsi conseguenza dell'illecito, ma l'articolo non aggiunge un'altra qualificazione di questo legame. La Commissione di Diritto Internazionale ammette inoltre che *“the requirement of a causal link is not necessarily the same in relation to every breach of an international obligation”*³¹⁸.

La dottrina ritiene generalmente risarcibile il danno collegato con il fatto illecito da un nesso di causalità continuo, ovvero da un rapporto continuo e ininterrotto di causa-effetto tra l'illecito e il danno³¹⁹. La continuità sussiste quando il normale corso degli eventi indichi che il danno è la conseguenza del fatto illecito, ovvero quando l'autore dell'illecito avrebbe potuto prevedere il danno che l'illecito avrebbe causato³²⁰. Sarebbe dunque risarcibile qualunque danno legato all'illecito da una catena causale continua e ininterrotta, anche se il danno risulti, da un punto di vista temporale, lontano dall'evento³²¹. Di

³¹⁸ Commento all' Art. 31 Par. 10, *“The notion of a sufficient causal link which is not too remote is embodied in the general requirement in article 31 that the injury should be in consequence of the wrongful act, but without the addition of any particular qualifying phrase.”* Il grado di connessione può, secondo la Commissione, variare a seconda della natura del reclamo o di altre circostanze: ad esempio il nesso di causalità può essere più facilmente colto nei casi che comportano particolari gravi violazioni del diritto internazionale. Cfr. A.W. ROVINE & G.HANESSIAN *Toward a Foreseeability Approach to Causation Questions at the United Nations Compensation Commission, in The United Nations Compensation Commission (Thirteenth Sokol Colloquium)* p.235-236, 1995, citato dalla Commissione nella Decision n.7, nota 3.

³¹⁹ Cfr. GRAY *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, 1990, p.22 s.; GRAEFRATH *Responsibility and damage caused: relationship between responsibility and damages*, in *Recueil des Cours*, 1984, II, p.95 s.; ARANGIO-RUIZ *Second Report on State Responsibility*, in *ILC Yearbook*, 1989, vol. II, p.12 ss Cfr. anche RIGAUX, *‘International Responsibility and the Principle of Causality’*, in M. RAGAZZI (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter* (2005) 81.

³²⁰ ARANGIO-RUIZ *Second Report on State Responsibility*, cit, p.13. Secondo il Relatore Speciale il carattere continuo del nesso di causalità si compone di entrambi i requisiti della “normalità” e della “prevedibilità”: la prevedibilità del danno sarebbe cioè strettamente legata alla normalità del corso degli eventi.

³²¹ Il criterio, simile alla *condicio sine qua non*, è ancor più rigido in caso di condotta omissiva. A tal proposito si veda l'articolo di GATTINI, *Breach Of The Obligation To Prevent And Reparation Thereof In The Icj's Genocide Judgment*, in *European Journal of International Law*, 2007, p.695 ss in particolare p.707-709 relativo alla recente sentenza Bosnia c. Serbia emessa dalla Corte

segno opposto la teoria della cosiddetta *proximate cause* (*proxima causa*), che sostiene la risarcibilità solo del danno immediato, nel senso di direttamente causato dall'evento. Solo nel primo caso sarebbero cioè risarcibili i danni di secondo grado, ossia i danni che siano solo una ripercussione del danno principale, ma che non siano direttamente causati dal fatto illecito dello Stato³²².

Eritrea ed Etiopia hanno proposto alla Commissione due diverse letture del nesso di causalità, che implicavano entrambe, secondo la Commissione, un certo grado di discrezionalità da parte degli arbitri nell'identificare concretamente i danni risarcibili³²³. L'Etiopia si è avvalsa del concetto di ragionevolezza (*reasonableness*); l'Eritrea ha invece sostenuto che il nesso di causalità andasse descritto piuttosto con il principio *proximate cause*. L'Etiopia ha proposto un concetto di ragionevolezza che può essere avvicinato solo in parte a quel nesso di normalità/prevedibilità descritto sopra³²⁴. A causa dell'assenza di un riferimento a parametri più oggettivi, quali potevano essere proprio la normalità e la prevedibilità, la Commissione ha respinto la nozione di ragionevole nesso di causalità. Secondo la Commissione il concetto di ragionevolezza lascerebbe infatti spazio ad una visione troppo soggettiva del rapporto di causalità, che rischia di essere fortemente influenzata

internazionale di Giustizia sul genocidio di Srebrenica. La Corte ha riconosciuto la responsabilità della Serbia nel non avere impedito il genocidio, ma ha anche ritenuto che il genocidio sarebbe comunque stato perpetrato anche se ci fosse stato un controllo da parte della Serbia e conseguentemente non ha imposto riparazioni monetarie. La Corte non ha potuto cioè stabilire un nesso di causalità fra la condotta omissiva della Serbia e i danni subiti dalla Bosnia: infatti la ricostruzione del nesso di causalità in caso di omissione non può che attenersi strettamente al principio della *condicio sine qua non*. Cfr. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 26 Feb. 2007, para. 462

³²² Cfr. *infra* quanto si dirà a proposito dei danni indiretti. Contro la teoria della *proxima causa*, cfr. ancora ARANGIO-RUIZ, *cit.*, p.14 “*damages must be fully paid in respect of injuries for which the wrongful act is the exclusive cause, even though they may be linked to that act not by an immediate relationship, but by a series of events each exclusively linked with each other by a cause-and-effect relationship*”.

³²³ Decisione n.7, par.9

³²⁴ Il concetto di ragionevolezza usato dall'Etiopia è ripreso da WHITEMAN *Damages in International Law*, 1943, p.1767, che spiega, “*that damages allowed on account of the commission or omission of an act giving rise to responsibility generally are those which it is reasonable to allow*”. Cfr. Decisione n. 7 par.8

dall'esperienza e dalla cultura dell'organo giudicante. Il criterio della ragionevolezza, secondo la Commissione, sebbene molto utilizzato nei sistemi giuridici nazionali, non può inoltre essere visto come un principio generale di diritto, né tantomeno costituire una regola di diritto internazionale consuetudinario, date le diverse letture del nesso di causalità adottate nella prassi internazionale³²⁵. Con la stessa motivazione, la Commissione dichiara di respingere anche la teoria della causalità immediata proposta dall'Eritrea³²⁶: il concetto di *proximate cause* non costituisce infatti né un principio generale di diritto, né una norma di diritto internazionale consuetudinario.

La Commissione affronta anche la nozione di risarcibilità del danno “diretto” e “indiretto”. La risarcibilità del solo danno diretto è una teoria generalmente rigettata in dottrina per la sua ambiguità e scarsa utilità: i termini indicano in realtà la posizione del danno rispetto all'illecito all'interno di una catena causale certa, ma non aiutano a comprendere se sussista o meno il nesso di causalità, a meno di non riproporre varianti della teoria della *proximate cause*.

Diverse decisioni arbitrali internazionali, però, hanno utilizzato il termine “danno indiretto” proprio per escludere che il danno si trovasse in rapporto di causa-effetto con l'illecito, di fatto facendo coincidere il danno diretto con quello immediato (*proximate cause*). Nell'arbitrato *Alabama*, per esempio, gli arbitri decisero di escludere, perché considerati danni “indiretti”, le perdite derivanti dal trasferimento di navi americane sotto la bandiera inglese, l'aumento dei premi assicurativi e il prolungamento della guerra. Lo stesso Trattato di Pace Versailles, sanciva la risarcibilità del solo danno diretto: la Germania era obbligata a risarcire i danni “*directly in consequence of hostilities or of any operations of war*”³²⁷.

³²⁵ Decisione n.7, par.8

³²⁶ Tuttavia la teoria della *proximate cause* viene poi sostanzialmente accettata dalla Commissione. Cfr.infra in questo stesso paragrafo. Decisione n.7 par.13

³²⁷ Decision par.10.

Anche il mandato della UN Compensation Commission era stato limitato, nella Risoluzione del Consiglio di Sicurezza 687, ai danni diretti, ma l'utilizzo nella risoluzione del termine "diretto", non va inteso nel senso di ammettere solo la risarcibilità del danno immediato, ma piuttosto di escludere i danni non collegati all'illecito da una catena causale ininterrotta. Ne è la prova il fatto che il lucro cessante, un danno tradizionalmente considerato "indiretto", è stato pacificamente ritenuto risarcibile³²⁸. La lontananza del danno dall'evento non escluderebbe dunque la risarcibilità, analogamente a quanto visto sopra. La Commissione mista dei Reclami Germania-Stati Uniti ha del tutto rifiutato il criterio di causalità in esame, sottolineando l'irrelevanza del fatto che il danno sia diretto o indiretto ai fini della risarcibilità, purché sussista una chiara, ininterrotta connessione fra l'azione della Germania e il danno lamentato³²⁹.

Dopo avere sottolineato la varietà e l'ambiguità delle accezioni usate nella prassi internazionale, la Eritrea Ethiopia Claims Commission ha adottato un criterio di causalità piuttosto incerto. La Commissione ha sostanzialmente sposato il principio della *proximate cause* (nonostante le precedenti obiezioni sollevate nei confronti dell'Eritrea che aveva proposto questo criterio), ma occorre anche tenere conto della prevedibilità del danno³³⁰. Per determinare se il danno sia legato all'illecito da una sufficiente catena causale, secondo la Commissione, occorre valutare se lo stesso danno fosse "ragionevolmente prevedibile" da colui che l'ha commesso.

³²⁸ FRIGESSI DI RATTALMA, *cit.*, p.248 ss. L'autore ritiene che la Commissione, in tema di nesso di causalità, non sia tenuta ad applicare solo la Risoluzione, ma anche "*relevant rules of International law*". (Cfr. artt.31 della Decisione del 26 giugno 1992 n.10 del Consiglio di Amministrazione). Il richiamo al danno diretto operato nella Risoluzione non comprometterebbe, cioè, l'utilizzo delle regole di diritto internazionale in tema di causalità e costituirebbe solo un generico invito alla moderazione. Tuttavia, lo stesso autore sottolinea come più volte i Comitati dei Commissari abbiano adottato il criterio della *proximate cause*. Cfr. p.251-252

³²⁹ Cfr. decisione amministrativa del 1 novembre 1923 n.II

³³⁰ La Commissione, a proposito del criterio della prevedibilità, cita delle datate decisioni arbitrali: la giurisprudenza della Samoan Claims Commission (*Joint Report n.2 del 12 agosto 1904 of the American and British Commissioners, in WHITEMAN Damages in International Law, 1943, pp. 1778-1781*); della US-Venezuelan Mixed Claims Commission (*Roberts Case, in Ralston's Report, p.142*); un caso del Portugo-German Arbitral Tribunal (*Naulilaa Case, 2 R.I.A.A., p.1013*) e il Lighthouses arbitration fra Francia e Grecia (*12 .R.I.A.A., p.217, 1956*)

La portata di questo nesso di causalità “misto” è piuttosto ambigua. Se la prevedibilità determina il nesso, il fatto che il danno sia anche immediato sembrerebbe un requisito superfluo: sarebbe sufficiente una continua connessione causale. Se invece la prevedibilità del danno è un requisito ulteriore rispetto all’immediatezza, si rischia di delineare un nesso di causalità molto ristretto: un danno che sia temporalmente vicinissimo all’evento, ma per qualche ragione astrattamente non prevedibile dall’autore dell’illecito, non sarebbe risarcibile. Questa seconda lettura sembra tuttavia essere la reale intenzione della Commissione, la quale ha affermato che:

The element of foreseeability, although not without its own difficulties, provides some discipline and predictability in assessing proximity. Accordingly, it will be given considerable weight in assessing whether particular damages are compensable” ³³¹

L’elemento della prevedibilità fornirebbe dunque un criterio prognostico nell’accertamento dell’immediatezza.

La Commissione ha dunque adottato un criterio di causalità piuttosto stretto e sarà fondamentale vedere come, nella precisa determinazione dei danni, questo nesso di causalità verrà applicato e quali danni saranno concretamente considerati risarcibili. E’ significativo, tuttavia, che la stessa Commissione dichiari sbrigativamente, al termine della propria rapida analisi, che comunque qualificare in una maniera piuttosto che in un’altra il nesso di causalità necessario, spesso non conduce, di fatto, ad esiti differenti³³².

³³¹ Decisione n.7 par. 13

³³² Per la Commissione sussisterebbero dei danni pacificamente non risarcibili, come quelli che, pur derivando dalla guerra, non sono però riconducibili alla responsabilità dello Stato (ad esempio generici danni economici e aumenti dei tassi di interesse). La Commissione cita ad esempio la giurisprudenza della *American-German Mixed Claims Commission* del 1922, che aveva escluso diversi danni come l’aumento dei costi della vita e dei trasporti perché considerati troppo lontani da una specifica condotta della Germania. Cfr. Decisione n.7 par 14.

7. (segue) Danni risarcibili e violazione dello *jus ad bellum*

L'accertamento da parte della Commissione della responsabilità dell'Eritrea per violazione dello *jus ad bellum* solleva importanti problemi a proposito dell'estensione dei risarcimenti dovuti dall'Eritrea stessa.

La questione non è sfuggita all'attenzione delle parti e della Commissione: durante la prima serie di udienze, tenutesi nell'aprile 2007, entrambe le parti sono state invitate ad indicare l'estensione dei risarcimenti dovuti in conseguenza del lodo sullo *jus ad bellum* ed è subito emersa una opposta visione a proposito delle conseguenze risarcitorie dell'accertamento della violazione del divieto dell'uso della forza. La Commissione ha dichiarato come intende procedere nella già vista Decisione n.7.

La maggior parte delle richieste dei danni da parte dell'Etiopia si basava effettivamente sull'accertamento della responsabilità per violazione dello *jus ad bellum* a carico dell'Eritrea, e non su specifiche violazioni relative alla condotta delle ostilità. I danni richiesti non derivavano cioè da una precisa violazione del diritto dei conflitti armati, ma direttamente dalla violazione del divieto di uso della forza sancito nell'art.2(4) della Carta delle Nazioni Unite. Non solo: l'Etiopia affermava l'esistenza di una responsabilità assoluta per danni a carico dell'Eritrea. Secondo l'Etiopia, infatti, tutti i danni dalla stessa subiti, erano stati causati dalla condotta illegittima dell'Eritrea: poiché l'Eritrea aveva violato il divieto di uso della forza e dato origine al conflitto armato, secondo l'Etiopia ne avrebbe dovuto sopportare l'intero costo. Più precisamente, l'Etiopia sosteneva che la presa di Badme avesse inevitabilmente comportato un'estensione su larga scala delle ostilità e che dunque le conseguenze risarcitorie non potessero limitarsi alle singole condotte oggetto del lodo *jus ad bellum*³³³. L'Eritrea, d'altro canto, pur riconoscendo di avere l'obbligo di riparazione per la specifica violazione di diritto accertata dalla Commissione, ha respinto qualunque tipo di pretesa risarcitoria e ha sostenuto che l'unica forma di riparazione dovuta si limitasse alla

³³³ Decision n.7 par. 15

soddisfazione, per altro già ottenuta attraverso l'accertamento della responsabilità da parte della Commissione.

Effettivamente, mentre è pacifico che la violazione del divieto di uso della forza obblighi a risarcire i danni derivanti dalla violazione della sovranità dell'altro Stato, tuttavia non è chiaro fino a che punto si estenda la responsabilità risarcitoria dello Stato che ha violato lo *ius ad bellum*. Sicuramente, nel caso della Commissione, si devono escludere le spese di guerra³³⁴: secondo l'articolo 5 par.1

*The Commission shall not hear claims arising from the cost of military operations, preparing for military operations, or the use of force, except to the extent that such claims involve violations of international Humanitarian law*³³⁵.

La responsabilità invocata dall'Etiopia appare pressoché assoluta, con un nesso di causalità molto più esteso di quello prima analizzato. La responsabilità risarcitoria dovrebbe coprire tutti i danni causati dallo Stato che ha violato il divieto di uso della forza, anche quelli arrecati con atti di guerra conformi allo *jus in bello* nonché i danni causati dalle operazioni belliche compiute in legittima difesa dallo Stato attaccato, condotte in reazione all'uso della forza³³⁶.

La Commissione, nella propria Decisione n.7, pur facendo proprie alcune delle argomentazioni delle parti, ha respinto entrambe le ricostruzioni,

³³⁴ Cfr. GATTINI, *cit*, il quale sottolinea come di solito le spese militari sostenute per lo sforzo bellico non vengano risarcite, nonostante il loro evidente rapporto causale con il fatto dell'aggressione. p.532. Allo stesso modo, D'ARGENT *Les réparations de guerre en droit International public. La responsabilité des Etats à l'épreuve de la guerre*, p.602 ss.

³³⁵ Si ricorda che la Commissione, nell'accettare la propria competenza a decidere sullo *ius ad bellum*, aveva interpretato il citato articolo nel senso: che fossero esclusi i reclami per il risarcimento dei costi delle operazioni militari, i costi della preparazione delle operazioni e i costi dell'uso della forza. Commission's July 24, 2001 Letter to the Parties, point 5, *cit.*, retro par.-

³³⁶ Cfr. GATTINI *Le riparazioni*, *cit*, p.533-536. Occorre però sottolineare che la premessa dell'autore per questo tipo di riparazione è la sussistenza di una guerra di aggressione. Come si avrà modo di evidenziare a breve, la Commissione non ritiene che l'accertamento della violazione dello *jus ad bellum* da parte dell'Eritrea costituisca una guerra di aggressione. Cfr anche D'ARGENT *cit.*, p.656 s.

sulla base di un'analisi delle passate esperienze relative al risarcimento di danni di guerra.

In particolare, ha sottolineato la profonda differenza fra i risarcimenti che è chiamata ad accertare, rispetto ai sistemi di riparazione post-bellici della Prima e Seconda Guerra Mondiale. Il Trattato di Versailles assicurava un risarcimento per la totalità dei danni derivanti dal conflitto e non solo per gli attacchi iniziali. L'Etiopia sosteneva che, analogamente, in virtù della violazione dello *jus ad bellum*, l'Eritrea fosse tenuta a risarcire tutti i danni. La Commissione sottolinea invece come, in quei casi, le riparazioni di guerra, poste a carico della parte sconfitta, costituivano il risultato dell'esercizio della forza del vincitore e non si basavano sull'accertamento della responsabilità dello Stato secondo il diritto internazionale. Sebbene dunque gli Stati sconfitti dopo la Prima e la Seconda Guerra Mondiale siano stati effettivamente ritenuti responsabili in via assoluta per i danni della guerra, i sistemi di riparazione allora creati non possono essere un punto di riferimento per la Commissione³³⁷.

Più significativo è il confronto con la UN Compensation Commission. La Commissione ritiene particolarmente rilevante a questo proposito il ruolo centrale svolto, nella creazione della UN Compensation Commission, dal Consiglio di Sicurezza. A partire dalla Risoluzione 660 del 2 agosto 1990, giorno in cui l'Iraq ha invaso il Kuwait, il Consiglio di Sicurezza aveva infatti adottato numerose Risoluzioni che condannavano inequivocabilmente

³³⁷ Cfr. Decision.n.7. par.25 e26. Secondo la Commissione, il Trattato di Versailles rifletteva un giudizio collettivo, da parte dei vincitori, fortemente dettato da motivi politici e di vendetta e non correlato a principi di diritto, del fatto che la Germania fosse responsabile per lo scoppio e la continuazione della guerra e per questo autorizzava un massiccio programma di riparazioni, risultato poi piuttosto insoddisfacente. Nel caso della Seconda Guerra Mondiale, la Commissione ritiene che le riparazioni di guerra si basassero sulla convinzione, da parte delle Forze Alleate e della comunità internazionale in genere, che Germania e Giappone fossero responsabili per avere iniziato e portato avanti una guerra d'aggressione su larga scala. Tuttavia la Commissione sottolinea che di nuovo le riparazioni imposte alla Germania devono considerarsi espressione della "giustizia del vincitore" piuttosto che un'applicazione di norme di diritto internazionale sulla responsabilità dello Stato, e che in ogni caso, per motivi in gran parte legati alla divisione post-bellica della Germania e per l'assenza di un complessivo Trattato di pace multilaterale, non ci fu un condiviso programma internazionale di riparazioni o risarcimenti. In particolare le riparazioni della Germania non furono stabilite attraverso l'applicazione del diritto internazionale, mentre le riparazioni da parte del Giappone furono determinate attraverso negoziati condizionati dalla incapacità dello Stato sconfitto di pagare e da altri fattori politici ed economici.

l'invasione da parte dell'Iraq e che chiedevano che l'Iraq si ritirasse immediatamente ed incondizionatamente³³⁸. Nella Risoluzione 674 il Consiglio di Sicurezza ha in particolare ammonito l'Iraq che, secondo il diritto internazionale, esso era responsabile per *“any loss³³⁹, damage or injury arising in regard to Kuwait and third States and their nationals and corporations as a result of the invasion and illegal occupation of Kuwait by Iraq”*.

Le posizioni del Consiglio di Sicurezza a proposito della guerra tra Eritrea ed Etiopia sono state molto diverse, sia nella sostanza che nel tono e nessuna delle sue Risoluzioni ha addebitato la responsabilità del conflitto ad una delle Parti. La prima Risoluzione adottata dal Consiglio di Sicurezza³⁴⁰, rivolgendosi ad entrambe le Parti e non solo all'Eritrea, dichiarava inaccettabile l'uso della forza allo scopo di risolvere controversie territoriali e chiedeva ad entrambe le parti l'immediata cessazione delle ostilità e l'astensione da qualunque ulteriore uso della forza. Quando le ostilità si intensificarono, agli inizi del 1999, il Consiglio di Sicurezza di nuovo si rivolse alle parti nei medesimi termini, chiedendo ad entrambe di astenersi da ulteriori azioni militari³⁴¹, e poco dopo, condannando nuovamente il ricorso alla forza, spinse tutti gli Stati a cessare immediatamente la vendita di armi ad entrambe le Parti³⁴². Quando l'Etiopia fece incursione in Eritrea nel maggio del 2000, infine, il Consiglio di Sicurezza ammonì le Parti, chiedendo che cessassero i combattimenti ed imponendo un embargo per le armi ad entrambe³⁴³.

³³⁸ Cfr. le Risoluzioni del CdS 660 (2 agosto 1990); 661 (6 agosto 1990), 662 (9 agosto 1990), 664 (18 agosto 1990); 665 (25 agosto 1990); 667 (16 settembre 1990); 670 (25 settembre 1990) 674 (29 ottobre 1990) e 678 (29 novembre 1990). Nelle Risoluzioni 661, 665 e 670, in particolare, il Consiglio di Sicurezza impose severe sanzioni economiche all'Iraq e si adoperò perché venissero rispettate. Infine, con la Risoluzione 678 il Consiglio di Sicurezza prese l'eccezionale decisione di autorizzare i membri delle Nazioni Unite ad usare tutti i mezzi necessari, incluso l'uso della forza, per far rispettare le proprie precedenti Risoluzioni.

³³⁹ Il Consiglio di Sicurezza, però, quando procedette alla creazione della UNCC nella Risoluzione 687 del 3 aprile 1991, utilizzò dei termini più prudenti: in base Paragrafo 16, l'Iraq è ritenuto responsabile solo per i danni *“diretti”*.

³⁴⁰ S/RES/1177, 26 giugno 1998.

³⁴¹ S/RES/1226, 29 gennaio 1999.

³⁴² S/RES/1227, 10 febbraio 1999.

³⁴³ S/RES/1297, 17 maggio 2000.

Secondo la Commissione il diverso comportamento non rivela semplicemente una deprecabile differenza di approccio del Consiglio di Sicurezza, come lamentato dall'Etiopia, ma piuttosto una visione completamente diversa delle responsabilità degli Stati. I giudizi emessi dal Consiglio di Sicurezza a proposito dell'invasione e della completa occupazione del Kuwait non sono infatti affatto paragonabili con quelli resi nel caso dell'illegittimo uso della forza da parte dell'Eritrea contro l'Etiopia.

Allo stesso modo, la Commissione sottolinea come l'accertamento di una specifica violazione del divieto dell'uso della forza da parte dell'Eritrea, non ha comportato però l'accertamento di una guerra d'aggressione, o dell'occupazione del territorio dell'Etiopia o delle altre gravi violazioni del diritto internazionale che invece il Consiglio di Sicurezza aveva ravvisato nel caso dell'invasione e dell'occupazione del Kuwait. La condotta illecita da parte dell'Iraq, grave e continua, doveva cioè considerarsi decisamente al di là di una iniziale violazione dello *jus ad bellum*.

Questa era, del resto, anche la tesi sostenuta dall'Eritrea, che aveva affermato che, nei casi citati dall'Etiopia (Prima e Seconda Guerra Mondiale, e occupazione del Kuwait nel 1990), la comunità internazionale aveva sì riconosciuto, come affermato dall'Etiopia, una responsabilità assoluta a carico di una sola delle parti in conflitto, ma in quei casi la parte che sopportava tutte le conseguenze risarcitorie era stata riconosciuta responsabile di avere iniziato una guerra d'aggressione, non di avere violato semplicemente il divieto di uso della forza. A questo proposito l'Eritrea aveva già sottolineato la posizione assunta dal Consiglio di Sicurezza, che non aveva mai attribuito la responsabilità della guerra ad una delle due Parti.

La Commissione ricorre dunque al concetto di guerra di aggressione, che necessita però di ulteriori chiarimenti. Nella prassi internazionale è ormai consolidata la distinzione tra attacco armato e altri usi della forza: l'art. 2 della Risoluzione sulla definizione di aggressione prevede che si possano escludere dalla nozione di aggressione atti e conseguenze che non siano "*of sufficient*

gravity” e la Corte Internazionale di Giustizia ha più esplicitamente sancito questa distinzione nella sentenza relativa alle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*³⁴⁴ e più recentemente nella sentenza sulle *Piattaforme petrolifere*³⁴⁵. La differenza andrebbe valutata con riferimento sia alla gravità degli effetti (come già aveva fatto la risoluzione sulla Definizione di aggressione), sia alle “circostanze e le motivazioni dell’attacco”. Questo secondo aspetto sembrerebbe richiedere una reale intenzione di portare avanti un attacco armato, ovvero un vero e proprio *animus aggressionis*. Tuttavia la distinzione fra uso della forza ed attacco armato rimane circoscritta al singolo atto compiuto da uno Stato ed è stata sviluppata, nella prassi e nella dottrina, esclusivamente in relazione alla legittima difesa: l’art.51 della Carta delle Nazioni Unite la ammette infatti solo nel caso di attacco armato. Non sembra perciò fondato distinguere l’obbligo di riparazioni sulla base della natura del primo attacco o sulla conseguente occupazione.

Il concetto di guerra d’aggressione cui fa riferimento la Commissione andrebbe allora considerato in maniera più ampia, e non semplicemente come guerra che deriva da un attacco armato³⁴⁶. Facendo riferimento alle riparazioni successive ai due conflitti mondiali e all’occupazione del Kuwait da parte dell’Iraq, la Commissione sembra riconoscere sostanzialmente come guerra di aggressione quelle fattispecie che contemplano non solo un attacco armato, ma l’invasione e l’occupazione di un territorio indiscutibilmente appartenente ad un altro Stato. Secondo alcuni autori solo in questi casi sussisterebbe una minaccia allo *status quo* internazionale e una conseguente inequivocabile condanna da parte di tutta la comunità internazionale³⁴⁷. Diversamente, non costituirebbero una guerra di aggressione le ipotesi in cui il ricorso all’uso della forza, e anche ad un attacco armato, non sia dettato da volontà di

³⁴⁴ *Military and paramilitary activities*, ICJ Reports 1986, p.101, par.191

³⁴⁵ *Oil Platforms* ICJ Reports 2003, p.27, par.51

³⁴⁶ Di guerra di aggressione parlava l’art.6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga, nonché la Risoluzione sulla definizione di aggressione all’art.5, comma 2, a proposito della responsabilità penale dell’individuo.

³⁴⁷ WIESBURD, *Use of force- The Practice of State Since World War II*, University Park Pennsylvania 1997, p-309-311.

conquista, ma si leghi, come nel caso Eritrea-Etiopia, a situazioni irrisolte (confinarie, post-coloniali ecc).

Autorevole dottrina sostiene effettivamente questa tesi per affermare un diverso regime delle riparazioni nel caso di guerra di aggressione³⁴⁸: l'aggressore sarebbe responsabile per tutti i danni arrecati durante il conflitto. Nel caso invece di semplice uso della forza, pur dovendo senz'altro considerarsi sempre illegittimo, non ci sarebbe un regime particolare di sanzioni o riparazioni: ciò sarebbe dovuto ad una sorta di acquiescenza da parte della comunità internazionale o comunque ad una volontà di mediazione, che vengono invece meno nel caso in cui uno Stato attacchi deliberatamente un altro con lo scopo di conquistarlo e distruggerne l'indipendenza politica.

L'aver accertato la responsabilità per violazione dello *jus ad bellum*, non significa dunque, secondo la Commissione, aver accertato la responsabilità dell'Eritrea per una guerra d'aggressione e per tanto non può sussistere la responsabilità assoluta per danni pretesa dall'Etiopia.

Allo stesso tempo, però, la Commissione ha respinto la tesi dell'Eritrea per la quale non sussisteva alcuna responsabilità economica: l'Eritrea sarà dunque tenuta a risarcire i danni derivanti dall'uso della forza: questi non comprenderanno tutti i danni derivanti dall'intero conflitto, ma solo quelli legati alla violazione stessa, secondo l'ordinario nesso di causalità analizzato nel paragrafo precedente³⁴⁹. Verosimilmente i danni derivanti dalla violazione

³⁴⁸ E' questa le tesi di GATTINI, *Le riparazioni*, cit, in particolare pp.63-75, per il quale le riparazioni per le guerre di aggressione godrebbero di un particolare regime giuridico, che di fatto si concreta in un addebito della totalità dei danni in capo all'aggressore.

³⁴⁹ Sulla non risarcibilità, in ogni caso, dei danni in conseguenza di operazioni conformi allo *jus in bello*, cfr. KOPPE *Compensation For War Damages Under Jus Ad Bellum*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, *cit*, pp. 417-433. In particolare, p.432, ove l'autore sottolinea che “*On the one hand, it is arguable that an aggressor state should pay compensation for all material damage inflicted upon another state, even if its acts are in conformity with jus in bello. If not, it could get away with a violation of jus ad bellum without paying compensation for damage resulting from hostilities. This would be another indication that the distinction between jus ad bellum and jus in bello is becoming blurred or in any case less strict than always assumed. On the other hand, it is arguable that an aggressor state should not have to pay compensation for material damage committed within the framework of lawful operations under the laws of war. This would be in conformity with the historical dichotomy between both sets of rules and the object and purpose of jus in bello, which assumes the existence of an armed conflict, irrespective of its cause, as well as with the general principle of law that the loss rests where it falls. If an aggressor state would still*

dello *jus ad bellum* saranno solo quelli relativi all'attacco alla città di Badme avvenuto nel maggio del 1998, ma il criterio della *proximate cause* potrebbe non essere sufficiente a determinare esattamente l'ampiezza del risarcimento dovuto³⁵⁰.

8. La distribuzione dei risarcimenti e i reclami *on behalf of individuals*

Finora si sono analizzate le considerazioni svolte dalla Commissione a proposito dei danni risarcibili fra i due Stati. In attesa di vedere come la Commissione effettivamente deciderà in merito ai risarcimenti, occorre comunque valutare sin d'ora se e come i risarcimenti ottenuti saranno distribuiti alla popolazione civile, e in particolare sottolineare la peculiarità che i reclami per conto di individui probabilmente assumeranno nella fase di liquidazione dei danni. In questa seconda fase bisognerà infatti valutare come il risarcimento dei danni elargito dalla Commissione sarà poi distribuito alle sei persone per le quali l'Eritrea ha proposto i reclami.

Per la gestione della fase di liquidazione dei Danni la Commissione ha adottato la Decisione n.8 *Relief to war victims*. In questa decisione la Commissione ha stabilito, per i reclami fra gli Stati, che:

“the Parties chose to pursue inter-State claims and that each Party has fully authority to determine the use and distribution of any damages awarded to it” (par3).

Per i reclami proposti dallo Stato nel proprio interesse, la distribuzione dei risarcimenti alla popolazione civile resta dunque del tutto eventuale e nell'intera discrezionalità dello Stato stesso. Ciò è in linea con quanto detto a proposito della natura di questi reclami, che tutelano un esclusivo interesse dello Stato. Tuttavia, per i reclami che implicavano danni ai civili, la

have to pay compensation for material damage even when it has observed the law of armed conflict, it might lose all economic incentives to observe the laws of war. Reparation for its wrongful act could then consist of mere satisfaction as the most appropriate form of reparation, similar to the International Court of Justice's decision in the Genocide Case”.

³⁵⁰ Sul tema, cfr. GOWLLAND-DEBBAS *Some Remarks On Compensation For War Damages Under Jus Ad Bellum*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, *cit.*, pp.335-348.

Commissione ha chiesto alle parti come intendessero assicurare una distribuzione dei risarcimenti ricevuti alle vittime³⁵¹ e ha sottolineato :

“The Commission agrees that, as to many claims on which it has found liability, it would probably be impossible, and certainly inordinately expensive, to attempt to identify the specific individuals who suffered injuries as a result of various illegal acts committed against them. Examples include victims of rape, physical abuse and international killings” (par.5).

In base a queste affermazioni, la Decisione n.8 sul risarcimento alle vittime di guerra non sembra però applicabile ai reclami presentati per conto di individui determinati . Se infatti è vero che la natura di questi reclami non differisce dal classico schema della protezione diplomatica (cfr. *supra* par n_), per cui sostanzialmente anche in questo caso lo Stato agisce a tutela di un proprio diritto, tuttavia nei sei casi presentati per conto di individui determinati le persone da risarcire sono già individuate. E' chiaro dunque che l'identificazione di individui determinati è necessaria solo per i reclami proposti per conto dello Stato. Per i reclami presentati per conto di individui è possibile dedurre che lo Stato non abbia alcuna discrezionalità nella distribuzione dei risarcimenti, ma che il risarcimento debba andare direttamente agli individui per conto dei quali si è presentato reclamo. Anche se la presentazione dei reclami per conto di individui sostanzialmente rientra nello schema della protezione diplomatica, ciò non esclude che nella fase di compensazione possano avere un diverso trattamento.

Sarà dunque fondamentale vedere come la Commissione e le parti organizzeranno la distribuzione della somma liquidata. Se il risarcimento non sarà dato direttamente a quei sei individui, non ci sarebbe alcuna differenza fra

³⁵¹ Si veda anche la Letter to the Parties del 13 aprile 2006, relativa alla classificazione dei reclami relative ai Danni: *“In view of the humanitarian purposes set forth in Article 5(1) of the December 12 Agreement , the Commission requests that the Parties inform it in their first filing how they intend to ensure distribution of damages received to civilian victims, including presently available information on existing or anticipated structures and procedures for this purpose”*. Decisione n.8, par 2.

questo tipo di reclami e quelli proposti per conto dello Stato, e la disposizione dell'Accordo di Algeri dell'art.5 (8) perderebbe di un reale significato.

La Commissione sembra avere già compreso l'importante differenza fra i due tipi di reclami. Nel lodo *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15,16,23 & 27-32* ha deciso che ogni eventuale risarcimento per individui determinati dovrà essere dato a quella persona³⁵² e che il lodo si applica a tutti i reclami presentati nel procedimento, compresi i reclami 27–32 presentati per conto di individui. La Commissione ha anche chiarito che :

*“The Commission’s findings of liability apply fully to those claims to the extent indicated by their particular facts. The application of the Commission’s findings to the facts of each of these claims will be assessed in the future damages phase of these proceedings”*³⁵³.

Tuttavia, come si è già accennato, nello stesso lodo, la Commissione non ha compiuto una analisi specifica dei reclami e un preciso esame delle prove. La corretta determinazione degli effettivi danni subiti da ogni particolare individuo dovrà dunque essere svolta nella fase di risarcimento, affinché sia assicurata ad ognuno di loro la distribuzione della somma dovuta.

9. Conclusioni sui lavori della Claims Commission

Sicuramente l'istituzione di un tribunale arbitrale che accerti le violazioni del diritto internazionale umanitario e riconosca le responsabilità degli Stati belligeranti, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni causati dall'attività delle rispettive forze armate, deve essere visto come un modello positivo di soluzione delle controversie, nonché un efficace incentivo per gli Stati ad attenersi al diritto internazionale umanitario durante i conflitti armati. La Commissione potrebbe infatti costituire un fortunato precedente per altri organismi arbitrali incaricati di accertare le violazioni dello *jus in bello* e per assicurare alle vittime un risarcimento per i danni sofferti.

³⁵² *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15,16,23 & 27-32*, par.19.

³⁵³ *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15,16,23 & 27-32*, par.160.

La particolare giurisprudenza della Eritrea Ethiopia Claims Commission può fornire, inoltre, un importante contributo allo sviluppo del diritto internazionale umanitario: in particolare affermare la natura consuetudinaria di alcune norme del I Protocollo, anche se può dirsi ancora prematuro, potrebbe influenzare la futura giurisprudenza di altri organismi internazionali e consolidare nuove prassi degli Stati. Tuttavia non si possono non sottolineare i limiti dei lavori di questa Commissione, che spesso sono sembrati superficiali, in particolare per ciò che riguarda lo *standard* richiesto per accertare le violazioni di diritto internazionale umanitario compiute dagli Stati³⁵⁴.

Di particolare importanza è poi la pronuncia relativa alla responsabilità per violazione dello *jus ad bellum*: è raro che un tribunale internazionale si pronunci sul tema, sebbene non si può non sottolineare alcune leggerezze della Commissione, sia nella ricostruzione dei fatti, sia nella qualificazione giuridica di uso della forza e legittima difesa³⁵⁵.

Ma è soprattutto nella procedura di liquidazione e distribuzione dei risarcimenti che emergono i limiti maggiori del lavoro della Claims Commission: questa fase ad oggi non può ancora dirsi ultimata, probabilmente perché si cerca di favorire un accordo tra le parti sull'ammontare delle somme dovute. Inoltre, diversi sono i dubbi sui criteri che verranno seguiti per determinare le somme: in particolare si è visto che le parti avevano due visioni contrapposte sui risarcimenti dovuti per la violazione dello *jus ad bellum* e, sebbene i criteri dettati dalla Commissione nella propria *Decision n.7* appaiano convincenti, ciò non toglie che la Commissione omette di indicare precisamente quali danni saranno concretamente risarciti.

Per quel che riguarda la distribuzione ai singoli individui, poi, ogni decisione spetterà alle Parti. Il sistema ideato dall'Accordo di Algeri, che prevedeva una certa forma di accesso agli individui e la possibilità di reclami

³⁵⁴ Cfr. SOMMARIO, *cit.*, p. 406; VENTURINI, *cit.*, p.290.

³⁵⁵ Cfr. GRAY *The Eritrea/Ethiopia Claims Commission oversteps its boundaries*, *cit.*, p.700 s

di massa, come si è visto, è subito naufragato, e gli Stati potranno gestire con completa discrezionalità i futuri risarcimenti, anche a scapito di un completo ristoro dei singoli per i danni effettivamente patiti.

CONCLUSIONI

I due tribunali arbitrali e le loro pronunce si annunciano già come importanti precedenti per la giurisprudenza internazionale e come base per una possibile evoluzione del diritto internazionale consuetudinario.

L'arbitrato internazionale si conferma uno strumento agevole e flessibile, a completa disposizione delle Parti sia per ciò che riguarda l'istituzione del collegio, il procedimento e il diritto applicabile. Forti perplessità sulla efficienza di questo strumento emergono invece in fase esecutiva, allorché le parti si oppongono alle sentenze rese.

Un limite questo che appare però in una certa misura insormontabile in un arbitrato fra Stati, se si pensa che la struttura stessa della comunità internazionale è caratterizzata dall'assenza di un'autorità sovraordinata e dalla posizione paritaria di tutti gli Stati, e che l'accettazione di qualsiasi giurisdizione da parte di uno Stato ha un fondamento consensuale.

Si deve però considerare che il diritto internazionale ha i propri strumenti per favorire l'esecuzione delle sentenze e non si deve sottovalutare il valore vincolante che una sentenza arbitrale mantiene.

Sia la delimitazione emessa dalla Boundary Commission, sia le violazioni di diritto internazionale umanitario e dello *jus ad bellum* devono comunque considerarsi definitivamente accertati, così come le posizioni giuridiche conseguenti in capo alle parti.

Non rispettare i diritti giuridicamente accertati, o non adempiere agli obblighi, costituisce un illecito internazionale da parte dello Stato, con tutte le conseguenze che il diritto internazionale prevede.

Tuttavia è indubbio che il complessivo piano di pace di Algeri sia stato mortificato dal sostanziale ritiro dell'iniziale consenso delle Parti.

Nonostante fosse apprezzabile l'idea di costruire una pace duratura sulla base di accertamenti strettamente giuridici, il ricorso allo strumento dell'arbitrato non sembra avere contribuito ad una definitiva pacificazione.

Probabilmente ciò è dovuto al fatto che l'arbitrato verteva su materie particolarmente sensibili, quali la delimitazione dei confini e il diritto internazionale umanitario, nonostante il mandato delle Commissioni fosse stato scelto liberamente dalle parti, insieme al diritto applicabile.

Forse il piano di pace è complessivamente fallito proprio a causa di quello che è il pregio maggiore dell'arbitrato, e cioè la libertà di disposizione delle parti. E' infatti possibile che, a causa della particolare intensità del conflitto e delle contestazioni protrattesi fin dalla decolonizzazione, il fatto che alla base della competenza delle Commissioni vi fosse proprio un accordo con il nemico, abbia in qualche modo nuociuto ad una soluzione definitiva della controversia e ad una stabile pacificazione fra Eritrea ed Etiopia.

BIBLIOGRAFIA

- ABI-SAAB *Le principe de l'uti possidetis : son rôle et ses limites dans le contentieux territorial international*, in KOHEN (edited by) *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law : liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden 2007, 657-671
- ALDRICH *The Work of Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, in *YIHL*, 2003, p.435-442
- ALDRICH, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, Oxford, 1996
- ANGEL *Réparation en vertu du traité de paix avec l'Italie des dommages de guerre causés à des personnes privées*, Ginevra , 1967.
- ARANGIO-RUIZ *Arbitrato (diritto internazionale pubblico)*, in *Enc. Dir.*, II, Milano 1958, 975 ss.
- BARDONNET *Equité et frontières terrestres*, in *Mélanges offerts à Paul Reuter- Le droit international: unité et diversité*, Paris, 1981, p.35 ss.
- BARDONNET *Les faits postérieurs à la date critique dans les différends territoriaux et frontaliers*, in *Le droit international aux service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, p.53 ss.
- BARIATTI *L'azione internazionale dello Stato a tutela di non cittadini*, Milano, 1993
- BERNARDINI *Affare della controversia di frontiera (Burkina Faso-Mali). Sentenza del 22 dicembre 1986*, in *CI*, 1987, p.430 ss.

- BERNARDINI *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000
- BLÜHDORN *Le Fonctionnement et la Jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes Créés par les Traités de Paris*, in *Recueil des Cours*, 1932, III, p.141 ss
- BOTHE *Boundaries*, in *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, Amsterdam, London, New York, Tokyo, 1992, p.443-449
- BROWNLIE *African Boundaries, A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*, London-Los Angeles, 1979
- BROWNLIE *Basic Documents on African Affairs*, Oxford, 1971
- BROWNLIE, *Principles of Public International Law*⁷, 2008
- CAFLISCH *L'avenir de l'arbitrage interétatique*, in *AFDI*, 1979, pp.9-45
- CALCHI NOVATI *Il Corno d'Africa nella storia e nella politica: Etiopia, Somalia e Eritrea fra nazionalismi, sottosviluppo e guerra*, Torino, 1994
- CALCHI NOVATI *The Lines of Tension in the Horn and the Ethiopia-Eritrea Case*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.3-20
- CAPOTORTI *Intorno al recente progetto di convenzione sulla procedura arbitrale*, in *RDI*, 1957, pp. 202 ss
- CARLSTON *Codification of International Arbitration procedure*, in *AJIL* 1953, pp. 203 ss
- CARLSTON *Draft convention on arbitral procedure of the ILC*, in *AJIL*, 1954, pp. 296 ss

- CAVAGLIERI *La giurisdizione dei Tribunali Arbitrali Misti ed i poteri del Consiglio della Società delle Nazioni*, in *Rivista di Diritto Pubblico*, 1928, p.3-20
- CELLAMARE *Caratteri della Missione delle Nazioni Unite in Etiopia ed Eritrea (UNMEE)*, in *Studi di diritto Internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, 2003, pp.1571-1586.
- CHELATI DIRAR *Rivalry, Antagonism And War In The Nation- & State-Building Process: The H Factor In The Relations between Eritrea and Ethiopia*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.25-51
- CHINKIN *Alternative Dispute Resolution Under International Law*, , in EVANS (edited by) *Remedies in International Law: the Institutional Dilemma*, Oxford, 1998, pp.123-140
- CHRISTAKIS *The State as a "Primary Fact": Some thoughts on The Principle of Effectiveness*, in KOHEN *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge, 2006, pp.138-170
- CLAPAM *Ethiopia and Eritrea: insecurity and intervention in the Horn*, in *African interventionist states*, 2001, pp. 119-137
- COLANDREA *L'attribuzione allo Stato delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario nella giurisprudenza della Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, in *La Comunità Internazionale*, 2006, p.785-800
- COLLIER, LOWE *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*, Oxford 1999
- CONFORTI, *Diritto Internazionale*⁶,
- CORTEN *Droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et uti possidetis: deux faces d'une même médaille?*, in *RBDI*, 1998, p.161 ss.

- CRAWFORD *The Creation of States in International Law*, Oxford 1979.
- CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, 2002
- CROOK *Mass Claims Processes: Lessons Learned Over Twenty-five years*, in in International Bureau of the PCA (edited by) *Redressing injustices through mass claims processes : innovative responses to unique challenges*, Oxford, 2006, pp.41-57
- CUKWURAH *The settlement of boundary disputes in international law*, New York, 1967
- D'ARGENT *Les réparations de guerre en droit International public. La rsponsabilité des Etats à lépreuve de la guerre*, Bruxelles- Paris, 2002
- DAS *The Concept of Mass Claims and the Specificity of Mass Claims Resolution*, in International Bureau of the PCA (edited by) *Redressing injustices through mass claims processes : innovative responses to unique challenges*, Oxford, 2006, pp.3-11
- DE GUTTY *The Un Mission In Ethiopia And Eritrea (Unmee)*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.79-97
- DEL VECCHIO *Le parti nel processo internazionale*, Milano, 1975
- ELIAS *The Charter of the Organization of African Unity*, in *AJIL*, 1965, p.234
- FENET *Il conflitto eritreo. Conflitti e confini fra nuovi protagonisti*, in VENTRIGLIA (a cura di) *Frontiere nel terzo mondo*, Parigi, 1982, pp.111-129

- FLECK *The Handbook Of Humanitarian Law In Armed Conflicts*, Oxford, 1995
- FOSTER *The Partial Awards of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission on the Treatment of Prisoners of War*, in *The New Zealand Yearbook of International Law*, 2004, pp.139-147
- FOX *Self-Determination in the Post-Cold War Era: A New Internal Focus?* in *Michigan JIL*, 1995, p.733 ss.;
- FRANCK *Post Modern Tribalism and the Right of Secession*, in BRÖLMANN, LEFEBER, ZIECK *People and Minorities in International Law*, Dordrecht, Boston, London, 1993, p.3 ss.
- FRIGESSI DI RATTALMA *Nazioni Unite e Danni derivanti dalla Guerra del Golfo*, Milano 1995
- FRIGESSI DI RATTALMA, TREVES *The United Nations Compensation Commission: a Handbook*, The Hague, 1999
- GATTINI *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, 2003
- GATTINI, *Breach Of The Obligation To Prevent And Reparation Thereof In The ICJ's Genocide Judgment* , in *European Journal of International Law*, 2007,p.695 ss
- GIOIA *voce Territorio in diritto internazionale* in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, Torino 1999, pp.257-290
- GOLDIE *The Critical date* in *ICLQ*, 1963, pp.1251-1284
- GORMLEY *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, 1966
- GOWLLAND-DEBBAS *Some Remarks On Compensation For War Damages Under Jus Ad Bellum*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.335-348.

- GOY *L'indépendance de l'Erythrée*, in *AFDI*, 1993, pp. 337-356
- GRAEFRATH *Responsibility and damage caused: relationship between responsibility and damages*, in *Recueil des Cours*, 1984, II, pp.9-14995 s.;
- GRAY, *The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps its Boundaries: a partial award?*, in *EJIL* 2006, p. 699 e ss
- GRAY *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, 1990
- GREPPI, *The 2000 Algiers Agreements*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.55-77
- GUAZZINI, *La geografia variabile del confine eritreo-etiopico tra passato e presente*, in *Africa*, 1999, pp. 309-348
- GUAZZINI *The Eritrean-Ethiopian Boundary Conflict: The Physical Border and the Human Border*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.109-139
- HIGGINS *Remedies and the International Court of Justice: an Introduction*, in EVANS (edited by) *Remedies in International Law: the Institutional Dilemma*, Oxford, 1998, pp.1-10
- HOLTZMANN *Mass claims settlements systems : potentials and pitfalls*, in *Institutional and procedural aspects of mass claims settlement systems : papers emanating from the PCA International Law Seminar on December 9, 1999 : inaugural seminar*, 2000, pp.1-7
- HOLTZMANN, KRISTJANSDOTTIR *International Mass Claims Processes. Legal and Pratical Perspectives*, New York, 2007

- JENNINGS/ WATTS (edited by) *Oppenheim's International Law*⁹, Londra, 1993, vol.1
- JOHNSON, *Acquisitive Prescription in International Law*, in *BYIL*, 1950, 27, pp.332-354
- JOUANNET *Le Reglement de Paix entre l'Ethiopie et l'Erythrée : « Un succes majeur pour l'ensemble de l'Afrique » ?*, in *RGDIP*, 2001, pp.849-896
- KHADIAGALA *Reflections on the Ethiopia-Eritrea Border Conflict*, in *Fletcher Forum of World Affairs*, 1999, pp.39-52
- KAIKOBAD *Some Observations on the Doctrine of Continuity and Finality of Boundaries*, in *BYIL*, 1984, 54, pp.119-141
- KAIKOBAD *The Eritrea-Ethiopia Boundary Commission: A Legal Ananlysis of the Boundary Delimitation Decision of 13th April 2002 and Relevant Subsequent Decisions*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.171-223
- KALSHOVEN *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, in *ICLQ*, 1991, p.836 ss.
- GILBERT M. KHADIAGALA *Reflections on the Ethiopia-Eritrea border Conflict*, in *Fletcher Forum of World Affairs* , 1999, pp. 23-39.
- KLEIN *State Responsibility for International Humanitarian Law Violations and the Work of the Eritrea Ethiopia Claims Commission So Far*, in *GYIL*, 2004, p.214-266
- KOHEN *Les problèmes des frontières en cas de dissolution et de séparation d'États: quelle alternatives?* in *RBDI*, 1998, p.129-160
- KOHEN *Le Relation Titre/Effectivites dans le Contentieux Territorial à la Lumière de la Jurisprudence Récente*, in *RGDIP*, 2004, pp. 561-595
-

- KOHEN *The Decision on the Delimitation of the Eritrea/ Ethiopia Boundary of 13 April 2002*, in KOHEN, *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law : liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden 2007, p.767-779
- KOPPE *Compensation For War Damages Under Jus Ad Bellum*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009 pp. 417-433.
- LAI *Etiopia-Eritrea: finalmente la pace?* In *CI*, 2001, pp.269-284
- LILLICH, R.B., (ED.) *The United Nations Compensation Commission [Thirteenth Sokol Colloquium]*, 1995, p.45 ss.
- LUCCHINI *Erytrée- Ethiopie: l'Enlissement?* in *AFDI*, 2004, p.389-414
- MACGIBBON *The Scope of Acquiescence in International Law*, in *BYIL*, 1954, 31, pp.143-186
- MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* , Clarendon Press 1989
- MERRILLS *International dispute settlement*⁴, Cambridge, 2005
- MORELLI *Studi sul processo internazionale*, Milano 1963
- MORELLI *Nuovi studi sul processo internazionale*, Milano, 1972
- MORELLI *Soluzione pacifica delle controversie internazionali*, Napoli, 1991
- NEGASH, TRONVOLL *Brothers at War, Making Sense of the Eritrean-Ethiopian War*, Oxford 2000
- NEGRI *I principi generali del processo internazionale nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia*, Napoli 2002
- NESI, *L'uti possidetis iuris nel diritto internazionale*, Padova 1996

- ORREGO VICUNA, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, Cambridge, 2004
- ORREGO VICUNA *Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals*, in *Max Planck UNYB*, 2001, pp.53-66
- PALCHETTI *La rilevanza dell'atteggiamento degli Stati parti nell'accertamento del diritto internazionale generale da parte della Corte internazionale di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, pp.647-679
- PAZARTZIS *Les engagements internationaux en matiere de reglement pacifique des differends entre etats*, Parigi, 1992
- PLAUT *The Conflict and its Aftermath*, in JACQUIN-BERDAL, PLAUT (edited by) *Unfinished Business: Eritrea and Ethiopia at War*, Trenton, 2004, pp.87-123
- QUENEUDEC *La demarcation de la frontiere entre l'Irak et le Koweit*, in *RGDIP*, pp.767-774;
- RADAN *Post-Secession International Borders: A Critical Analysis of the Opinions of the Baditer Arbitration Commission*, in *Melbourne University Law Review*, 2000, p.50 ss .
- RATNER *Drawing a Better Line: Uti Possidetis and the Borders of New States*, in *AJIL*, 1996, pp.590-624
- RIBBELINK *Some Remarks On The Nature, Practice And Future Of Unmee*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.99-105

- RIGAUX, *International Responsibility and the Principle of Causality*, in M. RAGAZZI (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Memory of Oscar Schachter*, 2005, pp.81 ss
- RONZITTI *Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2002, pp.39-50
- RONZITTI *Access to Justice and Compensation for Violations of the Law of War*, in FRANCONI (edited by) *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, p.97 ss.
- RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *RDI*, 2002, p. 682-690.
- RONZITTI *Introduzione al Diritto Internazionale*², Torino 2007
- RONZITTI *Diritto Internazionale dei conflitti armati*³, Torino 2006
- ROSENNE *Reflections on international arbitration and litigation in the International Court of Justice*, Deventer, 1988
- ROVINE, HANESSIAN *Toward a Foreseeability Approach to Causation Questions at the United Nations Compensation Commission*, in *The United Nations Compensation Commission (Thirteenth Sokol Colloquium)*, 1995, pp.235-236,
- RUBINO-SAMMARTANO, *L'arbitrato internazionale*, Padova, 1989
- SASSOLI, *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law*, in *IRRC*, 2002, pp.401-433
- SCHLOCHAUER *Permanent Court of Arbitration*, in *Enc. Public. Int. Law, 1. Settlement of Disputes*, p.157 ss.
- SCIACOVELLI *La controversia confinaria tra Eritrea ed Etiopia*, in *RDI* 2004, pp.730-751
- SCOVAZZI *Assab, Massaua, Ucciali, Adua. Gli strumenti giuridici del primo colonialismo italiano*², Torino 1998
-

- SCOVAZZI *Corso di diritto internazionale. Trattati, norme generali, adattamento*, Milano, 2006
- SOREL *L'accord de paix sur la Bosnie-Herzégovine du 14 décembre 1995: un traité sous bénéfice d'inventaire*, in *AFDI*, pp.81-84
- SHAW *Peoples, Territorialism and Boundaries* in *EJIL*, 1997, p.478 ss.
- SHAW, *Title, Control and Closure? The Experience of the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission*, in *ICLQ*, 2007, pp.755-796
- SHAW (edited by), *Title To Territory*, Aldershot Hants England, 2005
- SIMMA, KHAN, *Peaceful settlement of boundary disputes under the auspices of the Organisation of African Unity and the United Nations: the case of the frontier dispute between Eritrea and Ethiopia*, in *Liber amicorum judge Shigeru Oda*, 2002, p. 1179-1196
- SIMPSON, FOX *International Arbitration. Law and practice*, London, 1959
- SOMMARIO *State Responsibility for Violations of International Humanitarian Law in the Work of the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp. 393-407
- SPERDUTI *Prescrizione, consuetudine e acquiescenza in diritto internazionale*, in *RDI*, 1961, pp.3-15
- SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale*, Milano 1950
- TANCREDI *La secessione nel diritto internazionale*, Padova 2001
- TEKLE' *Il processo costituente in Eritrea ed il Draft Constitution del 1996*, in *Quaderni Costituzionali* 1997, n.2 pp. 331-344

- TOMUSCHAT *Reparation in Favour of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law*, in KOHEN (edited by) *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law : liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, 2007, pp.569-590
- TORRES BERNARDEZ *The “Uti Possidetis Juis Principle” in Historical Perspective*, in *Völkerrecht zwischen normativen Anspruch und politischer Realität- Festschrift für Karl Zemanek*, Berlin, 1994, pp.417-437
- TORRES BERNARDEZ *L’arbitrage Interétatique*, in BARDONNET *The Peaceful Settlement of International Disputes in Europe: Future Prospects*, London, 1991, pp.205-267
- TREVES *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999
- VAN HAERSOLTE-VAN HOF *Innovations to Speed Mass Claims: New Standards of Proof*, in International Bureau of the PCA (edited by) *Redressing injustices through mass claims processes : innovative responses to unique challenges*, Oxford, 2006, pp.13-23
- VAN HOFF, *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules. The Application by the Iran-US Claims Tribunal*, Boston 1992
- VENTURINI *International Law and the Conduct of Military Operations*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI, (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.279-305.
- VIERUCCI *Sulla nozione di obiettivo militare nella guerra aerea: recenti sviluppi della giurisprudenza internazionale*, in *RDI*, 2006, pp.693-735
- VIGNES *La Commission de conciliation franco-italienne*, in *AFDI*, 1955, pp. 217 ss

- VILLANI *Arbitrato fra Stati*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino 1987, pp. 338-360
- WEERAMANTRY *Civilians Claims (Eritrea v. Ethiopia), Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32/ Ethiopia's Claim 5, Partial Awards*. At <<http://www.pca-cpa.org>>. *Eritrea Ethiopia Claims Commission, December 17, 2004*, in *AJIL* pp.201-203
- WEERAMANTRY, *International Law As To The Use Of Force*, in in DE GUTTRY, POST, VENTURINI (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.227-242
- WEISSBERG *Maps as Evidence in International Boundary Disputes: A Reappraisal*, in *AJIL*, 1963, pp.781-803.
- WHITEMAN *Damages in International Law*, 1943
- WIESBURD, *Use of force- The Practice of State Since World War II*, Pennsylvania, 1997
- WOOLDRIDGE *Uti possidetis Doctrine*, in *Enc. Publ. Int. Law.*, Amsterdam-London-New York, 2000, pp.1259-1261
- ZEWEDE *The Historical Background of the 1998-2000 War: Some Salient Points*, in DE GUTTRY, POST, VENTURINI (edited by) *The 1998-2000 War between Eritrea and Ethiopia. An International Legal Perspective*, The Hague, 2009, pp.21-24

Abbreviazioni

AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJIL	American Journal of International Law
BYIL	British Yearbook of International Law
CI	La Comunità Internazionale
Dig. Disc. Pubbl.	Digesto Discipline Pubblicistiche
EJIL	European Journal of International Law
Enc. Dir	Enciclopedia del Diritto
Enc. Publ. Int. Law.	Encyclopedia of Public International Law
GYIL	German Yearbook of International Law
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IRRC	International review of the Red Cross
Max Planck UNYB	Max Planck Yearbook of United Nation Law
RBDI	Revue Belge de Droit International
RDI	Rivista di Diritto Internazionale
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law