



## OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 2/2022

### 1. DELIMITAZIONE MARITTIMA E ACCORDI TACITI : LA RECENTE CONTROVERSIA TRA SOMALIA E KENYA SULLA DELIMITAZIONE MARITTIMA DELL'OCEANO INDIANO

#### 1. Introduzione

Il 12 ottobre 2021, la Corte internazionale di giustizia si è pronunciata sul merito della controversia sulla [\*delimitazione della frontiera marittima nell'Oceano indiano tra Somalia e Kenya\*](#), instaurata dalla Somalia nel 2014, affinché la Corte procedesse alla delimitazione del mare territoriale, della piattaforma continentale e della zona economica esclusiva (ZEE), tracciando un'unica linea di frontiera tra i due Stati adiacenti. Dal canto suo, il Kenya opponeva l'esistenza di un preesistente accordo tra le parti avente ad oggetto la delimitazione della frontiera marittima tra i due Stati limitrofi. In particolare, secondo lo Stato convenuto, la Somalia avrebbe prestato la propria acquiescenza alla delimitazione della frontiera alla linea parallela situata alle coordinate indicate dallo stesso Kenya. In altri termini, la delimitazione della frontiera marittima nell'Oceano indiano tra Somalia e Kenya sarebbe già stata regolata da un accordo tacito tra gli Stati interessati.

Occorre preliminarmente specificare che le questioni relative alla delimitazione, tra Stati aventi coste adiacenti o frontiste, dell'ampiezza del mare territoriale, della ZEE e della piattaforma continentale sono disciplinate rispettivamente dagli artt. 15, 74 e 83 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. La prima disposizione prevede che, in assenza di accordi contrari, nessuno dei due Stati frontisti o adiacenti possa estendere il proprio mare territoriale oltre la linea mediana i cui punti siano equidistanti dalle linee di base dalle quali si misura la larghezza del mare territoriale di ciascuno Stato. Gli artt. 74 e 83, aventi formulazione analoga, prevedono che la delimitazione della ZEE e della piattaforma continentale siano effettuate mediante accordo sulla base del diritto internazionale ovvero, nel caso in cui tale accordo non sia raggiunto, mediante il ricorso alle procedure di risoluzione delle controversie previste dalla stessa Convenzione. Entrambe le disposizioni, inoltre, dispongono che, qualora esista un accordo in vigore tra gli Stati interessati, la delimitazione della ZEE e della piattaforma continentale vengano effettuate secondo quanto previsto dall'accordo tra gli Stati. Come risulta dalla lettura delle norme citate, in caso di controversie sulla delimitazione delle frontiere marittime, l'accertamento dell'eventuale esistenza di un previo accordo tra le parti in disputa assume importanza centrale. Nel caso in esame, la questione si è posta con particolare complessità, costituendo uno dei principali nodi giuridici sollevati dal caso. La Corte internazionale di giustizia ha dovuto affrontare il non agevole

compito ermeneutico della ricognizione di un eventuale accordo tacito tra Somalia e Kenya, relativo alla delimitazione della frontiera marittima tra i due Stati. Sotto tale profilo, la sentenza in esame suscita particolare interesse giuridico. La Corte ha riconosciuto la sussistenza di un accordo tacito in materia di delimitazione delle frontiere marittime soltanto in un'occasione, e segnatamente nell'ambito della controversia tra Perù e Cile, risolta dalla Corte nel 2014 (*Case concerning Maritime Dispute, (Peru v. Chile)*, sentenza 27 gennaio 2014). Tradizionalmente, infatti, la Corte ha mantenuto un atteggiamento particolarmente cauto nell'accertare l'esistenza di accordi taciti, adoperando, come si vedrà meglio in seguito, criteri di accertamento e interpretazione particolarmente rigorosi. A fronte dell'atteggiamento tradizionale della Corte, la sentenza del 2014 inaugurava un inedito indirizzo, mostrando un approccio maggiormente flessibile (BONAFE' B.I., PALCHETTI P., *Legal normativity through tacit agreements: Putting Peru v. Chile into a broader perspective*, in *QIL*, 2015/18). La sentenza resa dalla Corte nel caso in esame, pertanto, offre l'occasione per trarre un bilancio sull'approccio della Corte internazionale di giustizia nei confronti degli accordi taciti, consentendo di verificare l'effettiva portata della precedente decisione del 2014 nella giurisprudenza della Corte e, più in generale, di chiarire il ruolo degli accordi taciti nella definizione delle frontiere marittime.

## 2. La categoria degli accordi taciti nel diritto internazionale e i criteri giurisprudenziali di accertamento

La categoria giuridica degli accordi taciti è riconosciuta implicitamente dall'art. 3, lett. b, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 che esclude dal proprio ambito di applicazione gli accordi taciti e gli accordi orali. Sebbene sia stata esclusa dall'opera di codificazione del diritto dei trattati, questa tipologia di accordi è pienamente ammessa dal diritto internazionale. Come evidenziato dalla Corte internazionale di giustizia, nella sentenza di merito sulla controversia tra Bolivia e Cile per l'accesso all'Oceano Pacifico, affinché possa essere riconosciuta efficacia vincolante agli accordi tra Stati, inclusi quelli taciti, è necessario accertare “*an intention of the parties to be bound by legal obligations*” (*Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean, (Bolivia/Chile)*, sentenza 1 ottobre 2018, par. 97). Gli accordi taciti assumono un ruolo marginale nelle relazioni internazionali contemporanee, nelle quali, in ragione delle esigenze di stabilità e certezza dei traffici giuridici, si è affermata la netta preferenza per gli strumenti convenzionali conclusi in forma scritta. Le ragioni della preferenza per gli accordi scritti risultano di tutta evidenza e appaiono giustificate dalle numerose incertezze interpretative che circondano la categoria degli accordi taciti. In mancanza di uno strumento scritto che sancisca la regolamentazione intesa dagli Stati parti, l'identificazione dell'esistenza dell'accordo tacito e l'interpretazione del suo contenuto dipendono dall'analisi della condotta degli Stati dalla quale inferire *l'animus contrahendi*. In altre parole, la volontà degli Stati di concludere l'accordo viene desunta dal comportamento tenuto dalle parti, alla luce dei principi dell'acquiescenza e degli *actes conclusants* (AUST A., *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000, p. 90; DISTEFANO G., *L'accord tacite ou l'univers parallèle du droit des traités*, in *QIL*, 2015/18, pp. 17-37; KLABBERS J., *The concept of Treaty in International Law*, The Hague, 1996, p. 51 ss.; KOLB R., *The Law of Treaties. An introduction*, Cheltenham, 2016, p. 17; PAIK J., *Tacit Agreements*, in *MPEPIL*, 2020). In particolare, la volontà di stipulare può essere desunta da comportamenti attivi concludenti degli Stati interessati, ovvero dall'acquiescenza serbata da uno Stato rispetto ad una determinata pretesa giuridica avanzata da un altro soggetto. In entrambe le ipotesi, che verranno meglio illustrate in seguito, affinché

il comportamento attivo o passivo possa produrre effetti giuridici, è necessario che il contegno serbato dallo Stato esprima in modo inequivoco l'*animus contrabendi*.

Per quanto riguarda i criteri impiegati nella ricognizione degli accordi taciti, la Corte internazionale di giustizia ha stabilito un rigoroso standard probatorio, elaborato proprio nel contesto delle controversie sulle delimitazioni marittime. Nella controversia tra Nicaragua e Honduras, sulla frontiera marittima nel Mar dei Caraibi, la Corte ha affermato che, poiché la delimitazione di una frontiera marittima permanente "*is a matter of grave importance*", l'esistenza di un accordo tacito al riguardo deve essere supportata da "*compelling evidence*" (*Case concerning territorial and maritime dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea, (Nicaragua/Honduras)*, sentenza 8 ottobre 2007, par.253; sul punto v. ALVAREZ-JIMENEZ A., *Boundary Agreements in the International Court of Justice's Case Law, 2000-2010*, in *EJIL*, 2012, 23-2, pp. 495-515). Applicando questo test alla fattispecie, la Corte rigettò le argomentazioni sollevate dallo Stato convenuto, secondo il quale la frontiera marittima tra Nicaragua e Honduras sarebbe stata delimitata da un confine di fatto stabilito da un accordo tacito tra i due Stati. In particolare, l'esistenza di tale accordo sarebbe stata testimoniata dallo svolgimento di attività di pesca, dalla regolamentazione delle stesse, dall'affidamento delle concessioni per la ricerca e l'estrazione di idrocarburi, nonché dalle funzioni di pattugliamento marittimo e accertamento e applicazione delle normative nazionali, nelle aree contese, da parte dell'Honduras in assenza di proteste da parte del Nicaragua. A giudizio della Corte, tuttavia, tali elementi non costituivano prove decisive dell'esistenza di un accordo tacito sulla delimitazione dei confini tra Honduras e Nicaragua nel Mar dei Caraibi. Pertanto, la Corte concluse che non vi fosse alcun accordo in vigore tra Honduras e Nicaragua "*of the nature to establish a legally binding maritime boundary*" (*Case concerning territorial and maritime dispute, cit.*, par. 258). La Corte è giunta a conclusioni diverse nella controversia tra Perù e Cile accertando che la frontiera marittima tra i due Stati nell'Oceano Pacifico fosse stabilita da un accordo tacitamente concluso dai due Stati. In tale occasione, il fattore determinante per la ricognizione dell'accordo tacito fu rappresentato da un accordo scritto tra le parti, i cui termini presupponevano e confermavano l'esistenza di un previo accordo tacito avente ad oggetto la delimitazione della frontiera marittima. La Corte ritenne che l'esistenza di tale accordo tacito fosse desumibile dallo *Special maritime frontier zone Agreement* del 1954, il quale prevedeva che le imbarcazioni, che si trovassero accidentalmente nell'area di 12 miglia nautiche dalla linea laterale costituente il confine tra gli Stati parti, non sarebbero state considerate in violazione dei confini marittimi. La Corte evidenziò che l'accordo del 1954, pur non stabilendo di per sé confini marittimi, avesse riconosciuto espressamente l'esistenza di una frontiera marittima stabilita da un previo accordo tra le parti. In altri termini, il trattato del 1954 presupponeva necessariamente l'esistenza di un precedente accordo sulla delimitazione della frontiera marittima, che doveva essere necessariamente tacito mancando un impegno scritto al riguardo (*Case concerning Maritime Dispute, cit.*, par.91). In presenza di un accordo scritto, contenente riferimenti all'accordo non scritto, la Corte si è mostrata maggiormente flessibile nell'accertare la sussistenza di un accordo tacito, prescindendo dalla valutazione degli altri elementi fattuali e mettendo di fatto da parte lo standard probatorio elaborato nella precedente controversia tra Nicaragua e Honduras (J. D'ASPREMONT, *The International Court of Justice and tacit conventionality*, in *QIL*, 2015/18, pp. 3-17). Il rinnovato atteggiamento della Corte, però, appare connesso alle peculiarità del precedente caso del 2014, e in particolare la presenza dell'esplicito riferimento a un precedente impegno nell'accordo scritto tra le parti. Il caso in esame, pertanto, offre l'occasione per verificare se l'atteggiamento di minor cautela adottato dalla Corte nella sentenza del 2014 inauguri un

rinnovato atteggiamento di flessibilità della Corte nei confronti della figura degli accordi taciti e, dunque, anche in assenza di strumenti scritti che facciano riferimento implicitamente o esplicitamente ad un diverso accordo tacito.

### 3. *Questioni di merito relative al riconoscimento dell'acquiescenza e degli accordi taciti*

Come anticipato, il Kenya sosteneva che “*Somalia has acquiesced in a maritime boundary at the parallel of latitude, and that the Parties have considered this to be an equitable delimitation in light of both geographical context and regional practice*” (Counter-memorial, par.2). In particolare, il Kenya asseriva di avere esercitato dal 1979 i propri poteri sovrani, nell’area contesa, conformemente all’esistenza di un confine marittimo, al quale la Somalia avrebbe prestato la propria acquiescenza, non avendo avanzato proteste contro la condotta del Kenya fino al 2014, quando era stato instaurato il procedimento dinanzi alla Corte. Tale pretesa giuridica si sarebbe manifestata nelle due proclamazioni presidenziali, emanate dal Presidente del Kenya nel 1979 e nel 2005, che attestavano il limite laterale del mare territoriale e della ZEE dello Stato convenuto con le rispettive aree somale, e dalla posizione del Kenya espressa nel 2009 dinanzi alla Commissione sui Limiti della Piattaforma continentale. Il Kenya rilevava che entrambe le proclamazioni, nonché la domanda presentata alla Commissione, fossero note alla Somalia, essendo state notificate a tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite e tutti gli Stati parti alla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. Secondo il Kenya, pertanto, il silenzio serbato dalla Somalia sarebbe equivalso alla manifestazione del consenso alla delimitazione proposta. Alle argomentazioni dello Stato convenuto si era opposta la Somalia, eccependo che il Kenya avesse tentato di imporre unilateralmente il confine marittimo, contrariamente a quanto previsto dalla Convenzione di Montego Bay e che, ad ogni modo, sarebbero mancati i presupposti richiesti dal diritto internazionale per il riconoscimento di una situazione di acquiescenza. Secondo le argomentazioni della Somalia, l’acquiescenza non poteva essere invocata ai fini della delimitazione dei confini marittimi, poiché “*there can be no presumption that a unilateral act of a State can ever create a boundary under international law*” (sentenza, par. 2.7). La Somalia, inoltre, sosteneva che il Kenya non avesse prodotto in giudizio gli elementi probanti l’esistenza di un accordo tacito, asserendo che “*aware that it cannot satisfy the conditions imposed by the applicable law, Kenya chooses to ignore it and invent an entirely novel approach: delimitation by acquiescence in a unilateral claim*” (sentenza, par. 2.4). In merito alla questione, la Corte ha anzitutto ribadito che i confini marittimi tra Stati frontisti o adiacenti non possano essere stabiliti unilateralmente da uno dei due Stati interessati. Tuttavia, come chiarito espressamente dalla Corte, l’accordo di cui agli artt. 15, 74 e 83 della Convenzione sul diritto del mare, può assumere diverse forme, essendo determinante in via esclusiva l’esistenza di una comune intesa sul confine marittimo tra gli Stati interessati. In altre parole, l’accordo sulla frontiera marittima potrebbe assumere anche la forma di accordo tacito. La Corte ha precisato altresì che l’acquiescenza è equivalente ad una ricognizione tacita di una determinata pretesa giuridica, manifestata attraverso una condotta unilaterale che può essere interpretata quale consenso alla stregua del principio *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset* (sentenza, par.51). Infatti, anche l’acquiescenza può fungere da elemento costitutivo di un accordo tacito, come implicitamente ammesso dalla Corte. Tuttavia, nella fattispecie, la Corte non ha ritenuto sussistente un accordo tacito tra le parti, mancando, a suo giudizio, gli elementi di prova sufficienti a dimostrare l’esistenza di un previo accordo non scritto tra Somalia e Kenya. La Corte ha raggiunto tale conclusione operando una duplice indagine, valutando dapprima la condotta del Kenya e solo successivamente quella della

Somalia. Come evidenziato dalla Corte, l'assenza di proteste può essere interpretata come manifestazione tacita del consenso solo “*if the circumstances are such that conduct of the other State calls for a response*” (sentenza, par. 51). È pacificamente riconosciuto, infatti, che il silenzio produca effetti giuridici solo se qualificato (S.N. ANTUNES, *Acquiescence*, in *MPEPIL*, 2006; J. BARALE, *L'acquiescement dans la jurisprudence internationale*, in *Annuaire français de droit international*, 1995, 11, pp. 389-427; MACGIBBON, *The scope of acquiescence in International Law*, in *British Yearbook of Int. Law*, 1954, n. 31, p. 143 ss.; C. TAMS, *Waiver, Acquiescence and extinctive prescription*, in CRAWFORD J., PELLET A. (a cura di), *The Law of International responsibility*, Oxford, 2010, p. 1035 ss.; S. YAN, *Acquiescence and its role in the settlement of Island Disputes: “Silence may speak” but to what extent?*, in *Chinese Journal of Int. Law*, 2021, 20-3, pp. 2-29). Il silenzio quale assenza di proteste assume significato giuridico solo se serbato rispetto a situazioni di fatto o comportamenti idonei a suscitare la reazione di un altro Stato. L'analisi della Corte, quindi, si è concentrata preliminarmente nell'accertare se il Kenya avesse avanzato e mantenuto una pretesa giuridica tale da suscitare proteste da parte della Somalia e, solo successivamente, si è soffermata nel valutare se l'assenza di proteste da parte della Somalia equivallesse all'accettazione della pretesa del Kenya. La Corte ha specificato che entrambi i test devono essere condotti secondo i rigorosi standard probatori elaborati nella propria giurisprudenza in materia di delimitazioni marittime. In particolare, era necessario accertare, in via preliminare, mediante “*compelling evidences*” che il Kenya avesse avanzato e mantenuto costantemente nel tempo la pretesa giuridica sulla frontiera marittima, e in via ulteriore, riscontrare sempre mediante prove inconfutabili la chiara e inequivoca accettazione da parte della Somalia.

Per quanto riguarda il primo aspetto, a giudizio della Corte, non sussistono prove che dimostrino che il Kenya abbia mantenuto in modo costante una pretesa giuridica in merito alla delimitazione dei confini marittimi con la Somalia. La Corte ha rilevato che il *Maritime Zones Act*, adottato dal Kenya nel 1989, presupponeva al contrario l'inesistenza di un accordo tra le parti sulla delimitazione della ZEE, in quanto la Section 3, sub. 4, della normativa citata, prevedeva che “*the northern boundary of the exclusive economic zone with Somalia shall be delimited by notice in the Gazette by the Minister pursuant to an agreement between Kenya and Somalia on the basis of international law*”. La disposizione citata avrebbe fatto riferimento ad un accordo non ancora concluso al momento dell'entrata in vigore del *Maritime Zones Act*, mostrando la consapevolezza del Kenya sulla mancanza di un preesistente accordo con la Somalia. Anche l'istanza presentata dal Kenya alla Commissione sui Limiti della Piattaforma continentale manifesterebbe la consapevolezza sull'assenza di accordo tra i due Stati nella parte in cui fa riferimento all'inesistenza di un confine marittimo determinato tra Somalia e Kenya. La Corte, inoltre, ha richiamato quanto evidenziato nella sentenza del 2017 sulle eccezioni preliminari che accertava l'esistenza di una controversia tra Somalia e Kenya sulla delimitazione dei confini marittimi. In quella occasione, la Corte aveva rilevato che il Memorandum di intesa concluso nel 2009 tra il Governo del Kenya e il Governo transitorio della Somalia, con cui i due Stati si erano impegnati reciprocamente a non opporre obiezioni alle richieste dagli stessi effettuate dinanzi alla Commissione sui Limiti della Piattaforma continentale, confermasse chiaramente l'esistenza di una controversia sulla frontiera marittima. Il secondo paragrafo del Memorandum, infatti, affermava che la questione della delimitazione della piattaforma continentale tra Somalia e Kenya non fosse ancora risolta all'epoca della conclusione dell'accordo, specificando che la questione costituisse una controversia sui confini marittimi. Il Memorandum, quindi, confermava in via implicita l'inesistenza di un accordo tra le parti sulla delimitazione della piattaforma continentale, data



la sussistenza di una controversia sul punto tra le parti. La Corte, pertanto, ha dedotto dal Memorandum, quale accordo scritto, la prova dell'inesistenza di un accordo tacito sulla delimitazione della piattaforma continentale tra i due Stati. Sotto tale profilo, la sentenza non si discosta dal precedente caso del 2014, nel quale l'esistenza dell'accordo tacito tra Perù e Cile fu desunta da uno strumento scritto.

La Corte ha posto, infine, enfasi sul fatto che Somalia e Kenya, avessero avviato, incontrandosi a Nairobi nel 2014, negoziati volte a risolvere le questioni sulla frontiera marittima. Aderendo all'indirizzo espresso dal Tribunale internazionale del diritto del mare nel caso della delimitazione della frontiera marittima tra Ghana e Costa d'Avorio, la Corte ha rilevato come lo svolgimento di negoziati tra Somalia e Kenya fosse di per sé indicativo dell'esigenza percepita da entrambi gli Stati di risolvere la controversia marittima (*ITLOS, Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Cote D'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/ Cote D'Ivoire)*, sentenza 23 settembre 2017). Questa circostanza, evidentemente, esclude che i due Stati avessero previamente raggiunto un accordo tacito sulla delimitazione dei propri confini marittimi. Come notato dalla Corte, inoltre, i verbali delle negoziazioni, tenutesi nel 2014, attestano che i due Stati non avessero raggiunto alcuna intesa relativamente ai metodi da impiegare per la delimitazione delle aree contese, offrendo ulteriore conferma del fatto che nessun precedente accordo fosse stato concluso dalle parti (Sentenza, par. 69). Pertanto, la Corte ha concluso che la pretesa giuridica e la condotta del Kenya non fossero state mantenute costantemente nel tempo e che tale condotta non fosse tale da esigere una reazione da parte della Somalia. Ciononostante, la Corte ha ritenuto opportuno pronunciarsi comunque sulla condotta della Somalia, rilevando che la Somalia, pur non avendo reagito immediatamente alla proclamazione del 1979 e alla dichiarazione del 2005, avesse opposto la propria posizione in diverse occasioni a partire dal 2009, come testimoniato anche dal Memorandum del 2009 e dalle posizioni espresse dalla Somalia dinanzi alla Commissione sui Limiti della Piattaforma continentale. Per altro verso, la Corte ha ritenuto che, relativamente al lasso temporale precedente al 2009, non vi fossero elementi atti a dimostrare che la Somalia avesse di fatto accettato le pretese del Kenya. Un aspetto di particolare importanza nell'analisi svolta dalla Corte attiene alla specifica attenzione prestata alle circostanze concrete della fattispecie e in particolare il contesto di guerra civile in cui versava la Somalia dal 1991 al 2005. La valutazione della capacità di reagire alle eventuali pretese avanzate dal Kenya deve necessariamente tener conto della situazione di conflitto interno che ha interessato la Somalia, che rende più difficile riconoscere un valore al preteso silenzio somalo. La Corte ha, quindi, escluso che dalla condotta somala fosse desumibile un'accettazione o acquiescenza alla pretesa giuridica del Kenya.

#### 4. "De facto line": *il rapporto tra frontiere di fatto e accordi taciti*

Separatamente, la Corte ha affrontato la pretesa del Kenya secondo la quale il confine con la Somalia andava rinvenuto in una frontiera di fatto rispettata e accettata nella prassi da entrambe le parti. Secondo questo diverso argomento, la delimitazione dei confini marittimi sarebbe risultata, non già dall'acquiescenza della Somalia alle pretese del Kenya, ma dalla condotta uniforme e costante di entrambi gli Stati, che avrebbe denotato l'esistenza di una frontiera *de facto*. Nelle aree contese, il Kenya sosteneva di aver svolto, in modo costante e in assenza di proteste da parte della Somalia, attività di pattugliamento marittimo e di polizia marittima, di ricerca ed esplorazione delle risorse naturali, di regolamentazione delle attività di pesca e di concessione di contratti per la ricerca e l'estrazione di petrolio, facendo

affidamento “*in good faith on the parallel latitude as the maritime boundary*” (*Counter-memorial*). Ribadendo un indirizzo costante, la Corte ha chiarito che le condotte successive alla data in cui è sorta la controversia sono del tutto irrilevanti ai fini della ricognizione del confine di fatto, trattandosi di condotte perpetrate da uno Stato che ha già avanzato la propria pretesa giuridica, manifestando quindi la mera volontà di dar fondamento a tali pretese (*Territorial and Maritime dispute between Nicaragua and Honduras, cit.*; *Sovereignty over Pedra Branca/Palau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*; *Sovereignty over Palau Ligitan and Palau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*). Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto che la controversia tra Somalia e Kenya si fosse cristallizzata nel 2009, e dunque ancor prima che la Somalia instaurasse il procedimento dinanzi alla Corte, come risulta ad esempio dal Memorandum di intesa concluso nel medesimo anno tra i due Stati. Conseguentemente, soltanto le attività svolte anteriormente al 2009 sono state valutate dalla Corte. La Corte ha ritenuto che le condotte citate dal Kenya non dimostrassero inequivocabilmente l'esistenza di una frontiera *de facto*, non essendovi prove sufficienti a stabilire che la Somalia ne fosse a conoscenza. Sotto tale profilo, la sentenza si pone in linea con il tradizionale indirizzo restrittivo della Corte. Argomentazioni simili, infatti, furono impiegate dalla Corte nell'attribuire scarsa efficacia probatoria alle condotte relative all'attività ittiche eccepite dall'Honduras nella controversia sui confini nel Mar dei Caraibi che, secondo la Corte, potevano al più suggerire l'esistenza di un'intesa sulla delimitazione delle sole aree di pesca. Ad avviso della Corte, nemmeno l'affidamento delle concessioni per le estrazioni petrolifere, nelle aree contese, rifletterebe l'esistenza di un accordo tacito tra le parti. Come notato dalla Corte, la maggior parte delle prove dedotte in giudizio dalle parti si riferivano a fatti e pratiche successive al 2009, ossia successive al momento in cui si era cristallizzata la controversia tra le parti. In merito alle condotte anteriori al 2009, la Corte ha notato che Somalia e Kenya sembrava avessero osservato un confine di fatto nell'individuazione delle aree in cui stabilire i rispettivi giacimenti petroliferi, ribadendo però che i limiti osservati dagli Stati nell'affidamento delle concessioni petrolifere “*may have been simply the manifestation of the caution exercised by the Parties in granting their concessions*” (*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, par. 79). Sotto tale profilo, la sentenza conferma l'indirizzo della Corte, in base al quale le condotte degli Stati in materia di concessioni petrolifere non costituiscono indice sicuro dell'esistenza di un accordo sulla delimitazione della frontiera, non esprimendo l'*animus* necessario a corroborare l'esistenza di un accordo tacito. È significativo notare che, nel precedente caso tra Honduras e Nicaragua, la Corte ritenne opportuno specificare che “*even if there had been a provisional line found convenient for a period of time, this is to be distinguished from an international boundary*” (*Territorial and Maritime dispute between Nicaragua and Honduras, cit.*, par. 253). Anche nel più risalente caso della delimitazione della piattaforma continentale tra Tunisia e Libia, la Corte aveva specificato che l'accertamento dell'esistenza di una linea di fatto - risultante dal modo in cui i due Stati avevano condotto le rispettive attività di ricerca ed estrazione petrolifera e tacitamente rispettata da entrambi gli Stati per molti anni - non implicava la ricognizione di un accordo tacito sulla delimitazione della piattaforma continentale (*Case concerning Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, sentenza 24 febbraio 1982, parr. 96-118). Se l'esistenza di una linea di fatto non riflette necessariamente un sottostante accordo tacito sulla delimitazione dei confini marittimi, la Corte non ha però chiarito la differenza tra frontiere marittime *de facto* e meri confini provvisori stabiliti per fini specifici né nei precedenti da ultimo citati né nel caso in esame, nel quale si è limitata ad osservare che al fine di verificare l'esistenza di una frontiera marittima occorra “*more than the demonstration of longstanding oil practice or adjoining oil concession*

*limits*”, citando la sentenza della Camera speciale del Tribunale internazionale del diritto nel mare sulla controversia tra Ghana e Costa d’Avorio (*ITLOS, cit.*, par.226). La giurisprudenza internazionale, pertanto, impiega un filtro selettivo nella valutazione delle condotte idonee a riflettere confini marittimi convenuti di fatto, considerando rilevanti le sole condotte espressive della volontà di regolamentare permanentemente i propri confini marittimi.

##### 5. *Riflessioni a margine: il ruolo degli accordi taciti nella delimitazione dei confini marittimi*

La sentenza conferma che la Corte non ha abbandonato il tradizionale atteggiamento di particolare cautela nei confronti della figura degli accordi taciti. Anche nel caso in esame, infatti, la Corte ha mantenuto fermo lo standard probatorio della prova inconfutabile. Le conclusioni raggiunte dalla Corte sull’inesistenza di una frontiera concordata attraverso un accordo tacito tra Somalia e Kenya risultano imposte dalle circostanze concrete del caso, che denotano con sufficiente chiarezza l’inesistenza di un accordo tacito tra le parti. Ciononostante, la sentenza offre utili spunti ricostruttivi sulla figura degli accordi taciti e sul metodo di ricognizione degli stessi. Dissipando ogni dubbio al riguardo, la Corte ha ammesso che gli accordi, ai sensi degli artt. 15, 74 e 83 della Convenzione di Montego Bay, possano essere conclusi anche tacitamente potendo risultare anche dall’acquiescenza prestata rispetto alla pretesa invocata da parte dello Stato confinante. Contrariamente a quanto eccepito dalla Somalia, pertanto, la determinazione della frontiera marittima sulla base di una situazione di acquiescenza non si pone in contrasto con le norme del diritto del mare che precludono che i confini marittimi possano essere stabiliti unilateralmente. Da un punto di vista metodologico, è interessante notare che la Corte abbia proceduto attingendo ai diversi principi ermeneutici elaborati dalla propria giurisprudenza in riferimento ad entrambe le figure giuridiche dell’acquiescenza e dell’accordo tacito. Tuttavia, pur avendo affrontato la questione attraverso un’articolata indagine, la Corte non ha fornito chiarimenti esaustivi sul contenuto dello standard probatorio impiegato. Continua, pertanto, a mancare una definizione positiva degli elementi fattuali e normativi che riflettano l’esistenza di un accordo tacito, qualora manchi un diverso accordo scritto che faccia riferimento alla preventiva pattuizione tacita. La cautela della giurisprudenza nel desumere l’esistenza di accordi taciti dalla sola condotta degli Stati potrebbe indurre a ritenere che gli accordi taciti possano essere dimostrati solo attraverso strumenti scritti che ne attestino l’esistenza. Al riguardo, è interessante notare che, nella controversia tra Ghana e Costa d’Avorio, per quest’ultimo Stato, l’esistenza di un accordo tacito poteva essere provata esclusivamente da un successivo accordo scritto che ne confermasse espressamente l’esistenza. Per contro, ad avviso del Ghana, lo standard probatorio elaborato dalla Corte e fatto proprio dal Tribunale internazionale del diritto del mare non richiedeva necessariamente un accordo scritto dal quale desumere la pattuizione tacita. La Camera speciale del Tribunale, pur avendo ritenuto che gli elementi addotti dal Ghana non dimostrassero chiaramente la sussistenza di un accordo tacito sulla frontiera marittima, non si è espressamente pronunciata sul punto. Occorre notare, però, che la posizione espressa dalla Costa d’Avorio appare eccessivamente rigorosa. Se l’accertamento dell’esistenza di un accordo tacito fosse necessariamente subordinato al riscontro di un successivo accordo scritto che presupponga o riconosca il previo accordo non scritto, il ruolo degli accordi taciti risulterebbe eccessivamente limitato. Lo standard probatorio elaborato dalla Corte appare circondato da particolari incertezze anche per quanto riguarda l’identificazione del suo specifico ambito di applicazione. La Corte ha costantemente ribadito la necessità di imporre un rigoroso onere probatorio in ragione



della particolare importanza della delimitazione delle frontiere marittime. Come è stato osservato, dalle parole della Corte si potrebbe desumere che tale onere probatorio sia imposto nel contesto della ricognizione degli accordi taciti nella sola materia della delimitazione dei confini marittimi, pur riconoscendo che un certo grado di cautela si imporrebbe a priori per la ricognizione di qualsiasi accordo tacito a prescindere dal suo contenuto (J. D'ASPREMONT, *cit.*, pp. 8-9; J. PAK, *cit.*). Come rilevato dalle medesime opinioni, però, la Corte non ha mai espressamente affermato che tale rigoroso standard probatorio fosse circoscritto ai soli casi in cui l'accordo tacito abbia ad oggetto la delimitazione dei confini marittimi. Anche nella sentenza in esame, la Corte non ha chiarito la questione, pur avendo anch'essa posto in correlazione l'esigenza di adottare rigorosi criteri di accertamento con l'importanza della materia sottesa al caso. Si può, però, notare che nel precedente caso sulla sovranità sull'Isola di Pedra Branca, la Corte si è mostrata meno restia nell'attribuire rilevanza ai comportamenti concludenti delle parti della controversia senza impiegare il diverso criterio della prova inconfutabile. Dal confronto tra la sentenza da ultimo richiamata e il caso in esame, si potrebbe ipotizzare che la Corte moduli e differenzi lo standard probatorio, richiesto ai fini del riconoscimento di accordi taciti o situazioni di acquiescenza, in ragione del contesto e della materia oggetto di accordo. Infatti, la Corte ha mostrato un atteggiamento particolarmente rigoroso nella valutazione degli elementi fattuali, dedotti in giudizio dal Kenya, escludendo che le condotte relative alle attività ittiche, di ricerca scientifica e di sfruttamento delle risorse nelle aree contese avessero rilevanza ai fini della ricognizione di una frontiera di fatto. Sotto tale profilo, la sentenza, pur giungendo a conclusioni coerenti con le circostanze concrete del caso, manifesta ancora una volta l'atteggiamento di particolare cautela della Corte nei confronti delle categorie giuridiche dell'accordo tacito e dell'acquiescenza nell'ambito delle controversie sui confini marittimi.

ELEONORA CASTRO