



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI  
CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE

Corso di Dottorato in  
ISTITUZIONI, MERCATI E COMPORTAMENTI

curriculum ISTITUZIONI E AZIENDE

Ciclo XXXII

IL QUADRO DEI PRINCIPI DI DIRITTO INTERNAZIONALE APPLICABILI  
ALLA TUTELA DEGLI INVESTIMENTI STRANIERI

SSD: IUS 13

Coordinatore del Corso  
Chiar.mo Prof.ssa  
Rossella TOMASSONI

Dottorando  
Tommaso Alessio SALEMME

Supervisore  
Chiar.mo Prof.  
Giancarlo SCALESE

# IL QUADRO DEI PRINCIPI DI DIRITTO INTERNAZIONALE APPLICABILI ALLA TUTELA DEGLI INVESTIMENTI STRANIERI

## *Indice*

*Introduzione: Aspetti generali dell'evoluzione della protezione dello straniero e dei suoi beni nel diritto internazionale.....1*

### ***Capitolo I***

#### ***Aspetti istituzionali e procedurali dell'arbitrato internazionale degli investimenti.***

1. L'istituzione dell'ICSID e ruolo della *governance* delle relazioni economiche internazionali.....23
2. Dai *panels* alla formazione del collegio arbitrale.....27
3. L'efficacia e l'esecuzione dei lodi dei Tribunali ICISD.....28
4. L'intervento delle Organizzazioni Non-Governative nel progresso della disciplina dell'arbitrato sugli investimenti .....34
5. Le condizioni per il ricorso all'ICSID: tra BITs e articolo 25 della Convenzione di Washington del 1965.....39
6. La necessità del consenso degli Stati.....42
7. I criteri per la definizione della nazionalità dell'investitore .....47
8. La controversa definizione di investimento: i criteri per valutarne l'esistenza.....51

### ***Capitolo II***

#### ***La legge applicabile alle controversie internazionali sugli investimenti.***

1. Il principio di autonomia della Parti nella scelta della legge applicabile al contratto internazionale di investimento.....58
2. L'applicazione del diritto internazionale nella soluzione delle controversie sugli investimenti.....72
3. Le fonti internazionali applicabili: il trattato bilaterale sugli investimenti (BITs).....77
4. La *vexata quaestio* dell'esistenza di norme consuetudinarie a tutela degli investimenti stranieri e l'influenza dei BITs nella formazione di tali norme.....85
5. Osservazioni circa l'applicabilità dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili di cui all'art. 38 par. 2 lett. c).....87

6. Il peso del precedente giudiziario nella soluzione delle controversie.....	89
7. La rilevanza del <i>soft law</i> nella soluzione delle controversie sugli investimenti.....	91

### **Capitolo III**

#### ***La tutela dei diritti degli investitori attraverso gli standard internazionali di protezione e di trattamento***

1. Le differenti pretese giuridiche azionabili dall'investitore a seguito della violazione del rapporto di investimento.....	98
2. L'estensione della competenza ai <i>contract claims</i> attraverso l'applicazione delle <i>umbrella clauses</i> .....	105
a) Interpretazione restrittiva delle <i>umbrella clauses</i> .....	108
b) Interpretazione estensiva .....	112
c) La problematica del riparto di giurisdizione.....	115
3. Gli Standard per il trattamento non discriminatorio dell'investitore.....	117
4. L'incerto contenuto della clausola del trattamento giusto ed equo.....	123
5. La tutela degli investitori sulla base del diritto internazionale generale.....	128

<i>Conclusioni</i> .....	133
--------------------------	-----

<i>Bibliografia</i> .....	137
---------------------------	-----

## *Introduzione*

### **Aspetti generali dell'evoluzione della protezione dei beni dello straniero nel diritto internazionale.**

Nell'ordinamento giuridico internazionale la disciplina degli investimenti stranieri è al centro di un ampio dibattito diplomatico e dottrinale. La mancanza di uniformità di vedute è dovuta soprattutto dall'assenza di norme consuetudinarie – applicabili dunque *erga omnes* – relative al trattamento e alla protezione di questi. D'altronde, gli interessi coinvolti non sono di facile composizione, trattandosi da un lato, dell'interesse di uno Stato di salvaguardare il proprio patrimonio e di esercitare liberamente il suo *iure imperii* e dall'altro, dell'interesse di un soggetto di non vedersi pregiudicare il proprio investimento dall'atteggiamento dello Stato ospite dell'investimento stesso.

Difatti, l'opposizione all'affermazione di regole generali è avvenuta soprattutto dai Paesi di nuova indipendenza che, essendo solitamente i maggiori destinatari di tali investimenti, hanno fortemente sostenuto l'inesistenza di tali regole. L'eccezione da questi sollevata ha riguardato non tanto la mancanza degli elementi costitutivi della norma (*opinio iuris sive necessitatis* e *diuturnitas*)<sup>1</sup> bensì il loro *status* di Paesi di nuova indipendenza

---

<sup>1</sup> VALENTI M., *gli standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*, Torino, 2009, p. 2.

e dunque assenti durante il procedimento di creazione di tali regole, e per questo motivo non tenuti a considerarle vincolanti.<sup>2</sup>

Le argomentazioni sostenute da tali Paesi, come è facilmente intuibile, devono considerarsi tuttavia irrilevanti al fine della negazione del carattere vincolante delle norme internazionali in materia di investimenti stranieri.

È preferibile ritenere, che la consuetudine internazionale, stante il suo carattere di norma di portata generale, è applicabile a tutti gli Stati, sia a coloro che hanno contribuito alla sua creazione che agli altri, siano essi oppositori ovvero Stati “nuovi”, che hanno acquistato la soggettività successivamente alla formazione della norma.

Deve essere evidenziata, tuttavia, seppure sinteticamente, quell’orientamento che riconduce il fondamento giuridico del diritto internazionale nell’accordo. Il diritto internazionale è costituito dalle norme poste in essere nei loro reciproci rapporti dagli Stati: la volontà statale è la fonte del diritto<sup>3</sup>. Tale teoria, definita positivismo giuridico<sup>4</sup>, considererebbe anche la consuetudine come rientrante in un accordo, in qualità di convenzione tacita.

Deve ugualmente evidenziarsi, che la Comunità internazionale si caratterizza per la sua anorganicità, pertanto, non esistono organi deputati ad assolvere le principali funzioni – legislativa, esecutiva e giurisdizionale – tanto care a Montesquieu<sup>5</sup>. Dunque, sono gli stessi Stati che partecipano all’esercizio di dette funzioni. In particolare, la funzione normativa è esercitata dagli Stati o in forma convenzionale, attraverso la realizzazione di trattati – vincolanti però solo tra quelli parte dell’accordo<sup>6</sup> - ovvero mediante il loro comportamento dando vita a consuetudini.

---

<sup>2</sup> JUILLARD, *L’evolution des sources du droit des investissements*, in *Recueil des Cours*, 1994, VI, tome 250, p. 76.

<sup>3</sup> DE STEFANI P., *Il diritto internazionale dei diritti umani*, Padova, 1994, p. 28

<sup>4</sup> Cfr., in particolare, BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977; SALERNO F., *L’affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalista italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi*, in *Rivista di diritto Internazionale*, 2012, fasc. 1, p. 29

<sup>5</sup> CHARLES-LOUIS DE SECONDAT, Barone di La Brède e di MONTESQUIEU, meglio noto solamente come MONTESQUIEU, è stato un filosofo, giurista, storico e pensatore politico francese. Cfr. MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, 1758

<sup>6</sup> Di cui il principio *pacta tertiis neque nocent neque iuvant*.

La consuetudine è la norma di diritto internazionale generale che si forma per l'interazione di due elementi<sup>7</sup> la *diuturnitas* e l'*opinio iuris sive necessitatis*. La prima, definita anche elemento oggettivo, è la ripetizione costante e conforme di un dato comportamento mentre, il secondo, comunemente definito elemento soggettivo, è il convincimento del soggetto che quel comportamento sia giuridicamente necessario e quindi obbligatorio. Tale fonte normativa, risponde a una esigenza sociale per cui una data fattispecie deve essere regolata in quel determinato modo. Difatti, la comunità internazionale ritiene quel dato comportamento ancor prima socialmente dovuto e, solo in un momento successivo, cioè nel momento in cui si sia formata anche una prassi costante, come giuridicamente obbligatorio<sup>8</sup>.

Una possibile soluzione a questo *impasse* - la presunta assenza di norme generali in materia di investimenti - potrebbe ritrovarsi analizzando la questione da un'ottica più generale. La disciplina degli investimenti stranieri rientra nella più ampia materia del trattamento degli stranieri, per la quale l'ordinamento internazionale sicuramente riconosce maggiori certezze.

Il diritto internazionale, infatti, pone due regole generali per quanto riguarda il trattamento dello straniero. Prima di tutto, allo straniero non possono imporsi comportamenti che non si giustifichino con un sufficiente attacco sociale con la comunità territoriale. L'intensità del potere di governo, infatti, deve essere proporzionata al grado di attaccamento dello straniero alla predetta comunità territoriale<sup>9</sup>.

In secondo luogo, il diritto consuetudinario sancisce la regola del c.d. obbligo di protezione dello Stato territoriale: lo Stato in sintesi, deve predisporre misure idonee a prevenire e reprimere – anche attraverso un adeguato apparato di giustizia - le offese contro la persona o i beni dello straniero altrimenti incorrerà in un diniego di giustizia che costituisce un illecito a suo carico.

---

<sup>7</sup> SINAGRA A. BARGIACCHI P., *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 2009, Torino, p. 123

<sup>8</sup> PANEBIANCO M., *Diritto internazionale pubblico*, 2009, p. 160

<sup>9</sup> CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, Napoli, 2018, p. 241 e ss.

Qualora un soggetto dovesse dunque subire un diniego di giustizia il suo Stato di appartenenza potrebbe agire in protezione diplomatica nei confronti dello Stato straniero che ha permesso tale violazione<sup>10</sup>.

Il riconoscimento della protezione diplomatica come norma di diritto internazionale generale è avvenuto già a partire dal 1924 dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso delle *Concessioni Mavrommatis in Palestina*<sup>11</sup>.

In tale occasione la Corte ha riconosciuto il livello di diritto internazionale generale della funzione della protezione diplomatica e del suo ruolo come strumento di tutela anche per le persone giuridiche operanti nel territorio di uno Stato ospite, definendolo “*an elementary principles of international law*”<sup>12</sup>.

Successivamente, l’istituto della protezione diplomatica ha avuto un significativo riconoscimento con l’inserimento in due importanti convenzioni a partecipazione mondiale: la Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche<sup>13</sup>, all’Art. 3 par. 1 lett. B), e la Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari<sup>14</sup>, all’Art 5 lett. A) ed e), nonostante l’effetto di tale

---

<sup>10</sup> La letteratura al riguardo è vasta. Cfr, NASCIBENE B., il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo, Milano, 1984; RONZITTI N., Diritto internazionale, 2019, Torino, p. 373; NASCIBENE B., L’individuo e la tutela internazionale dei diritti umani, in, CARBONE M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (a cura di), istituzioni di diritto internazionale, Torino, 2016; BATTAGLINI, G., *Protezione diplomatica* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1991, p. 1 ss.; DORIGO S., Sulla protezione diplomatica degli azionisti: il caso diallo di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia, *Rivista di Diritto Internazionale.*, fasc.3, 2007, p. 705

<sup>11</sup> Corte Permanente di Giustizia Internazionale, sentenza del 30 agosto 1924, nel caso delle *Concessioni Mavrommatis in Palestina*, (Grecia c. Regno Unito),

<sup>12</sup> P.C.I.J., Series, A, No. 2, p. 11 ss.

<sup>13</sup> Article 3 1. *The functions of a diplomatic mission consist, inter alia, in: (a) Representing the sending State in the receiving State; (b) Protecting in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, within the limits permitted by international law; (c) Negotiating with the Government of the receiving State; (d) Ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and reporting thereon to the Government of the sending State; (e) Promoting friendly relations between the sending State and the receiving State, and developing their economic, cultural and scientific relations. 2. Nothing in the present Convention shall be construed as preventing the performance of consular functions by a diplomatic mission.*

<sup>14</sup> Article 5 *Consular functions Consular functions consist in: (a) protecting in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, both individuals and bodies corporate, within the limits permitted by international law; (b) furthering the development of commercial, economic, cultural and scientific relations between the sending State and the receiving State and otherwise promoting friendly relations between them in accordance with the provisions of the present Convention; (c) ascertaining by all lawful means conditions and developments in the commercial, economic, cultural and scientific life of the receiving State, reporting thereon to the Government of the sending State and giving information to persons interested; (d) issuing passports*

codificazione – prevista all’art. 13 della Carta delle Nazioni Unite<sup>15</sup> - sia meramente dichiarativo.<sup>16</sup>

Sebbene l’istituto della protezione diplomatica, potrebbe apparire strutturato in forma tripartita, considerando anche il soggetto che invoca la protezione, il rapporto giuridico instauratosi dovrebbe essere definito, più correttamente come bilaterale: tra, appunto, lo Stato di appartenenza del soggetto e lo Stato straniero ospite.

---

*and travel documents to nationals of the sending State, and visas or appropriate documents to persons wishing to travel to the sending State; (e) helping and assisting nationals, both individuals and bodies corporate, of the sending State; 5 (f) acting as notary and civil registrar and in capacities of a similar kind, and performing certain functions of an administrative nature, provided that there is nothing contrary thereto in the laws and regulations of the receiving State; (g) safeguarding the interests of nationals, both individuals and bodies corporate, of the sending States in cases of succession mortis causa in the territory of the receiving State, in accordance with the laws and regulations of the receiving State; (h) safeguarding, within the limits imposed by the laws and regulations of the receiving State, the interests of minors and other persons lacking full capacity who are nationals of the sending State, particularly where any guardianship or trusteeship is required with respect to such persons; (i) subject to the practices and procedures obtaining in the receiving State, representing or arranging appropriate representation for nationals of the sending State before the tribunals and other authorities of the receiving State, for the purpose of obtaining, in accordance with the laws and regulations of the receiving State, provisional measures for the preservation of the rights and interests of these nationals, where, because of absence or any other reason, such nationals are unable at the proper time to assume the defence of their rights and interests; (j) transmitting judicial and extrajudicial documents or executing letters rogatory or commissions to take evidence for the courts of the sending State in accordance with international agreements in force or, in the absence of such international agreements, in any other manner compatible with the laws and regulations of the receiving State; (k) exercising rights of supervision and inspection provided for in the laws and regulations of the sending State in respect of vessels having the nationality of the sending State, and of aircraft registered in that State, and in respect of their crews; (l) extending assistance to vessels and aircraft mentioned in subparagraph (k) of this article, and to their crews, taking statements regarding the voyage of a vessel, examining and stamping the ship’s papers, and, without prejudice to the powers of the authorities of the receiving State, conducting investigations into any incidents which occurred during the voyage, and settling disputes of any kind between the master, the officers and the seamen insofar as this may be authorized by the laws and regulations of the sending State; (m) performing any other functions entrusted to a consular post by the sending State which are not prohibited by the laws and regulations of the receiving State or to which no objection is taken by the receiving State or which are referred to in the international agreements in force between the sending State and the receiving State.*

<sup>15</sup> Articolo 13 Carta delle Nazioni Unite: 1. l’Assemblea Generale intraprende studi e fa raccomandazioni allo scopo di: a) promuovere la cooperazione internazionale nel campo politico ed incoraggiare lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione; b) sviluppare la cooperazione internazionale nei campi economico, sociale, culturale, educativo e della sanità pubblica, e promuovere il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua, o di religione. 2. Gli ulteriori compiti, funzioni e poteri dell’Assemblea Generale rispetto alle materie indicate nel precedente paragrafo 1 b sono stabiliti nei Capitoli IX e X.

<sup>16</sup>Sui diversi effetti della codificazione *cf* SCALESE G., La rilevanza delle scusanti nella teoria dell’illecito internazionale, Napoli, 2009.



Quanto al primo, è bene ricordare che è solo quest'ultimo il detentore del diritto di agire in protezione diplomatica, non più il soggetto leso. La gamma di posizioni che tale Stato sovrano poteva assumere di fronte alla lesione degli interessi economici dei propri cittadini all'estero poteva variare dalla assoluta indifferenza (frutto appunto della piena titolarità del diritto) all'adozione di misure di natura prettamente diplomatica, fino al ricorso ad arbitrati internazionali cui veniva conferito il compito di risolvere le controversie. Difatti, per lo Stato di residenza del soggetto che ha subito la violazione, la prevenzione o più frequentemente la riparazione per taluni comportamenti illegittimi poteva qualificarsi come una questione di "onore" prima che giuridica<sup>17</sup>.

In altre circostanze, invece, la medesima questione poteva essere affrontata in modo diverso poiché coinvolti altri fattori, quali interessi politici ed economici. In questi casi, non poteva essere sottovalutata la possibilità di un'inversione delle posizioni in futuro. La scelta di un procedimento che avesse definito la questione in modo vincolante avrebbe potuto rappresentare una soluzione sconveniente: prima di tutto perché sarebbe stato necessario accertare se effettivamente si è verificato un diniego di giustizia tale da legittimare il ricorso. Inoltre, lo Stato ospite avrebbe potuto interpretare siffatto intervento come un atto scortese con le diverse ripercussioni che quindi sarebbero potute discendere.

L'ultima parte coinvolta è sicuramente lo Stato ospite convenuto. Questi potrebbe accettare sin dal principio - al fine di una più pacifica soluzione della questione - la protezione diplomatica invocata, sebbene non convinto della sussistenza dei requisiti che ne legittimerebbero il ricorso. Diversamente, tale Stato potrebbe valutare l'esercizio della protezione diplomatica come un atto politicamente ostile e come una minaccia al suo sistema legale. Talvolta capita che gli Stati siano reticenti alla protezione diplomatica poiché potrebbe creare dei malumori interni riconoscendo, agli stranieri degli standard di trattamento maggiori rispetto a quanto riconosciuto ai propri cittadini. Altre volte, invece,

---

<sup>17</sup> GECK W. K., *Diplomatic protection*, in *Encyclopedia of public international law*, Vol. I, 1992, p. 1047

la reticenza è rappresentata dal sospetto che l'azionamento della protezione diplomatica sia solo un pretesto per gli Stati economicamente più sviluppati di esercitare coercizione economica, ingerenza nella *domestic jurisdiction*, imperialismo e neocolonialismo. Tali sospetti sono stati particolarmente intesi nei paesi dell'America Latina.

A seguito dell'inteso ricorso all'istituto della protezione diplomatica da parte degli Stati europei e degli Stati Uniti, invocando pretestuosi dinieghi di giustizia, conseguiva la possibilità di intromettersi nella politica economica degli Stati del Sud America. Quest'ultimi, dunque, hanno vincolato le eventuali controversie che sarebbero potute sorgere con la società straniera investitrice alla esclusiva cognizione del giudice dello Stato nazionalizzante, con la pedissequa applicazione della *lex fori*.

L'anzidetta politica è riconducibile dottrina Calvo, pensata per riequilibrare le relazioni internazionali, incorporata in diverse convenzioni interamericane (come nel c.d. "Patto di Bogotà" del 1948<sup>18</sup>) e costituzioni latinoamericane (come nella costituzione boliviana del 1967, all'art. 24<sup>19</sup>, o in quella guatemalteca del 1985). Secondo questa clausola, gli Stati non hanno né riconoscono in favore degli stranieri altri obblighi o responsabilità ulteriori a quelle previste dalle loro Costituzioni e leggi in favore dei propri cittadini. Di conseguenza, i Governi territoriali degli investitori, si impegnano a non richiedere protezione diplomatica né a intervenire in altro modo nella giurisdizione di uno Stato straniero, né tantomeno a ricorrere alle giurisdizioni internazionali, tranne nel caso in cui venga negato il regolare accesso ai tribunali locali.

Successivamente, tale dottrina, ebbe un'applicazione anche nei contratti tra investitore e Stato ospite. Nei suddetti contratti, infatti, poteva essere

---

<sup>18</sup> Attualmente, la previsione è contenuta all'art. 36: "Transnational enterprises and foreign private investment shall be subject to the legislation of the host countries and to the jurisdiction of their competent courts and to the international treaties and agreements to which said countries are parties and should conform to the development policies of the recipient countries".

<sup>19</sup> Costituzione Boliviana, Art. 24. Sometimiento a leyes nacionales: "Las empresas y súbditos extranjeros están sometidos a las leyes bolivianas, sin que en ningún caso puedan invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas".

inserita la c.d. “clausola Calvo”<sup>20</sup> a cui conseguiva una rinuncia da parte delle imprese straniere alla protezione diplomatica del proprio Stato di appartenenza.

Le anzidette osservazioni sono astrattamente valide sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche, con la precisazione che i primi tentativi di riconoscimento della protezione diplomatica, in favore di quest’ultime, risalgono all’ultima decade del diciannovesimo secolo.

Prima della sentenza *Nottembohm*<sup>21</sup> – nonostante riguardasse la protezione diplomatica per gli individui – non c’era alcuna prova della necessità di un *genuine link* come requisito richiesto per poter stimolare l’intervento dello Stato.

La disciplina si è ulteriormente complicata quando la problematica circa il riconoscimento della nazionalità ha interessato le persone giuridiche. Al fine di definire entro quali limiti lo Stato possa agire in protezione diplomatica di una sua società ha assunto un ruolo fondamentale la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia (qui di seguito CIG) nel caso *Barcelona Traction Light and Power Ltd*<sup>22</sup>.

La causa traeva origine dai danni subiti dagli azionisti di nazionalità belga di una società costituita e avente sede in Canada, in relazione alla dichiarazione di fallimento in Spagna a seguito delle misure adottate dal governo spagnolo relativamente al trasferimento di capitali. Il ricorso presentato dal Belgio di fronte alla CIG fu rigettato per difetto di legittimazione attiva. Malgrado oltre l’80% dell’azionariato fosse di nazionalità belga, dal momento che oggetto del ricorso non erano i danni subiti direttamente dagli azionisti, bensì quelli che derivavano indirettamente dai danni inflitti alla società, secondo la Corte, l’unico Stato legittimato ad agire in protezione diplomatica era quello in cui la società era stata costituita e aveva

---

<sup>20</sup> Carlos Calvo (1822-1906) fu un giurista argentino particolarmente attento alla protezione diplomatica; cfr. CALVO C., *El Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*

<sup>21</sup> Affaire Nottembohm (Liechtenstein c. Guatemala); International Court of Justice (ICJ), 6 April 1955

<sup>22</sup> Barcelona Traction Light and Power Ltd., (Belgio c. Spagna), in I.C.J. Reports, 1970.

la sua sede<sup>23</sup>.

In tal modo sono stati però evidenziati e accentuati i limiti di tale istituto ai fini di tutela degli investitori.

La scarsa attenzione nei confronti della problematica relativa alle società con diverse nazionalità ad oggi non è del tutto giustificata dalla frequenza di tali situazioni nella pratica.

Ciononostante, gli Stati sono ben attenti dal contendersi la protezione di una società la cui nazionalità sia a essi riconducibile, infatti, fintanto che sia possibile, entrambi rivendicano la persona giuridica come nazionale.<sup>24</sup> Altri invece, con una politica più restrittiva, considerano una società come nazionale esclusivamente se organizzata secondo le proprie leggi e se una parte considerevole della proprietà sia riconducibile a quel determinato Stato.

Senza dubbio, la teoria che ricondurrebbe la nazionalità di una persona giuridica alla nazionalità della maggioranza della proprietà, risponderebbe maggiormente agli interessi della *governance* di quella stessa società, ma è parimenti pacifico che si manifesterebbero ulteriori problemi in merito alla sua individuazione. Per tali ragioni, la sede continua a essere il criterio maggiormente utilizzato.

*Quid iuris* quando è lo stesso investitore a voler agire nei confronti dello Stato che ha compromesso un suo diritto di proprietà o un suo investimento?

Nonostante il principio generale contempa l'obbligo di protezione da parte dello Stato ospite, nessuno dubita della possibilità per gli Stati, come

---

<sup>23</sup> Barcelona Traction Light and Power Ltd, cit., par 71: “*In allocating corporate entities to States for purposes of diplomatic protection, international law is based, but only to a limited extent, on an analogy with the rules governing the nationality of individuals. The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office. These two criteria have been confirmed by long practice and by numerous international instruments. This notwithstanding, further or different links are at times said to be required in order that a right of diplomatic protection should exist. Indeed, it has been the practice of some States to give a company incorporated under their law diplomatic protection solely when it has its seat (siège social) or management or centre of control in their territory, or when a majority or a substantial proportion of the shares has been owned by nationals of the State concerned. Only then, it has been held, does there exist between the corporation and the State in question a genuine connection of the kind familiar from other branches of international law. However, in the particular field of the diplomatic protection of corporate entities, no absolute test of the "genuine connection" has found general acceptance. Such tests as have been applied are of a relative nature, and sometimes links with one State have had to be weighed against those with another. [...]*”

<sup>24</sup> GECK W. K., *Diplomatic Protection*, op. cit., p. 1053

unica deroga a detto principio, di sacrificare l'altrui proprietà per scopi di pubblica utilità. La questione delineata riguarda principalmente il fenomeno delle nazionalizzazioni ed espropriazioni dei beni (*rectius* investimenti) stranieri.

L'investimento, si precisa, è l'impiego produttivo del risparmio che può consistere tanto nel deposito di denaro in banca o nell'acquisto di azioni (parlandosi in questi casi di investimenti finanziari); in acquisizioni di imprese esistenti, quote di esse o la creazione di imprese nuove; in diritti di proprietà sui beni immobili, mobili e altri diritti reali (investimenti reali); e anche concessioni di legge come quella di esplorazione, estrazione e sfruttamento di risorse naturali.

La prassi in materia di espropriazioni di beni stranieri risale alla fine della prima guerra mondiale, quando gli Stati dell'Est Europa iniziarono a operare nazionalizzazioni di beni ritenuti di pubblica utilità, seguiti poi dagli stati Arabi che operarono la nazionalizzazione di diverse compagnie petrolifere e gli Stati Latinoamericani, con l'applicazione contestualmente della discussa dottrina Calvo.

Nessuno dubita dell'assoluta possibilità di uno Stato di espropriare e nazionalizzare i beni stranieri (in Italia la materia è coperta dall'art. 43 Cost.<sup>25</sup>) tuttavia tali processi sono subordinati alla esistenza di due condizioni: occorre dimostrare l'esistenza di motivi di pubblica utilità e corrispondere allo straniero espropriato un indennizzo. Riguardo alla prima condizione si deve sottolineare che mentre nell'espropriazione avendo ad oggetto un singolo bene i motivi di pubblica utilità devono essere dimostrati, la nazionalizzazione è un intervento con cui lo Stato, mediante un provvedimento legislativo, acquisisce la proprietà piena o parziale di determinate industrie private o l'esercizio di alcune attività\produzioni ritenute di interesse generale. Avendo come scopo il perseguimento di finalità sociali il requisito della pubblica utilità è *in re ipsa*.

---

<sup>25</sup> Costituzione della Repubblica Italiana, art. 43: A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

Un'ulteriore questione particolarmente delicata, riferita al problema del *quantum*, piuttosto che dell'*an*, riguarda l'indennizzo conseguente alla nazionalizzazione, all'espropriazione ovvero a qualunque altra misura dello Stato opsite che pregiudichi l'investimento.

Un principio in materia confermato dal *Iran-USA Claims Tribunal*<sup>26</sup>, nonché dal diritto internazionale generale, è quello per cui occorre distinguere tra le espropriazioni per le quali l'indennizzo deve essere commisurato al valore del bene e le nazionalizzazioni operate invece su vasta scala. In questo secondo caso l'indennizzo è stato riconosciuto attraverso gli accordi di compensazione globale (i *lump sum agreements*) mediante i quali lo Stato nazionalizzante corrisponde una somma forfettaria allo Stato di appartenenza degli stranieri espropriati e quest'ultimo resta l'unico competente a decidere circa la distribuzione della somma tra soggetti colpiti.

Riassumendo, qualora un cittadino abbia subito un diniego di giustizia da uno Stato straniero, lo Stato di provenienza di quel cittadino potrà agire in protezione diplomatica rispetto allo Stato straniero. Sebbene trattasi di un principio consuetudinario, la possibilità di agire in protezione diplomatica è, tuttavia, un diritto nella piena disponibilità dello Stato, solo quest'ultimo, quindi, potrà decidere circa l'opportunità di agire e l'intensità del suo intervento.

Il sistema fin qui tracciato, basatosi essenzialmente sull'applicazione della disciplina della protezione diplomatica non era più idoneo a garantire la certezza dei rapporti giuridici e non più adatto alle mutate condizioni dell'economia globale.

Basti pensare che la diffusione del modello di società multinazionali dove la proprietà non è più radicata nelle mani di un unico soggetto ma è legata a una moltitudine di azionisti riconducibili a diversi Stati di origine, renderebbero particolarmente complicata l'applicazione di uno strumento come la protezione diplomatica.

---

<sup>26</sup> *The Iran-United States Claims Tribunal* è stato istituito a seguito della crisi delle relazioni tra la Repubblica islamica dell'Iran e gli Stati Uniti d'America, a causa del sequestro del personale diplomatico statunitense nell'Ambasciata di Teheran del 1979 e il successivo congelamento dei beni iraniani da parte degli Stati Uniti d'America. Per approfondimenti cfr <https://www.iusct.net/Pages/Public/A-About.aspx>

Questa, tuttavia, non è l'unica motivazione che ha portato a un cambio di sistema. A rendere quest'ultima "economicamente" incompatibile con lo sviluppo delle forme d'investimento hanno contribuito anche altri fattori ontologicamente legati al tipo di strumento giuridico che la protezione diplomatica rappresenta.

In primo luogo, sicuramente facciamo riferimento all'inevitabile discrezionalità dell'intervento dello Stato di origine: sebbene sia stato a lungo discussa la differenza tra diritto sostanziale e diritto processuale alla tutela dello straniero e nonostante la Commissione di Diritto Internazionale nel Progetto del 2006 sulla protezione diplomatica<sup>27</sup> non abbia esplicitamente riprodotto le inequivocabili espressioni utilizzate in passato dalla CGI relative alla libertà dello Stato di agire in protezione diplomatica, rimane indiscusso ancora oggi che l'unico soggetto che può decidere se intervenire o meno è lo Stato di origine dell'investitore<sup>28</sup>.

Per quanto apprezzabili, le disposizioni contenute nell'art.19 del Progetto secondo le quali uno Stato *should (a) give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury is occurred, (b) take into account, wherever feasible, the views of injured person with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought*[...] rimangono inevitabilmente nello stadio di mero progetto, non tradottosi in accordo<sup>29</sup>. Il rischio di politicizzazione della controversia tra Stati comporta due ulteriori conseguenze: la prima, come già accennato, che lo Stato molto spesso potrebbe intervenire in base ad una considerazione dell'opportunità politica di una simile azione. La seconda è l'inevitabile ridotta prevedibilità dell'esito di un'operazione di investimento e della risoluzione di un'eventuale controversia che dovesse sorgere con lo Stato ospite.

---

<sup>27</sup> International Law Commission, *Draft articles on Diplomatic Protection*, 2006, in *Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session*, Supplement No. 10 (A/61/10).

<sup>28</sup> *Draft articles on Diplomatic Protection*, cit., Art. 2, *Right to exercise diplomatic protection*: "A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles".

<sup>29</sup> Sul valore di un progetto cfr. SCALESE G., *La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale*, op. cit., 145

Anche il necessario esaurimento dei ricorsi interni prima di poter richiedere l'intervento del proprio Stato d'origine rappresenta un ostacolo per l'investitore. Se da un lato non si può non tener conto dell'apertura mostrata dalla Commissione di Diritto Internazionale (qui di seguito CDI) nell'art. 15 del Progetto del 2006 relativamente ai casi di eccezione alla regola dei rimedi interni, è pur vero che gli investitori considereranno molto più vantaggioso e celere un sistema ove viene normalmente esclusa l'esigenza del previo esaurimento dei ricorsi interni allo Stato ospite per poter accedere alle opzioni di arbitrati internazionali che vengono concordate dagli Stati.

Infine, c'è sicuramente la lentezza del procedimento. È impensabile per un investitore dover sopportare un lasso di tempo estremamente lungo. Per quanto le disposizioni della maggior parte degli accordi bilaterali sugli investimenti prevedano la possibilità di deferire le controversie Stato-investitore ad un arbitrato internazionale solo dopo il previo trascorrere di un intervallo di tempo per permettere tentativi di negoziazione, si tratta generalmente di un periodo che varia dai tre ai dodici mesi al massimo.

Le anzidette problematiche sono state attenuate grazie alle previsioni di importanti accordi internazionali volti a regolare le controversie internazionali in materia di investimenti, anche attraverso l'istituzione di apposite corti arbitrali.

Da un punto di vista convenzionale un importante tentativo di codificazione è avvenuto con l'art.1 del Protocollo Aggiuntivo n.1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali (CEDU)<sup>30</sup>. Gli Stati contraenti nel predetto articolo riconoscono la tutela del diritto di proprietà delle persone fisiche e giuridiche come diritto fondamentale della persona umana<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai 13 Stati al tempo membri del Consiglio d'Europa. Oggi consta di 47 Stati, tutti membri del Consiglio d'Europa.

<sup>31</sup> Articolo 1 Protocollo Addizionale I CEDU, Protezione della proprietà: 1. Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

2. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.



Sono proliferati, poi, gli accordi bilaterali in materia di promozione e protezione degli investimenti (qui di seguito BITs secondo la formulazione inglese), che regolano i rapporti tra lo Stato nazionalizzante (che in precedenza era il destinatario dell'investimento) e lo Stato di provenienza del soggetto investitore. In tali accordi può essere inserita una clausola compromissoria volta a devolvere le eventuali controversie a specifiche corti arbitrali. La clausola a cui facciamo riferimento è definita *Investor-State Dispute Settlement* (qui di seguito ISDS), uno strumento di diritto internazionale che garantisce a un investitore straniero il diritto di dare inizio ad un procedimento di risoluzione delle controversie nei confronti di un governo straniero.

Sebbene non si sovrapponga totalmente, l'ISDS è spesso associato a un procedimento arbitrale che fa capo al Centro Internazionale per il regolamento delle controversie in materia di investimenti, o semplicemente ICSID.

L'ICSID, istituito con la Convenzione di Washington del 1965, rappresenta una delle maggiori forme di istituzionalizzazione della disciplina degli investimenti internazionali, articolato in un sistema di conciliazione e arbitrato può essere adito direttamente dagli individui, senza la mediazione dello Stato di appartenenza contro le nazionalizzazioni o le espropriazioni operate dagli Stati di destinazione dei loro investimenti.

Naturalmente, affinché l'anzidetto sistema abbia giurisdizione è necessaria la sussistenza di alcune condizioni: che sia lo Stato ospite che lo Stato di appartenenza dell'investitore siano parti della Convenzione; la controversia deve riguardare un investimento; le Parti devono prestare il loro consenso per iscritto. In questo modo il sistema così delineato si pone come rimedio esclusivo per la controversia.

Negli ultimi anni l'evoluzione della disciplina *de qua* è stata particolarmente intesa. Attenzione merita, per esempio, la tendenza delle Corti di applicare i principi comuni tra gli Stati, soprattutto in materia della contrattualistica e il riconoscimento di un sempre un maggiore valore alla c.d. *lex mercatoria*, indipendente da qualunque Stato poiché formatasi tra gli operatori del commercio internazionale. Nondimeno, sono stati creati una serie

---

di principi tipici in tema di protezione degli investimenti, soprattutto quello per cui il trattamento dell'investitore deve essere "giusto ed equo" (FET, *Fair and Equitable Treatment*).

Le criticità più emergenti riguardano la perdita di autonomia dei singoli governi a riformare le proprie leggi e programmi, in materia di sanità pubblica, sostenibilità ambientale, diritti dei lavoratori, dovuta agli effetti vincolanti dei termini dell'accordo con l'azienda. Tale effetto è dipeso dal carattere semisegreto delle Corti Internazionali che si pronunciano su tale tipologia di ricorsi. Le leggi e la politica nazionale non hanno alcun potere di intervento. Questi tribunali sono composti da tre membri, scelti di volta in volta da una lista ristretta di avvocati privati. Ciascuna parte nomina il proprio difensore e quindi entrambe convengono sulla scelta del giudice. Chi svolge il ruolo di difensore dell'investitore in un processo, può indossare i panni del giudice in quello seguente. I processi si svolgono a porte chiuse senza controllo pubblico.

A tal riguardo sta svolgendo un ruolo innovatore l'Unione Europea. Con riferimento alla questione degli investimenti che si risolvono all'interno del territorio dell'UE, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (qui di seguito CGUE) ha infatti confermato che questi devono essere sorretti dalle garanzie del mercato comune – artt. 63 e ss TFUE in merito alla libera circolazione dei capitali - e trovano nell'apparato istituzionale il custode degli interessi dell'investitore e degli Stati.

I giudici di Lussemburgo, in una nota pronuncia<sup>32</sup> si sono espressi, infatti, sulla compatibilità del meccanismo ISDS, laddove la controversia si fosse esaurita intra UE, con la previsione contenuta all'art. 344 TFUE<sup>33</sup> il quale prevede che tutte le controversie relative all'interpretazione o all'applicazione dei trattati devono essere risolte dalle Autorità previste dai trattati stessi.

La questione aveva ad oggetto un BIT concluso nel 1991 tra Paesi Bassi e Cecoslovacchia il quale prevedeva, all'art. 8, una clausola in base alla quale ogni controversia insorgente tra le Parti avrebbe dovuto trovare soluzione

---

<sup>32</sup> CGUE, Grande Sezione, Slovak Republic v. Achmea B.V. (Case C-284/16), sentenza del 6 marzo 2018.

<sup>33</sup> Art. 344 Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE): "Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein."

(dapprima amichevolmente, ovvero, laddove non si fosse raggiunta una soluzione concordata entro sei mesi) attraverso il ricorso ad un arbitrato basato sul regolamento UNCITRAL.

A seguito allo smembramento della Cecoslovacchia<sup>34</sup> la Slovacchia dichiarò di volergli succedere negli obblighi derivanti dal BIT.

Successivamente, alcune riforme operate dallo Stato successore<sup>35</sup>, sono state configurate dalle società olandesi come espropriazioni indirette in quanto in grado di vanificare gli investimenti intrapresi dalla società nel sistema assicurativo slovacco - dichiarate poi anche incostituzionali dalla Corte Costituzionale Slovacca e censurate altresì dalla Commissione Europea<sup>36</sup> - quindi, avverso tali provvedimenti la *Achmea*, società investitrice, aveva proposto ricorso anche dinanzi all'UNCITRAL<sup>37</sup> ex art 8 del BIT, il quale condannò la Slovacchia, rigettando tutte le sue eccezioni<sup>38</sup>, al pagamento del risarcimento.

---

<sup>34</sup> MIKULKA V., *The Dissolution of Czechoslovakia and Succession in Respect of Treaties*, in *Development and International Cooperation*, 1996, 45 ss.

<sup>35</sup> Nel 1994 la Slovacchia aprì il mercato assicurativo anche agli operatori privati. Seguirono una serie di provvedimenti legislativi, tra i quali anche le leggi n. 580 e 581 del 2004, entrate in vigore nel 2005, finalizzate all'apertura del mercato delle assicurazioni in conseguenza dell'ingresso della Slovacchia nell'UE. Si tratta di norme che hanno trasformato le regole relative alla redistribuzione dei contributi di assicurazione sanitaria riscossi e che hanno modificato la forma giuridica di tutte le compagnie di assicurazione (statali o private) in società per azioni. Il quadro della copertura assicurativa sanitaria in Slovacchia ebbe così quali protagoniste tre compagnie autonome e concorrenti tra cui la *Union zdravotna poisťovna* (con 400 mila assicurati), filiale dell'*Achmea*, società appartenente ad un gruppo assicurativo olandese. Nel 2006 il neo eletto Primo ministro Robert Fico decise di imprimere una direzione diversa alla politica slovacca: fu così che vennero approvati alcuni provvedimenti volti ad evitare che le compagnie di assicurazione attive nel settore sanitario distribuissero gli utili tra i soci, obbligandole a reinvestirli nello stesso sistema sanitario.

<sup>36</sup> La Commissione europea avviò, infatti, una procedura d'infrazione (n. 2008/4268) nei confronti della Slovacchia, ritenendo che il divieto di distribuzione degli utili imposto alle compagnie di assicurazione, in base all'articolo 15, paragrafo 6, della legge n. 581/2004, costituisca una limitazione ingiustificata alla libera circolazione dei capitali garantita dall'articolo 63 del TFUE

<sup>37</sup> PCA Case No. 2008-13, cosiddetto "Achmea I"

<sup>38</sup> lo Stato slovacco aveva chiesto al collegio arbitrale UNCITRAL di dichiararsi incompetente a esprimersi sulla vicenda *ratione materiae*, in quanto gli investimenti della società olandese non rientravano tra quelli previsti all'art. 1, lett. a) del BIT (comprendente beni mobili e immobili e relativi diritti, investimenti di portafoglio, diritti in materia di proprietà intellettuale e concessioni in materia di sfruttamento di risorse naturali) ed erano stati effettuati in violazione delle norme interne dello Stato ospitante. Sempre in merito alla competenza, la Slovacchia aveva poi sollevato un'ulteriore obiezione, ritenendo che, sebbene con l'ingresso nell'UE gli accordi bilaterali da essa sottoscritti fossero rimasti in vigore, ciò non poteva pregiudicare la supremazia del diritto dell'Unione e, di conseguenza, non spettava al tribunale arbitrale pronunciarsi su una sua eventuale violazione, facendo riferimento al citato art 344 TFUE.

Il rinvio alla CGUE, poi, è stato operato dallo Stato slovacco alla Corte Suprema Federale tedesca (*Bundesgerichtshof*), in quanto, non potendo i lodi essere oggetto di appello<sup>39</sup>, non era presente alcun altro rimedio<sup>40</sup> oltre la richiesta di annullamento.

La delicatezza della questione oggetto di rinvio pregiudiziale<sup>41</sup> è desumibile anche dalla posizione degli Stati intervenuti nella procedura *de qua*. Un gruppo consistente di questi<sup>42</sup>, infatti, era apertamente favorevole alla incompatibilità della clausola ISDS presente negli “intra-EU” BITs con il diritto dell’UE. Si tratta di *capital-importing States*, cioè, quegli Stati dove il flusso di investimenti viaggia soprattutto verso il proprio territorio. Di converso, un altro gruppo di Stati<sup>43</sup>, questa volta *capital-exporting*, ritengono tale clausola coerente con il sistema di diritto dell’Unione.

Nonostante le conclusioni dell’Avvocato Generale<sup>44</sup> la Corte, seppur affermando l’astratta compatibilità di un giudice, istituito in un accordo internazionale incaricato dell’interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni - ivi compresa la Corte - con l’ordinamento UE, questi deve comunque rispettare l’autonomia dell’Unione e del suo ordinamento giuridico<sup>45</sup>. Nella fattispecie *de qua*, tuttavia, valutando

---

<sup>39</sup> L’unico rimedio esperibile è la richiesta di annullamento del lodo presso il Tribunale competente dello Stato nel cui territorio aveva avuto luogo l’arbitrato: nel caso specifico Francoforte sul Meno

<sup>40</sup> In un primo momento la richiesta di annullamento del lodo presso il Tribunale competente dello Stato nel cui territorio aveva avuto luogo l’arbitrato: Francoforte sul Meno. È il caso di osservare come il codice di procedura civile tedesco, all’art. 1059, preveda solo un controllo limitato dei lodi arbitrali, che riguarda, in particolare, la validità dello stesso alla luce della legge o della convenzione arbitrale applicabile e il rispetto dell’ordine pubblico. L’*Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, l’Alta Corte Regionale tedesca competente, rigettò il ricorso della Slovacchia, cosicché a quest’ultima non restò che rivolgersi al *Bundesgerichtshof*, a sua volta, depositò una richiesta di parere alla Corte di Giustizia, affinché si esprimesse sulla compatibilità della clausola compromissoria con il diritto dell’Unione

<sup>41</sup> TESAURO G., *Diritto dell’Unione Europea*, Napoli, 2018, p. 290 e ss

<sup>42</sup> Cipro, Estonia, Grecia, Italia, Lettonia, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Spagna e Ungheria abbiano presentato, insieme alla Commissione, osservazioni a sostegno della tesi della Slovacchia.

<sup>43</sup> Finlandia, Paesi Bassi, la Francia, l’Austria e la Germania ritengono tale clausola coerente con il sistema di diritto dell’Unione.

<sup>44</sup> CGUE, Causa C-284/16, cit., conclusioni dell’Avvocato Generale, 19 settembre 2017

<sup>45</sup> CGUE, Causa C-284/16, cit., par 57: “Vero è che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, un accordo internazionale che preveda l’istituzione di un giudice incaricato dell’interpretazione delle sue disposizioni e le cui decisioni vincolino le istituzioni, ivi compresa la Corte, non è, in linea di principio, incompatibile con il diritto dell’Unione. Infatti, la competenza dell’Unione in materia di relazioni internazionali e la sua capacità di concludere accordi

l'applicabilità dell'art. 8 del BIT, si evidenzia che detto collegio sarebbe chiamato a valutare al di là della disciplina discendente dal medesimo accordo, travolgendo anche quella dell'UE, pregiudicando non soltanto la fiducia reciproca degli Stati membri, ma violando anche il principio di leale collaborazione tra gli stessi, con il pedissequo pregiudizio, quindi, per l'autonomia del diritto dell'Unione.

La CGUE conclude, pertanto, affermando che *gli articoli 267 e 344 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una norma contenuta in un accordo internazionale concluso tra gli Stati membri, come l'articolo 8 del BIT in forza della quale un investitore di uno di detti Stati membri, in caso di controversia riguardante gli investimenti nell'altro Stato membro, può avviare un procedimento contro tale ultimo Stato membro dinanzi ad un collegio arbitrale, la cui competenza detto Stato membro si è impegnato ad accettare*<sup>46</sup>.

In altre parole, accertato che l'art. 8 del BIT preveda che la controversia sia decisa tenendo conto, tra le altre disposizioni, del diritto vigente delle Parti contraenti interessate, Slovacchia e Paesi Bassi, ne deriva che il collegio arbitrale è chiamato a interpretare e applicare anche il diritto dell'Unione, come parte integrante dell'ordinamento dei due Paesi coinvolti. Il riferimento, dunque, alle disposizioni concernenti la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali (artt 63<sup>47</sup> e ss TFUE) sarebbe stato inevitabile. Sicché, non potendosi qualificare come un'Autorità giurisdizionale degli Stati (ex art. 267 TFUE) stante *proprio il carattere derogatorio della giurisdizione di tale*

---

internazionali comportano necessariamente la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi, per quanto concerne l'interpretazione e l'applicazione delle loro disposizioni, purché sia rispettata l'autonomia dell'Unione e del suo ordinamento giuridico [...]"

<sup>46</sup> *Ibidem*, par. 60

<sup>47</sup> Art. 63 TFUE 1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

*collegio*<sup>48</sup> la clausola ISDS finisce col pregiudicare il ruolo di garanzia della Corte di Giustizia rispetto alla piena efficacia del diritto dell'Unione<sup>49</sup>.

È indubbio che gli effetti della sentenza *Achmea*, pronunciata in ogni caso, in virtù della funzione nomofilattica della Corte, non siano limitati esclusivamente a quella controversia, ma travolgano anche i lodi già pronunciati con la probabile conseguenza che i giudici degli Stati membri possano negare *exequatur*<sup>50</sup> per contrarietà all'ordine pubblico.

Diversa è invece la questione relativa alla protezione degli investimenti e alla risoluzione delle controversie con Stati terzi. Ci riferiamo ai BITs conclusi dagli Stati membri con Paesi extra UE e, agli accordi, tra Unione Europea e Stati terzi<sup>51</sup>.

A tal ultimo riguardo, inevitabile è il riferimento all'Accordo economico e commerciale globale tra Unione Europea e Canada (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*, nel prosieguo CETA).

Con tale accordo si manifesta chiaramente l'intenzione di migliorare la disciplina sugli investimenti. Gli obiettivi posti dall'UE, infatti, possono indirizzarsi verso due direzioni: migliorare le norme in materia di protezione degli investimenti, chiarendo per esempio la definizione di espropriazione indiretta (che si configura quando le norme del governo pur non sottraendo direttamente una proprietà sortiscono un effetto limitativo) e migliorando il funzionamento del sistema di risoluzione delle controversie, rendendo la procedura arbitrale più trasparente<sup>52</sup>, affrontando il problema del conflitto di interessi e introducendo ulteriori garanzie per le parti.

Sotto questo ultimo aspetto è da segnalare la possibilità per le parti di introdurre nel contratto clausole interpretative che consento di correggere eventuali interpretazioni scorrette da parte degli arbitri, più precisamente,

---

<sup>48</sup> Sentenza CGUE, Causa C-284/16, cit., par. 45

<sup>49</sup> CALAMITA M. R., Sulla incompatibilità della "clausola ISDS" degli "intra-EU" BITs con il diritto dell'Unione europea: il caso *Achmea*, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2018, vol. 2, p. 471

<sup>50</sup> La disciplina è dettata dal Reg UE 1215/12 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale

<sup>51</sup> Sulla procedura prevista per la conclusione di accordi tra UE e Stati terzi cfr. SCALESE G., *Le fonti della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione Europea*, Napoli, 2015

<sup>52</sup> CETA, capitolo 8.36, sez. F

riconoscendo allo Stato dell'investitore la possibilità di presentare osservazioni nel procedimento in corso.

Anche siffatto accordo è stato oggetto di parere da parte della CGUE, soprattutto in ordine alla compatibilità della clausola ISDS ivi prevista che contempla la costituzione di un Tribunale *ad hoc*, *l'International Court System*<sup>53</sup>, abilitato a dirimere le controversie che possono sorgere tra gli Stati

---

<sup>53</sup> CETA, capitolo 8.27, sez. F: 1. Il tribunale costituito a norma della presente sezione decide sulle domande presentate a norma dell'articolo 8.23. 2. Il comitato misto CETA, al momento dell'entrata in vigore del presente accordo, nomina 15 membri del tribunale. Cinque membri del tribunale sono cittadini nazionali di uno Stato membro dell'Unione europea, cinque del Canada e cinque di paesi terzi. 3. Il comitato misto CETA può decidere di aumentare o diminuire il numero dei membri del tribunale in base a multipli di tre. Le nomine supplementari sono effettuate in base alle stesse regole previste al paragrafo 2. 4. I membri del tribunale possiedono le qualifiche richieste nei loro rispettivi paesi per la nomina all'esercizio della funzione giurisdizionale o sono giuristi di riconosciuta competenza. Essi possiedono una provata esperienza nel settore del diritto internazionale pubblico. È auspicabile che possiedano conoscenze o esperienze specifiche in materia di diritto internazionale degli investimenti, diritto commerciale internazionale e risoluzione delle controversie derivanti da accordi commerciali o di investimento internazionali. 5. Il mandato dei membri del tribunale nominati a norma della presente sezione è di cinque anni, rinnovabile una volta. Tuttavia, il mandato di sette dei 15 membri nominati immediatamente dopo l'entrata in vigore del presente accordo, da determinare mediante estrazione a sorte, è di 6 anni. Non appena si crea un posto vacante, esso è occupato. Chiunque venga nominato per sostituire un membro del tribunale il cui mandato non sia ancora scaduto rimane in funzione per il resto del mandato del suo predecessore. In linea di principio, un membro del tribunale in funzione presso una divisione del tribunale al momento della scadenza del suo mandato può continuare ad esercitare le proprie funzioni presso tale divisione fino all'emissione della sentenza definitiva. 6. Nell'istruzione delle cause il tribunale è organizzato in divisioni composte da tre membri, dei quali uno è cittadino nazionale di uno Stato membro dell'Unione europea, uno è cittadino nazionale del Canada e uno è cittadino nazionale di un paese terzo. Le divisioni sono presiedute dal membro del tribunale che è cittadino nazionale di un paese terzo. 7. Entro 90 giorni dalla presentazione della domanda a norma dell'articolo 8.23, il presidente del tribunale nomina i membri del tribunale che compongono la divisione incaricata di istruire la causa secondo un sistema di rotazione, in modo da garantire che la composizione della divisione sia aleatoria e non prevedibile e da dare a tutti i membri del tribunale pari opportunità di svolgere le proprie funzioni. 8. Il presidente e il vicepresidente del tribunale si incaricano delle questioni organizzative e sono nominati per un periodo di due anni mediante estrazione a sorte tra i nominativi dei membri del tribunale che sono cittadini nazionali di paesi terzi. Essi svolgono le loro funzioni secondo un sistema di rotazione e sono estratti a sorte dal presidente del comitato misto CETA. Il vicepresidente sostituisce il presidente quando quest'ultimo non è disponibile. 9. In deroga al paragrafo 6, le parti della controversia possono concordare che la causa sia istruita da un tribunale composto da un unico membro nominato mediante estrazione a sorte tra i nominativi dei cittadini nazionali di paesi terzi. Il convenuto considera con la debita attenzione la richiesta del ricorrente di sottoporre la causa ad un tribunale in composizione monocratica, in particolare quando il ricorrente è una piccola o media impresa o quando l'importo dell'indennizzo o del risarcimento danni richiesto è relativamente ridotto. Tale richiesta è effettuata prima della costituzione della divisione del tribunale. 10. Il tribunale può elaborare i propri procedimenti di lavoro. 11. I membri del tribunale garantiscono la loro disponibilità e capacità di svolgere le funzioni di cui alla presente sezione. 12. Al fine di garantire la loro disponibilità, i membri del tribunale ricevono il pagamento di un onorario mensile il cui importo deve essere stabilito dal comitato misto CETA. 13. L'onorario di cui al paragrafo 12 è corrisposto in parti uguali da entrambe le parti e versato su un conto gestito dal segretariato dell'ICSID. Qualora una parte ometta di versare l'onorario, l'altra parte può scegliere di pagarlo. Gli eventuali arretrati a carico di una parte rimangono esigibili, maggiorati degli interessi adeguati. 14. A meno che il comitato misto CETA non adotti una decisione a norma del paragrafo

parte del trattato e i privati investitori che ritengano lesi i loro diritti sulla base dello stesso.

Diversamente da quanto avvenuto con la sentenza *Achmea*, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto la compatibilità di questo accordo e, segnatamente della clausola compromissoria, con l'ordinamento dell'Unione.

Ciononostante, la premessa è la stessa: la procedura ISDS prevista dal CETA (come quella prevista all'art. 8 del BIT tra Paesi Bassi e Slovacchia) si colloca al di fuori del sistema giurisdizionale dell'Unione. Secondo la Corte, poiché i tribunali istituiti dall'Accordo si pongono all'esterno del sistema giurisdizionale dell'Unione, essi non possono essere legittimati a interpretare o applicare le disposizioni del diritto dell'Unione diverse da quelle del CETA o a pronunciare decisioni che possano avere l'effetto di impedire alle istituzioni dell'Unione di funzionare conformemente al quadro costituzionale di quest'ultima.

Difatti, il Tribunale costituito secondo la disciplina dettata dal CETA, ed entro le sue specifiche competenze<sup>54</sup>, non è chiamato ad applicare neanche il diritto nazionale delle Parti, evitando, in tal modo, anche una possibile

---

15, l'importo dei costi e delle spese dei membri del tribunale in funzione presso una divisione costituita per l'istruzione di un caso, ad eccezione degli onorari di cui al paragrafo 12, è determinato a norma della regola 14, paragrafo 1, dei regolamenti amministrativi e finanziari della convenzione ICSID in vigore alla data della presentazione della domanda e attribuito dal tribunale alle diverse parti della controversia in conformità dell'articolo 8.39, paragrafo 5. 15. Il comitato misto CETA può adottare una decisione per trasformare gli onorari ed altri costi e spese in uno stipendio normale, decidendone modalità e condizioni. 16. Il segretariato dell'ICSID funge da segretariato del tribunale, fornendo a quest'ultimo il sostegno appropriato. 17. Qualora il comitato misto CETA non abbia provveduto alle nomine di cui al paragrafo 2 entro 90 giorni dalla data in cui è stata presentata la domanda di risoluzione della controversia, il Segretario generale dell'ICSID, su richiesta di una parte della controversia, nomina una divisione composta da tre membri del tribunale, a meno che le parti della controversia non abbiano deciso che la causa deve essere istruita da un tribunale in composizione monocratica. Il Segretario generale dell'ICSID effettua la nomina mediante estrazione a sorte fra i nominativi esistenti. Il Segretario generale dell'ICSID non può nominare come presidente un cittadino nazionale del Canada o di uno Stato membro dell'Unione europea, salvo diverso accordo delle parti della controversia.

<sup>54</sup> Par. 120: «detto tribunale, in forza dell'articolo 8.18, paragrafo 1, del CETA, è unicamente competente a pronunciarsi sulla violazione di un obbligo previsto nella sezione C («Trattamento non discriminatorio») o nella sezione D («Protezione degli investimenti») del capo 8 del CETA. Tale limitazione di competenza è sottolineata all'articolo 8.18, paragrafo 5, di tale accordo, il quale dispone che il tribunale CETA «non può decidere su domande che esulano dall'ambito di applicazione del presente articolo».



applicazione incidentale del diritto dell'unione<sup>55</sup>, diversamente da quanto accaduto nella precedente sentenza sul caso *Achmea*.

Entro tali limiti, la Corte ha ritenuto che il diritto dell'Unione non osta né alla creazione di un tribunale, né di un tribunale d'appello e, successivamente, neanche di un tribunale multilaterale degli investimenti, né, tantomeno, al fatto che il CETA attribuisca loro la competenza a interpretare e applicare le disposizioni dell'accordo alla luce delle norme e dei principi di diritto internazionale applicabili tra le Parti del CETA<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Conclusioni dell'avv. Generale, par. 122: "Da tale disposizione risulta che, nell'emettere la propria decisione, il tribunale CETA si limita ad applicare tale accordo e gli altri principi e norme di diritto internazionale applicabili tra le parti, cosicché non è competente ad applicare le norme del diritto dell'Unione. Pertanto, il diritto interno delle parti contraenti non rientra tra le norme giuridiche applicabili alle controversie che il tribunale CETA è chiamato a risolvere"

<sup>56</sup> CGUE par. 118: "Da questi elementi si ricava che il diritto dell'Unione non osta a che il capo otto, sezione F, del CETA preveda l'istituzione di un tribunale, di un tribunale d'appello e, in futuro, di un tribunale multilaterale degli investimenti, né a che esso attribuisca loro la competenza a interpretare e applicare le disposizioni dell'accordo alla luce delle norme e dei principi di diritto internazionale applicabili tra le parti. Viceversa, poiché questi tribunali sono esterni rispetto al sistema giurisdizionale dell'Unione, essi non possono essere legittimati a interpretare o ad applicare le disposizioni del diritto dell'Unione diverse da quelle del CETA, o a pronunciare sentenze che possano avere l'effetto di impedire alle istituzioni dell'Unione di funzionare conformemente al quadro costituzionale di quest'ultima."

## Capitolo I

### *Aspetti istituzionali e procedurali dell'arbitrato internazionale degli investimenti*

#### **1. L'istituzione dell'ICSID e ruolo della *governance* delle relazioni economiche internazionali**

Con la Conferenza di Bretton Woods<sup>57</sup> gli Stati, oltre a stabilire il nuovo sistema monetario internazionale, basato sul principio di stabilità costituito dai cambi fissi tra le monete, hanno posto le basi per l'istituzione della nuova *governance* economico finanziaria internazionale. Difatti, viene istituita, al termine della Conferenza, la Banca Mondiale per la ricostruzione e lo sviluppo (BIRS o comunemente definita Banca mondiale)<sup>58</sup> che rappresenta uno dei tre pilastri – oltre il Fondo Monetario Internazionale<sup>59</sup> e la *World Trade*

---

<sup>57</sup> Conferenza monetaria e finanziaria che si tenne dal 1° al 24 luglio 1944 presso la città di Bretton Woods, in New Hampshire (USA), con la partecipazione dei delegati di tutti i paesi alleati contro il Patto tripartito, compresa l'URSS. Entrati in vigore il 27 dic. 1945, oltre a prevedere la costituzione del Fondo monetario internazionale e della Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo, gli accordi istituirono il nuovo sistema monetario internazionale, basato sul principio di stabilità costituito dai cambi fissi tra le monete e dal ruolo centrale del dollaro. Con gli accordi di B.W. furono gettate le basi del sistema di relazioni monetarie internazionali che si è mantenuto fino all'inizio degli anni Settanta.

<sup>58</sup> *L'International Bank for Reconstruction and Development* (Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo, BIRS) Istituto internazionale di credito mobiliare. Nacque, come il Fondo monetario internazionale, dagli accordi deliberati nel luglio 1944 alla Conferenza delle Nazioni Unite tenuta a Bretton Woods, entrati in vigore il 27 dicembre 1945. Scopo originario delle attività della BIRS, organismo ufficiale con sede a Washington, fu essenzialmente quello di contribuire alla ricostruzione del sistema produttivo europeo dopo la Seconda guerra mondiale. Oggi la BIRS è parte del gruppo Banca Mondiale (*World Bank*), che comprende la BIRS stessa assieme all'Associazione internazionale per lo sviluppo e altre tre società affiliate. Dai 41 membri originari (i paesi rappresentati a Bretton Woods), il numero degli Stati membri della BIRS è salito a 184 (2007).

<sup>59</sup> *L'International Monetary Found* (IMF o FMI secondo la denominazione italiana) fu istituito dalla conferenza delle Nazioni Unite tenuta a Bretton Woods nel luglio 1944 ed entrato in funzione il 27 dicembre 1945. Ha sede a Washington ed è retto da un Consiglio dei governatori (in cui tutti gli Stati membri sono rappresentati) e da un consiglio di direttori esecutivi o amministratori. Il FMI è nato con l'intento di promuovere la cooperazione monetaria internazionale e la stabilizzazione dei cambi, facilitare l'espansione e la crescita equilibrata del commercio mondiale, aiutare gli Stati membri a correggere temporanei squilibri nelle bilance dei pagamenti. Il numero dei paesi membri, originariamente 44, è salito progressivamente fino a 187. Per un approfondimento sul Fondo Monetario Internazionale cfr. ADINOLFI G., *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale*, Padova, 2012.

*Organization*<sup>60</sup> - della nuova struttura preposta a regolare le relazioni economiche a livello globale.

Gli obiettivi<sup>61</sup> della Banca Mondiale potevano ricondursi al desiderio di favorire la ricostruzione dei paesi devastati dalla guerra e l'impegno nel promuovere lo sviluppo economico degli Stati meno avanzati attraverso l'intermediazione di flussi di capitale privato che agevolassero il finanziamento di specifici progetti di investimento<sup>62</sup>.

Proprio su impulso della Banca Mondiale, al fine di incoraggiare gli investimenti privati esteri, in particolar modo, almeno nel primo periodo, nei paesi in via di sviluppo, fu istituito con la Convenzione di Washington del 1965, il Centro Internazionale per la Soluzione delle Controversie in materia di investimenti (ICSID). Il Centro avrebbe dovuto prevedere dei meccanismi di conciliazione e arbitrato per la soluzione delle controversie in materia di investimenti, affinché la struttura ideata dalla Banca mondiale godesse di maggiore certezza e stabilità. Difatti, la più severa critica che poteva essere mossa al sistema degli investimenti internazionali si fondava sulla scarsa

---

<sup>60</sup> L'Organizzazione Mondiale del Commercio (*World Trade Organization*, WTO), a cui aderiscono, alla data del 26 giugno 2014, 160 Paesi, è nata nel 1995 per sostituirsi al GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) che dal 1948 al 1994 è stato lo strumento per facilitare e regolamentare il commercio internazionale. L'obiettivo dell'Organizzazione è la progressiva liberalizzazione del commercio mondiale, da perseguire con lo strumento della negoziazione di accordi commerciali tra i governi dei Paesi membri. Per un approfondimento Cfr. MATSUSHITA M, SCHOENBAUM TJ., MAVROIDIS PC., HAHN M., *The World Trade Organization: law, practice, and policy*, Oxford, 2015

<sup>61</sup> Art. 1 Purposes: The purposes of the Bank are: (i) To assist in the reconstruction and development of territories of members by facilitating the investment of capital for productive purposes, including the restoration of economies destroyed or disrupted by war, the reconversion of productive facilities to peacetime needs and the encouragement of the development of productive facilities and resources in less developed countries. (ii) To promote private foreign investment by means of guarantees or participations in loans and other investments made by private investors; and when private capital is not available on reasonable terms, to supplement private investment by providing, on suitable conditions, finance for productive purposes out of its own capital, funds raised by it and its other resources. (iii) To promote the long-range balanced growth of international trade and the maintenance of equilibrium in balances of payments by encouraging international investment for the development of the productive resources of members, thereby assisting in raising productivity, the standard of living and conditions of labor in their territories. (iv) To arrange the loans made or guaranteed by it in relation to international loans through other channels so that the more useful and urgent projects, large and small alike, will be dealt with first. (v) To conduct its operations with due regard to the effect of international investment on business conditions in the territories of members and, in the immediate postwar years, to assist in bringing about a smooth transition from a wartime to a peacetime economy. The Bank shall be guided in all its decisions by the purposes set forth above

<sup>62</sup> SCISO E., *Appunti di diritto internazionale dell'Economia*, Torino, 2017, p. 87

fiducia degli investitori circa gli strumenti a disposizione per far fronte alla eventuale fase patologica del loro investimento. L'intenzione di rispondere positivamente a questa esigenza si può notare già a partire dal preambolo della Convenzione di Washington in cui si legge *that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases*<sup>63</sup>.

I rapporti tra ICISD e la Banca mondiale non si sono esauriti con l'impulso da parte di quest'ultima alla istituzione del Centro. Come non evidenziare che condizione per fare parte dell'ICSID è la partecipazione dello Stato alla Banca mondiale<sup>64</sup>, mentre per gli Stati parte della BIRS non è assolutamente obbligatorio essere membri dell'ICSID<sup>65</sup>.

Significativi rapporti devono essere evidenziati anche in relazione alla sua struttura istituzionale. Per esempio, Il Presidente del *World Bank Group* presiede *ex officio* il Consiglio di amministrazione del Centro<sup>66</sup>, seppure senza diritto di voto. Il Consiglio di amministrazione è l'organo assembleare e di governo dell'ICSID<sup>67</sup>. È composto da un rappresentante per ciascuno Stato membro - qualsiasi funzionario può rivestire tale incarico - e un supplente. Ciascuno Stato ha voto nel Consiglio, non essendo previsto, diversamente da quanto accade in altre istituzioni<sup>68</sup>, un peso diverso in relazione all'apporto dello Stato. Qualora un Paese non dovesse designare il proprio rappresentante – e qui riappare nuovamente l'anzidetto rapporto - il Governatore della Banca

---

<sup>63</sup> Preambolo Convenzione di Washington: Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases;

<sup>64</sup> Art 67 Convenzione di Washington: This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank. It shall also be open for signature on behalf of any other State which is a party to the Statute of the International Court of Justice and which the Administrative Council, by a vote of two-thirds of its members, shall have invited to sign the Convention.

<sup>65</sup> Infatti tra le istituzioni del gruppo della Banca mondiale l'ICISD è quella che conta meno adesioni, 162

<sup>66</sup> Art. 5 Convenzione di Washington: The President of the Bank shall be *ex officio* Chairman of the Administrative Council (hereinafter called the Chairman) but shall have no vote. During his absence or inability to act and during any vacancy in the office of President of the Bank, the person for the time being acting as President shall act as Chairman of the Administrative Council.

<sup>67</sup> La sua composizione, funzioni e procedura decisionale sono previste dagli articoli da 4 a 8 della Convenzione ICSID

<sup>68</sup> A differenza per esempio dalla struttura della BIRS

mondiale assume la rappresentanza di quello Stato nel Consiglio di amministrazione dell'ICSID.

Le funzioni del Consiglio riguardano grossomodo tutte le attività del Centro, a partire dalle modifiche della Convenzione<sup>69</sup> (su proposta di ciascuno Stato membro<sup>70</sup>), passando dall'approvazione del bilancio e dalla designazione dei membri del *panel* degli arbitri e conciliatori fino all'elezione del Segretario generale. Anche quest'ultima attività è emblematica del rapporto con la Banca mondiale in quanto l'elezione avviene sulla base di una preventiva indicazione di uno o più candidati da parte del Presidente del Consiglio.

Il Segretariato generale è costituito da un Segretario generale, legale rappresentante del Centro<sup>71</sup>, che è a capo degli eventuali vicesegretari e dell'apparato amministrativo<sup>72</sup> e svolge le attività amministrative quotidiane dell'ICSID.

---

<sup>69</sup> Article 66 (1) If the Administrative Council shall so decide by a majority of two-thirds of its members, the proposed amendment shall be circulated to all Contracting States for ratification, acceptance or approval. Each amendment shall enter into force 30 days after dispatch by the depositary of this Convention of a notification to Contracting States that all Contracting States have ratified, accepted or approved the amendment. (2) No amendment shall affect the rights and obligations under this Convention of any Contracting State or of any of its constituent subdivisions or agencies, or of any national of such State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given before the date of entry into force of the amendment.

<sup>70</sup> Art. 65 Convenzione di Washington: Any Contracting State may propose amendment of this Convention. The text of a proposed amendment shall be communicated to the Secretary-General not less than 90 days prior to the meeting of the Administrative Council at which such amendment is to be considered 31 Convention and shall forthwith be transmitted by him to all the members of the Administrative Council.

<sup>71</sup> Art. 11 Convenzione di Washington: The Secretary-General shall be the legal representative and the principal officer of the Centre and shall be responsible for its administration, including the appointment of staff, in accordance with the provisions of this Convention and the rules adopted by the Administrative Convention Council. He shall perform the function of registrar and shall have the power to authenticate arbitral awards rendered pursuant to this Convention, and to certify copies thereof

## 2. Dai *panels* alla formazione del collegio arbitrale

Lo scopo istituzionale del Centro è la risoluzione delle controversie tra investitore e Stato mediante la formazione di collegi costituiti da arbitri (o conciliatori) presenti in alcune liste (o *panels*).

L'ICSID ha indubbiamente rappresentato una svolta nella disciplina degli investimenti. Difatti, nella prima bozza di Convenzione, l'ipotesi di ricorrere all'arbitrato in queste tipologie di controversie fu riconosciuto in modo piuttosto cauto, consapevoli che queste erano solitamente soggette alla giurisdizione nazionale<sup>73</sup>.

Nella disciplina della Convenzione di Washington, i Tribunali arbitrali, a differenza del Consiglio di amministrazione e del Segretariato generale, non hanno carattere permanente ma vengono costituiti di volta in volta dalle Parti. Presso il Centro, infatti, sono costituite due liste una di arbitri e l'altra di conciliatori, dalle quali le Parti della controversia possono nominare i soggetti che andranno a costituire le commissioni di conciliazione o i collegi arbitrali.

La presenza delle liste garantisce che i nominativi ivi presenti siano persone di alta dirittura morale e comprovata competenza nei settori del diritto<sup>74</sup>. Le Parti, tuttavia, possono scegliere anche soggetti al di fuori dei *panels*, purché in possesso delle stesse caratteristiche di imparzialità e indipendenza che sarebbero state richieste in caso di iscrizione nella rispettiva lista.

Questi elenchi vengono generalmente formati grazie l'apporto degli Stati, a cui è riconosciuta la possibilità di indicare quattro nominativi per ciascun *panel*, e del Presidente del Consiglio di amministrazione che, invece,

---

<sup>73</sup> *History of ICSID Convention*, op. cit., *Annotated First Preliminary Draft Convention*, p. 134: Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes (without prejudice to the right of any State to espouse a claim of one of its nationals in accordance with international law), other methods of settlement of such disputes may be appropriate in certain cases

<sup>74</sup> Art. 14 Convenzione di Washington: Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators. (2) The Chairman, in designating persons to serve on the Panels, shall in addition pay due regard to the importance of assuring representation on the Panels of the principal legal systems of the world and of the main forms of economic activity

può indicare dieci nominativi per lista. Il “mandato” ha durata di sei anni ed è rinnovabile *sine die*.

La formazione del collegio arbitrale (o della commissione di conciliazione) avviene, invece, ad opera delle Parti della controversia: ciascuna Parte nomina i propri arbitri i quali nomineranno il Presidente del Collegio arbitrale. In caso di mancato accordo tra queste, la Convenzione stabilisce che il numero di arbitri o di conciliatori è fissato in tre e laddove le stesse non riuscissero a costituire la commissione o il collegio entro un determinato periodo di tempo, il potere della designazione sarebbe sostituito in favore del Presidente del Consiglio di amministrazione, attingendo però, esclusivamente, dai *panels*<sup>75</sup>.

### **3. L’efficacia e l’esecuzione dei lodi dei Tribunali ICISD**

La spasmodica ricerca di un sistema che garantisca certezza agli investitori ha interessato anche la disciplina sull’efficacia dei lodi. La Convenzione di Washington afferma perentoriamente, infatti, la non impugnabilità delle pronunce<sup>76</sup>, fatte salve le ipotesi previste dalla stessa Convenzione. Difatti, la sentenza resa, costituisce *res judicata*<sup>77</sup> e soggetta esclusivamente ad annullamento, le cui condizioni sono tassativamente stabilite. La decisione circa l’eventuale annullamento, (ma anche sulla sospensione o revisione) non può essere richiesta al giudice nazionale, ma è affidata a un comitato *ad hoc*, composto da tre arbitri, chiamato a valutare la sussistenza di uno dei motivi previsti dalla Convenzione, cioè: il difetto nella

---

<sup>75</sup> AMERASINGHE C.F., *Investments Disputes, Convention and Centre for Settlement*, in *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, 1983, Vol. II, p.1448

<sup>76</sup> Art. 53: (1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention. (2) For the purposes of this Section, “award” shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50, 51 or 52.

<sup>77</sup> DOLZER R. and SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, Oxford, II Edizione, 2012, p. 310

costituzione del tribunale arbitrale, l'eccesso di potere del tribunale, la corruzione di uno dei suoi membri, l'inosservanza di una norma procedurale di importanza fondamentale e il difetto di motivazione della sentenza<sup>78</sup>.

La centralità e l'autosufficienza del Centro emergono anche in un'altra disposizione<sup>79</sup> che prevede che l'eventuale dubbia interpretazione del lodo, dal quale possa sorgere una controversia tra le Parti, debba essere risolta mediante una richiesta indirizzata al Segretario Generale, il quale dovrebbe dare preferenza, al fine di garantire l'effetto chiarificatore, e fintato che sia possibile, al medesimo collegio che ha pronunciato il lodo, il quale di fatto svolgerebbe una funzione interpretativa autentica.

Si dirà in seguito, circa l'efficacia della decisione in relazione agli altri procedimenti arbitrari<sup>80</sup>, pur dovendo anticipare, in questa sede, che nonostante la singola decisione acquisisca forza vincolante soltanto per le Parti della controversia, il precedente svolge, nei fatti, una funzione interpretativa molto importante.

---

<sup>78</sup> Art. 51: (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based. (2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered. (3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of 26 Convention the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1). (4) The provisions of Articles 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapters VI and VII shall apply mutatis mutandis to proceedings before the Committee. (5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request. (6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.

<sup>79</sup> 50 (1) If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General. (2) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. The 25 Convention Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision.

<sup>80</sup> *Infra*, p. 90



La Convenzione dispone che ciascuno Stato contraente dovrebbe riconoscere, sul proprio territorio, l'esecuzione degli obblighi pecuniari imposti nella sentenza come vincolanti e come se si trattasse d'un giudizio definitivo di una propria Corte<sup>81</sup>. In altre parole, la pronuncia ICSID non è rilevata come un lodo straniero, soggetto dunque alla disciplina della Convenzione di New York del 10 giugno 1958<sup>82</sup> e della Convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961<sup>83</sup>, poiché la sua forza obbligatoria deriva direttamente dalla Convenzione ICSID.

Al fine di agevolare la procedura, ciascuno Stato deve designare l'Autorità competente a garantire il riconoscimento e l'esecuzione dei suoi provvedimenti<sup>84</sup> che deve aver luogo a seguito del mero deposito di una copia del lodo certificata da parte del Segretario Generale.

L'anzidetta Autorità domestica dovrà pertanto limitarsi a verificare l'autenticità del lodo, senza poter operare qualsivoglia forma di controllo, neanche in relazione alla conformità all'ordine pubblico<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Art. 54 Convenzione di Washington: 1. Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgement of the courts of a constituent state.

2. A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.

3- Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.

<sup>82</sup> La Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere è un trattato internazionale multilaterale firmato nell'ambito della Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a New York il 10 giugno 1958, entrato in vigore il 7 giugno 1959. Per un approfondimento: CARBONE S. M., Il riconoscimento degli effetti dei lodi arbitrali nella convenzione di New York del 1958: risultati e prospettive, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, vol. 47, p. 879-894

<sup>83</sup> La Convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale rappresenta la più importante fonte convenzionale di disciplina dell'arbitrato internazionale in materia commerciale, fornendo, direttamente, una regolamentazione dell'arbitrato commerciale internazionale. Per approfondire: LUZZATTO R., Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1971, p. 47 ss.

<sup>84</sup> Per l'Italia l'autorità competente è la Corte d'Appello di Roma. L'elenco delle Autorità competenti per ciascuno Stato membro è pubblicato sul sito dell'ICSID

<sup>85</sup> DOLZER R. and SCHREUER C., op. cit., p. 311

Dalla disciplina risulta un rafforzamento della tutela, aumentando così la fiducia degli investitori<sup>86</sup>. Inoltre, l'investitore potrà richiedere il riconoscimento e l'esecuzione non esclusivamente nel territorio dell'Host State ma in qualunque altro Stato parte dell'ICISD in ragione della maggiore probabilità di veder soddisfatto il proprio diritto accertato dalla pronuncia arbitrale.

Successivamente<sup>87</sup>, si precisa che l'anzidetta norma però non può essere interpretata come deroga alla legge in vigore negli Stati contraente relativa all'immunità degli Stati dall'esecuzione. Probabilmente, l'aspetto più delicato riguarda proprio l'esecuzione, strettamente intesa, della decisione nello Stato parte della controversia. Tale aspetto, definito il tallone d'Achille degli arbitrati ICSID<sup>88</sup>, ha comportato, talvolta, che lo Stato condannato al risarcimento dei danni, facesse ricorso all'eccezione di immunità al fine di impedire l'esecuzione del lodo arbitrale sui propri beni, pregiudicando significativamente le aspettative dell'investitore e frustrando l'intera disciplina sulla tutela degli investimenti.

Nel diritto internazionale, difatti, vige il principio consuetudinario *par in parem non habet iurisidictionem* per cui tutti coloro che esercitano il potere di governo nell'ambito della comunità statale sono immuni dalla giurisdizione dei tribunali degli Stati stranieri, sia relativamente a procedimenti cognitivi che esecutivi e cautelari.

La partecipazione degli Stati ad attività tipiche di degli operatori economici ha portato all'esigenza di limitare il diritto all'immunità degli Stati, mediante un'interpretazione *ristretta* o *relativa*, in tutti quei casi in cui lo Stato agisca alla stregua di un privato, ovverosia nell'espletamento di attività aventi carattere privatistico (*acta jure gestionis*), in contrapposizione a quelle funzioni svolte dallo Stato, invece, nell'esercizio delle proprie prerogative

---

<sup>86</sup> GALGANO F. MARRELLA F., Diritto e prassi del commercio internazionale, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Padova, 2010 p. 936

<sup>87</sup> Art. 55 Convenzione di Washington: Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.

<sup>88</sup> Cfr. BJORKLUND A. K., *State immunity and the enforcement of investor-state arbitral awards*, in *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, 2009, p. 321

sovrane (*acta jure imperii*)<sup>89</sup>. Nell'applicazione della Convenzione di Washington, pur salvaguardando il rispetto delle legislazioni nazionali sull'immunità degli Stati si è tenuto conto dell'anzidetta distinzione.

Deve essere evidenziato, che l'immunità *de qua* è circoscritta alla fase di esecuzione del provvedimento ICSID. Difatti, la pronuncia, già resa davanti a un Tribunale arbitrale (a cui lo Stato ha prestato il suo consenso) deve essere riconosciuta dagli Stati membri della convenzione, ai sensi dell'art 54, come se fosse un provvedimento di un proprio giudice territoriale.

La Convenzione ICISID prevede, quindi, espressamente che la pronuncia resa da un suo Tribunale deve essere riconosciuta negli Stati membri. La questione relativa all'esecuzione, invece, è interamente lasciata alla legislazione dello Stato del giudice dell'esecuzione.

L'immunità, dunque, dovrebbe riferirsi sulle proprietà oggetto dell'esecuzione piuttosto che sul giudizio circa la natura dell'atto o del rapporto che ha riguardato lo Stato e l'investitore, in quanto quest'ultimo aspetto è stato di competenza del Tribunale arbitrale che ha accertato l'inadempimento statale.

Allora, per determinare i confini dell'immunità, in tema di esecuzione della pronuncia, si distingue tra proprietà commerciali e proprietà non commerciali<sup>90</sup>. Soltanto nei confronti delle prime l'esecuzione è consentita, in quanto le proprietà non commerciali sono quelle deputate all'assolvimento di funzioni pubbliche o di governo e quindi coperte da immunità.

Il problema immediatamente successivo sarebbe di definire l'esatto confine delle due tipologie di proprietà, non semplice da tratteggiare. Allo stesso tempo, infatti godono dell'immunità, a titolo esemplificativo, le proprietà diplomatiche come anche i conti correnti delle ambasciate<sup>91</sup> e quelli tenuti dalle banche centrali<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> CONFORTI B, op. cit., p. 267

<sup>90</sup> DOLZER R. and SCHREUER C, *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 311

<sup>91</sup> Cfr. *LETCO c. Liberia*, *US Columbia District Court*, 16 aprile 1987

<sup>92</sup> *AIG Capital Partners Inc and another c. Republic of Kazakhstan (National Bank of Kazakhstan Intervening)*, *High Court, Queen's Bench Division (Commerciale Court)*, 20 ottobre 2005, 11 ICSID Reports, 118

In ogni caso, l'immunità statale dall'esecuzione è una mera eccezione procedurale che non inficia l'obbligo dello Stato di conformarsi alla pronuncia resa dal Tribunale arbitrale. Gli articoli 53 e 54, infatti, ribadiscono che *the award shall be binding on the parties* e che ciascuno Stato *shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding*. Ciò comporta, che una seppur fondata eccezione di immunità non giustifichi l'inadempimento dello Stato che non si adegui alla pronuncia, e dunque la violazione dell'art. 53 della Convenzione di Washington<sup>93</sup>.

L'impossibilità per l'investitore di poter ottenere un ristoro del pregiudizio subito dallo Stato ospite, anche a seguito di una pronuncia favorevole, stante l'eccezione di immunità sollevata dallo Stato, comporta la reviviscenza della possibilità per lo Stato territoriale dell'investitore di agire in protezione diplomatica, costituendo l'unica eccezione ammessa dalla Convenzione<sup>94</sup> (nonché, in caso di mancato raggiungimento di un accordo, l'eventuale ricorso alla Corte Internazionale di Giustizia<sup>95</sup>).

La possibilità di ricorrere all'istituto della protezione diplomatica, di fatto si aggiunge alle soluzioni offerte per tutelare l'investimento, fornendo un ulteriore strumento di pressione per garantire la piena attuazione della disciplina.

---

<sup>93</sup> *MINE v. Guinea, Interim Order No 1 on Guinea's Applications for Stay of Enforcement of the Award*, 12 August 1988, par. 25: [...]It should be clearly understood, on the other hand, that State immunity may well afford a legal defense to forcible execution, but it provides neither argument nor excuse for failing to comply with an award. In fact, the issue of State immunity from forcible execution of an award will typically arise if the State party refuses to comply with its treaty obligations. Non-compliance by a State constitutes a violation by that State of its international obligations and will attract its own sanctions [...].

<sup>94</sup> Art. 27 Convenzione di Washington: 1. No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.

2. Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

<sup>95</sup> Art. 64 Convenzione di Washington: Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement.

#### 4. L'intervento delle Organizzazioni Non-Governative nel progresso della disciplina dell'arbitrato sugli investimenti

Le decisioni dell'ICSID - come anche quelle delle altre istituzioni arbitrali maggiormente istituzionalizzate - sono normalmente disponibili al pubblico.

Un'importante svolta, che ha avuto come effetto anche garantire una maggiore trasparenza dei procedimenti arbitrali, è stata la recente tendenza ad ammettere la partecipazione anche di entità diverse dalle parti della controversia, in qualità di *amicus curie*. Nel caso *Suez, InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A c. Argentina*<sup>96</sup>, per esempio, gli arbitri si sono soffermati sulla possibilità di tale riconoscimento e sulle condizioni che devono sussistere<sup>97</sup>, nonostante nel caso di specie sia stata rigettata la richiesta da parte della *Fundación para el Desarrollo Sustentable*<sup>98</sup> di partecipare al giudizio.

Punto di partenza per l'ammissione di *amicus curie* è l'art. 32 della Convenzione di Washington, in forza del quale: *The tribunal shall decide, with the consent of the parties, which other persons besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal may attend the hearings.*

Pertanto, senza l'accordo delle Parti (che nel caso *de quo* non c'è stato a causa del rifiuto del ricorrente) nessun altro soggetto può essere autorizzato a

---

<sup>96</sup> *Suez, InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* – ICSID Case n. ARB/03/17

<sup>97</sup> *Suez, InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.*, cit., Conclusion: Having reviewed the Petition and the observations thereon of the Claimants and Respondent, the Tribunal has decided to: a. deny Petitioners' request to attend the hearings of this case; b. grant an opportunity to Petitioners to apply for leave to make *amicus curiae* submission if and when the Petitioners provide the Tribunal with convincing information and reasons that they qualify as *amicus curiae*; c. deny the Petitioners' request for access documents, being specified that it would consider whether access to documents can be granted as a matter of principle and reconsider the Petitioners' qualification if and when the Petitioners provide the Tribunal with convincing information and reasons that they qualify as *amicus curiae*.

<sup>98</sup> *Suez, InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.*, cit: We request that this participation as *amicus curiae* can have access to the information in the trial and participate in future actions of the trial in order to state, through written (*amicus curiae* brief) and oral presentations in the hearings our points of view which will contribute to the trial openness, and at the same time, give the court an enriching perspective different from the parties one."

partecipare alle udienze del procedimento arbitrale. Più nel dettaglio, l'art. 32, menziona soltanto la figura dell'esperto, che però si discosta dal concetto di *amicus curie*, definito piuttosto come *a nonparty to the dispute, as "a friend" offers to provide the court or tribunal its special perspectives, arguments, or expertise on the dispute, usually in the form of a written amicus curiae brief or submission*<sup>99</sup>.

Diversa è quindi la posizione giuridica dell'*amicus curie*, alla luce anche del silenzio del diritto positivo sul punto: né la Convenzione di Washington né l'*Arbitration Rules* autorizzano o vietano tale possibilità.

Prima però di interrogarsi sulla sussistenza delle condizioni per permettere l'accesso a un soggetto terzo rispetto al procedimento, il Tribunale si è interrogato sul suo effettivo potere di permettere la partecipazione di soggetti non parte della controversia. Effettivamente, era la prima volta che tale questione doveva essere affrontata da un collegio arbitrale costituito sotto l'egida dell'ICSID.

La risposta andava ricercata nell'art. 44 della Convenzione: *Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.*

Pertanto, le questioni non direttamente affrontate dalla Convenzione o dalle *rules* dovevano essere risolte dal Collegio arbitrale. D'altronde a questa conclusione è giunto altresì il Tribunale arbitrale istituito ai sensi del NAFTA nella controversia *Methanex v. United States of America*<sup>100</sup>. In tale occasione, i giudici, stante il contenuto dell'art 15 par 1<sup>101</sup> delle *UNCITRAL Arbitration*

---

<sup>99</sup> *Suez, InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.*, cit., par. 9

<sup>100</sup> *Methanex v. United States of America, a NAFTA case under the 1976 UNCITRAL Rules, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Parties to Intervene as Amici Curiae, January 15, 2001* (<http://www.state.gov/documents/organization/6039.pdf>)

<sup>101</sup> Articolo 15: *I. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case.*

*Rules* simile rispetto all'art. 44 della Convenzione di Washington, sono giunti a una conclusione pressoché analoga, legittimando, in sintesi, il collegio arbitrale a decidere circa l'ammissione o meno di *amicus curie*. In effetti, all'ammissione di un soggetto, diverso dalle Parti, non consegue l'aggiunta di una nuova parte processuale, né tantomeno verrebbero pregiudicati i diritti delle Parti coinvolte nella controversia.

Ma quali dovrebbero essere le condizioni per ammettere un soggetto non Parte di un procedimento che storicamente e tendenzialmente si caratterizza per la sua riservatezza?

Le condizioni affinché il collegio arbitrale possa ammettere la partecipazione di un soggetto diverso, nei limiti del potere conferitogli dall'art. 44 della Convenzione così come analizzato, sono state rilevate nel citato caso *Suez, InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A c. Argentina*, rappresentano oggi un punto di riferimento. Il Tribunale, dunque, dovrebbe verificare: l'adeguatezza della materia oggetto del caso; l'idoneità di un determinato soggetto, non Parte della controversia, ad agire come *amicus curiae*; e la procedura nella quale viene presentata e presa in considerazione la candidatura.

Un'applicazione meticolosa di questi principi permette di bilanciare l'esigenza della non-Parte di essere ascoltata preservando però i diritti procedurali delle Parti controvertenti.

Per quanto riguarda la prima condizione, l'intervento di un *amicus curie* è stato giustificato dal tendenziale interesse pubblico che solitamente riguarda tale tipologie di controversie, talché non possono essere definite come delle mere dispute private. Alla luce dell'intesse pubblico sotteso, la partecipazione di un *amicus curie* contribuirebbe anche a rendere tali procedure più trasparenti, rispondendo positivamente alle richieste di apertura alla luce

---

2. If either party so requests at any stage of the proceedings, the arbitral tribunal shall hold hearings for the presentation of evidence by witnesses, including expert witnesses, or for oral argument. In the absence of such a request, the arbitral tribunal shall decide whether to hold such hearings or whether the proceedings shall be conducted on the basis of documents and other materials.

3. All documents or information supplied to the arbitral tribunal by one party shall at the same time be communicated by that party to the other party.

dell'esistenza di quell'interesse pubblico di cui sopra. Inoltre, tale partecipazione potrebbe fornire al collegio arbitrale prospettive, esperienza e argomenti che, almeno astrattamente, potrebbero contribuire al raggiungimento di una soluzione corretta e giusta.

Quest'ultime finalità ci conducono alla seconda condizione richiesta, l'idoneità del soggetto che intende intervenire come *amicus curie*. Naturalmente per fornire un contributo valido è necessario che tale soggetto risponda a determinate caratteristiche. Difatti, possono essere riconosciuti come tali soltanto quei soggetti che rispondono alle condizioni di indipendenza, esperienza e professionalità, al fine di corroborare il Tribunale al raggiungimento di una decisione corretta. In occasione della candidatura, infatti, il soggetto dovrà presentare una serie di informazioni che permettano al tribunale di valutare la sussistenza dei requisiti necessari e l'opportunità della sua ammissione.

I requisiti individuati riguardano l'identità e l'esperienza del richiedente e, se un'organizzazione, anche la natura dei suoi soci; il motivo dell'interesse nella controversia; l'esistenza di finanziamenti in favore del richiedente da una delle Parti della controversia; e la ragione per cui il Tribunale dovrebbe accettare la sua candidatura come *amicus curie*<sup>102</sup>.

La procedura prevede, inoltre, che della richiesta siano informate anche le Parti affinché possano esprimere il loro giudizio in merito all'ammissione.

Qualora il Tribunale decida di ammettere il richiedente dovrà determinare anche le modalità del suo coinvolgimento - terza condizione - senza pregiudicare i diritti sostanziali e procedurali delle Parti. Ed è questo il motivo per cui anche la fase della procedura assume particolare importanza al fine di determinare l'utilità della partecipazione.

Lo spiccato interesse pubblico nelle controversie internazionali in materia di investimenti esteri dovuto soprattutto dai particolari settori in cui solitamente si sostanziano tali investimenti, ha comportato che non di rado le istanze volte al riconoscimento e, dunque, alla partecipazione a tali procedure

---

<sup>102</sup> *Suez, InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A., Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.* – ICSID Case n. ARB/03/17, par. 23



arbitrali sono provenute da Organizzazioni Non Governative (da ora in avanti ONG).

All'indomani della fine della II Guerra mondiale, gli individui hanno incominciato ad assumere progressivamente una posizione più incisiva nei confronti dell'ordinamento internazionale, organizzandosi in gruppi capaci di operare al di fuori del diaframma statale e di influenzare l'opinione pubblica mondiale<sup>103</sup>. Le ONG possono definirsi<sup>104</sup>, infatti, in termini generalissimi, come delle associazioni di diritto privato create per il perseguimento di un interesse esterno rispetto ai soggetti che ne costituiscono la base personale. Esse, quindi, da un punto di vista giuridico-formale, si presentano *prima facie* come degli enti di diritto interno, costituiti per iniziativa privata (o mista, comunque non prevalentemente statale), che raggruppano persone fisiche o giuridiche.

La loro azione è improntata al perseguimento su scala transnazionale di un fine morale - non di lucro - che può essere il più vario: umanitario, ambientale, scientifico, religioso, politico culturale, sportivo etc.<sup>105</sup>, spiegando, dunque, il loro particolare interessamento a partecipare a queste procedure riguardano problematiche strettamente connesse con il loro ambito di intervento.

È inoltre apparso evidente come le più accreditate ONG potessero fornire un apporto considerevole nella gestione di siffatte problematiche, in ragione delle conoscenze tecniche e delle *expertise* scientifiche da esse vantate, favorendone il coinvolgimento oltre che nei processi di elaborazione e

---

<sup>103</sup> Il fenomeno trova le sue origini in Europa e negli USA, ove poi si è andato sempre più affermando. A tutt'oggi, il III mondo ne rimane completamente estraneo; cfr. NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, VIII ed. (a cura di DAILLIER-FORTEAU-PELLET), Paris, 2009, p. 712.

<sup>104</sup> Sul tema esiste una vastissima letteratura di diritto internazionale, cfr.: MARCHISIO, Le Organizzazioni internazionali non governative (Oing): tipologia, struttura, funzioni, "riconoscimento" nel diritto internazionale, in Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli, 1987, p. 9 ss.; IOVANE, *La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application application du droit international de l'environnement*, in RGDIP, 2008, p. 465 ss.; SOCINI-LEYENDECKER, Osservazioni sulla rilevanza delle organizzazioni non governative nella comunità internazionale, in *Studi Sperduti*, Milano 1984, p. 695 ss.; RECHENBERG, *Non-Governmental Organizations*, in EPIL, 9, 1986, p.276 ss.; VON BOGDANY, Democrazia, Globalizzazione e futuro del diritto internazionale, in RDI, 2004, p. 317 ss.; CHARNOVITZ, *Non-governmental Organizations in International Law*, in *American Journal International Law*, 2006, p. 3 ss.;

<sup>105</sup> SCALESE G., Qualche considerazione circa l'inquadramento dommatico delle Organizzazioni Non Governative nel diritto internazionale pubblico, 2009

attuazione delle norme internazionali – che hanno portato a una vera e propria ufficializzazione del contributo da esse prestato nell’ambito della cooperazione internazionale<sup>106</sup> - anche nella fase di risoluzione delle controversie, ammettendone la partecipazione come *amicus curie*.

## **5. Le condizioni per il ricorso all’ICSID: tra BITs e articolo 25 della Convenzione di Washington del 1965**

Una delle maggiori conquiste della disciplina sugli investimenti internazionali è rappresentata dalla possibilità per l’investitore, di convenire in giudizio, direttamente, senza l’interposizione del proprio Stato territoriale, lo Stato nel cui territorio l’investimento è stato realizzato.

Trattasi di un’ipotesi del tutto eccezionale nel diritto internazionale. Difatti, tale meccanismo è riservato esclusivamente a sparute tipologie di controversie.

D’altronde, l’esigenza di garantire un sistema che permetta agli investitori di ricorrere a un giudice estraneo all’ordinamento in cui l’investimento era stato realizzato, avrebbe contribuito sicuramente a una maggiore certezza e affidabilità dell’ambiente nonché, in secondo luogo, avrebbe dimostrato un’apertura di quell’ordinamento a investimenti stranieri.

Il risultato del quadro anzidetto è l’inserimento all’interno dei BITs – ma anche all’interno di trattati multilaterali<sup>107</sup> - dell’accennata clausola *ISDS* (*Investor State Dispute Settlement*) che prevede il ricorso a un Tribunale arbitrale qualora dovesse insorgere una controversia tra un soggetto che ha la cittadinanza di uno degli Stati firmatari e l’altro Stato.

---

<sup>106</sup> Vedi *ex multis* la Dichiarazione dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite sulla cooperazione economica internazionale, del primo maggio 1990 (A/S-18/15); il Millenium Report del 2000, adottato dal Segretario Generale delle Nazioni Unite. Sul punto, cfr. CARBONE, *I soggetti e gli attori della Comunità internazionale*, in CARBONE-LUZZATTO-SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, IV ed., Torino, 2011, p. 39 e ss.; CICIRIELLO, *Il ruolo delle organizzazioni non-governative nell’ordinamento internazionale contemporaneo*, in Studi in onore di Umberto Leanza, Napoli, 2008, p. 95-96.

<sup>107</sup> Per esempio l’art. 26, par. 4 lett. a) dell’ *Energy Charter Treaty*.

Tra le istituzioni arbitrali deputate a risolvere siffatte tipologie di controversie rientra l'ICSID. La notevole frequenza della scelta del Centro negli accordi sugli investimenti, a dimostrazione dell'attrazione degli investitori internazionali dei vantaggi di questo strumento di risoluzione dei conflitti, ha comportato che spesso la disciplina della clausola *ISDS* si sovrapponesse con quanto dettato dalla Convenzione di Washington.

Tuttavia, affinché il Centro abbia competenza per la risoluzione della controversia, non è sufficiente la mera previsione nel BIT della clausola *ISDS* che facesse a questi rinvio, ma gli elementi di quella controversia avrebbero dovuto integrare anche le condizioni poste dall'art. 25 della Convenzione di Washington del 1965<sup>108</sup>.

Perché un Tribunale ICSID abbia competenza su di una controversia, è necessario, in particolare, che questa sorga direttamente da un investimento (*ratione materiae*) fra uno Stato parte della Convenzione e un investitore di un altro Paese parte del trattato (*ratione personae*), i quali abbiano entrambi manifestato espressamente il proprio consenso all'arbitrato (*ratione voluntatis*)<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Articolo 25: 1. The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

2. "National of another Contracting State" means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

3. Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.

4. Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph

<sup>109</sup> *Standard Chartered Bank (Honk Kong) Limited v. Tanzania Electric Supply Company Limited* (ICSID Case n. ARB/10/20), Decision on Jurisdiction, 12 Febbraio 2014

Preliminarmente all'analisi della singola condizione si rileva che la formulazione dell'articolo 25 è palesemente ampia, non prevedendo, per esempio, una dettagliata definizione di investimento, viceversa si conviene circa il significato dell'espressione *any legal disputes*, circoscrivendo l'attività del Centro (nonché la sua giurisdizione) solo a pretese giuridiche, non anche a richieste di pareri.

Sono gli Stati membri dell'accordo, in cui è contemplata la clausola di rinvio a un Tribunale istituito ai sensi della disciplina dettata dall'ICSID, che determinano specificamente la portata di alcuni termini. La ragione di questa impostazione risiede nella volontà dei redattori della Convenzione di liberare la disciplina da stringenti definizioni al fine di garantire la massima partecipazione possibile, lasciando invece alle Parti, in relazione alle loro mutevoli esigenze, di determinare i confini e i termini del loro accordo.

Nell'ambito del BIT, le Parti, sono libere di determinare la concreta accezione dei termini utilizzati, pur dovendo successivamente esaudire, al fine del riconoscimento della giurisdizione dell'ICSID anche le condizioni previste dal citato articolo 25.

Nell'arbitrato ICSID, quindi, esistono due distinti livelli di requisiti affinché sussista la giurisdizione: il primo dato dalle norme sulla risoluzione delle controversie generalmente inserite nei BITs, il secondo dall'Articolo 25 par. 1 della Convenzione di Washington. L'articolazione della procedura fin qui delineata è stata oggetto di conferma da parte della giurisprudenza arbitrale. I Tribunali, infatti, hanno affermato che: *“A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim: whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties' consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in Article I of the BIT”*<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> Cfr. ICSID *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decisione sulla giurisdizione del 24 maggio 1999, consultabile online sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0144.pdf>, par. 68.

Il contributo delle Corti arbitrali è stato di fondamentale importanza nel cercare di precisare il significato e i confini delle condizioni previste dalla Convenzione, al fine di evitare il paradosso che l'istituzione la cui *mission* è garantire certezza e stabilità in una fase patologica di un investimento, contribuisca invece a confondere il sistema.

## 6. La necessità del consenso degli Stati

Già a partire dalle prime proposte di convenzione si osservava che la giurisdizione del futuro Centro si sarebbe dovuta basare sul consenso. Si specificò sin da subito, infatti, che alla creazione di un meccanismo arbitrale internazionale, a cui avrebbero potuto fare ricorso diretto gli individui, non avrebbe dovuto conseguire una giurisdizione obbligatoria. Il consenso, piuttosto, sarebbe dovuto emergere sotto forma di impegno per le future dispute che sarebbero potute sorgere ovvero mediante una specifica richiesta quando la controversia fosse già sorta.<sup>111</sup>

La necessità del consenso è stata successivamente ribadita negli altri documenti<sup>112</sup> che hanno portato poi alla formulazione definitiva dell'art. 25. Il citato articolo stabilisce che, perché sussista la giurisdizione del Centro, è necessario che la controversia riguardi un suo Stato membro e *a national of another Contracting State* e che questi abbiano manifestato il loro consenso affinché quella controversia fosse decisa dal meccanismo arbitrale previsto dall'ICSID.

Leggendo attentamente la disciplina convenzionale, questa richiede una duplice espressione di consenso affinché l'arbitrato possa essere validamente attivato. La struttura a doppio consenso, fondata a sua volta su due rapporti

---

<sup>111</sup> *History of ICSID Convention. Documents Concerning and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, Art. 4 del Working paper 1962, Volume II-1, Washington, 2009, p.2

<sup>112</sup> *History of ICSID Convention, op. cit., Preliminary Draft Convention: Working Paper for the Consultative Meetings of Legal Experts*, p.202

giuridici distinti, è una delle caratteristiche tipiche dell'arbitrato così come disciplinato dalla Convenzione di Washington<sup>113</sup>

Con riguardo al primo dei rapporti giuridici in questione, si fa riferimento a quello formatosi fra gli Stati che hanno ratificato la Convenzione, nel momento in cui essi hanno affermato la volontà di diventare Parti Contraenti. La ratifica<sup>114</sup>, infatti, rappresenta lo strumento di espressione del consenso dello Stato a essere vincolato alle obbligazioni convenzionali<sup>115</sup>.

Gli Stati contraenti, quindi, hanno assunto una serie di obbligazioni emergenti dal trattato, quali ad esempio il dovere di astenersi dall'accordare la propria protezione diplomatica o sollevare rivendicazioni internazionali riguardo a una controversia che uno dei suoi cittadini e un altro Stato contraente abbiano deciso di sottoporre all'arbitrato ICSID<sup>116</sup>, ovvero l'obbligo di riconoscere come vincolanti le sentenze pronunciate da un Tribunale arbitrale ICSID<sup>117</sup>.

---

<sup>113</sup> Cfr. CREMADES B. M., *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties* in, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, Colonia, 2001, p. 152-154.

<sup>114</sup> Art. 14 Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati, Consent to be bound by a treaty expressed by ratification, acceptance or approval: 1. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by ratification when: (a) the treaty provides for such consent to be expressed by means of ratification; (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that ratification should be required; (c) the representative of the State has signed the treaty subject to ratification; or (d) the intention of the State to sign the treaty subject to ratification appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation. 2. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by acceptance or approval under conditions similar to those which apply to ratification.

<sup>115</sup> La letteratura sul punto è vastissima. Cfr. QUADRI R. *Diritto internazionale pubblico* 5° ed., Napoli, 1968; CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, op. cit., p. 74; SINAGRA A., BARGIACCHI P., op. cit., p. 183; RONZITTI N., *Diritto internazionale*, Torino, 2019, p. 210 e ss; CATALDI G., In tema di rapporti tra autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione del trattato, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1985; vol. 68, pp. 520-543.

<sup>116</sup> Art. 27 par. 1 Convenzione di Washington: No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.

2. Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

<sup>117</sup> Art. 54 Convenzione di Washington: 1. Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgement of the courts of a constituent state.

2. A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this

La ratifica della Convenzione di Washington non impone tuttavia né allo Stato contraente né ai suoi cittadini alcun obbligo di ricorrere necessariamente al meccanismo di risoluzione del Centro. Nel Preambolo si afferma, infatti, che *“no Contracting State shall by mere fact of its ratification (...) of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration”*

Da ciò deriva che affinché venga attivato il suo meccanismo è necessario che l'investitore privato e lo Stato ospite, al sorgere di una controversia, decidano di comune intesa di sottoporgli la questione. È in questo momento che deve emergere la seconda dichiarazione di consenso. Infatti, il secondo rapporto giuridico è quello che si va a costituire fra l'investitore privato e lo Stato ospite, fondato sul contratto di investimento, in cui le Parti sono libere, alla luce della loro autonomia negoziale, se individuare nel Centro l'autorità competente a risolvere le controversie.

Difatti, è stata rigettata la tesi di chi riteneva sufficiente ai fini dell'integrazione della dichiarazione del consenso che gli Stati avessero convenuto di ricorrere al Centro nel trattato bilaterale<sup>118</sup>. Il Tribunale arbitrale ha infatti evidenziato che [...] *when Article 25 states in paragraph 1 that "the parties" must have consented in writing to submit the dispute to the Centre, it does not speak of the States or more precisely, it speaks of a State and a national of another State. It appears therefore that the two States cannot, by virtue of Article 25 of the Convention, compel any of their nationals to appear before the Centre; this is a power that the Convention has not granted to the States*<sup>119</sup>.

---

purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.

3- Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.

<sup>118</sup> *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Decisione del 21 febbraio 1997, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf>,

<sup>119</sup> *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of Zaire*, cit., par.18

È questo il motivo per cui il consenso è stato definito dal Report dei Direttori Esecutivi della Banca Mondiale come *the cornerstone of the jurisdiction of the Centre*<sup>120</sup>.

La soluzione più frequente e, allo stesso tempo, la situazione che comporta minor problemi interpretativi in ordine alla esistenza della condizione *de quo* è la previsione nel contratto di investimento dell'individuazione dell'ICSID come Autorità competente a risolvere le controversie. La presenza di questa clausola esaudisce la richiesta di un consenso delle Parti formulato per iscritto (*ex art. 25*) nonché la sua esistenza al momento della registrazione della domanda di arbitrato<sup>121</sup>.

La giurisprudenza del Centro dimostra tuttavia una generosa elasticità nel ritenere esistenti queste *sub* condizioni. È stato ritenuto<sup>122</sup>, ad esempio, che il consenso all'arbitrato ICSID, espresso dall'attore in una domanda di arbitrato approvata successivamente dallo Stato ospite, fosse sufficiente ai fini della sua giurisdizione; ovvero, che il consenso possa essere validamente espresso anche indirettamente, facendo riferimento a un altro strumento giuridico precedentemente concluso: mediante, per esempio, un rinvio operato dall'accordo di investimento nella clausola sulla legge regolatrice del rapporto inclusiva del BIT<sup>123</sup>, interpretandolo come intenzione delle Parti di incorporare la clausola di risoluzione delle controversie del BIT medesimo all'interno del contratto di investimento.

L'elasticità di cui sopra si è spinta sino a riconoscere la sua giurisdizione anche laddove le manifestazioni del consenso fossero giunte in momenti separati. Facciamo riferimento al caso del *arbitration without privity*<sup>124</sup> che si caratterizza per un'offerta aperta da parte dello Stato ospite, contenuta in un accordo (bilaterale o multilaterale), in cui si riconosce la giurisdizione del Centro, a cui l'investitore può acconsentire attraverso un'accettazione *ad*

---

<sup>120</sup> Cfr. *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention*, in *1 ICSID Reports*, par. 23

<sup>121</sup> Articoli 28(3) e 36(3) della Convenzione ICSID

<sup>122</sup> *ICSID Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decisione sulla Giurisdizione del 25 settembre 1983.

<sup>123</sup> *Ceskoslovenska obchodni banka, A.S. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decisione sulla Giurisdizione del 24 maggio 1999, par. 49-55.

<sup>124</sup> PAULSSON J, *Arbitration Without Privity*, in *10 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232



*hoc*<sup>125</sup> oppure, semplicemente, con il suo comportamento, come il deposito del ricorso *senza equivoci* all'ICSID<sup>126</sup>.

Un orientamento interessante - emblematico del *leit motiv* del Centro di riconoscere la sua giurisdizione – prevede, infine, l'applicabilità delle clausole della nazione più favorita anche in riferimento alle condizioni poste dallo Stato ospite al proprio consenso all'arbitrato ICSID<sup>127</sup>.

Per quanto riguarda gli effetti, è previsto che il consenso delle Parti alla giurisdizione del Centro esclude qualsiasi altro rimedio per la soluzione della controversia e che, una volta che sia stato espresso da entrambe, non può essere ritirato unilateralmente.

Da quanto affermato consegue, ai sensi dell'art. 26<sup>128</sup>, che nessuna delle Parti è legittimata ad intraprendere un procedimento giudiziario o arbitrale diverso, né può richiedere a una Corte nazionale la sospensione di un procedimento ICSID già cominciato. Ciononostante, è sicuramente ammissibile la previsione, solitamente contenuta nei BITs, che l'eventuale ricorso al Centro sia preceduto da una serie di consultazioni e negoziazioni, per un periodo limitato di tempo, finalizzate al tentativo di raggiungimento di una soluzione amichevole della controversia<sup>129</sup>.

Infine, come poc'anzi accennato, il consenso validamente prestato da entrambe le Parti diviene irrevocabile<sup>130</sup>. Per assicurarsi la certezza della giurisdizione del Centro, non capita raramente che gli investitori, in caso di offerta aperta dello Stato ospite all'arbitrato ICSID, al fine di cristallizzare la

---

<sup>125</sup> Cfr. ICSID Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decisione sulla Giurisdizione del 27 Novembre 1985: we hereby notify you that we accept and reserve the opportunity of availing ourselves of the uncontestable jurisdiction of [the Centre], which is open to us as a result of [Art. 8 of the Law].

<sup>126</sup> *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of Zaire*, cit., par. 23

<sup>127</sup> Cfr. ICSID Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisione del 13 novembre 2000 APPROFONDIRE?

<sup>128</sup> Art. 26: Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.

<sup>129</sup> Così per esempio il model BIT cinese del 2003 e tedesco del 2008. Previsioni di questo tipo sono contenute anche nei trattati multilaterali come l'ECT al citato art. 26

<sup>130</sup> Art. 72: Notice by Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.

situazione e non consentire la revoca dell'anzidetta offerta, comunicchino formalmente la propria accettazione della competenza del Centro, anche prima ancora che possa paventarsi una situazione pregiudizievole.

## **7. I criteri per la definizione della nazionalità dell'investitore**

Il secondo dei requisiti richiesti per la sussistenza della giurisdizione dell'ICSID riguarda la nazionalità dell'investitore. L'art. 25 della Convenzione prevede al riguardo che affinché il centro abbia competenza la controversia deve riguardare uno Stato membro e *a national of another contracting State*.

Sin dalle prime bozze<sup>131</sup> si precisò che il termine *nationals* avrebbe dovuto riferirsi sia le persone fisiche che le persone giuridiche (nonché associazioni) che avessero la nazionalità di uno Stato diverso da quello parte della controversia al momento della presentazione della domanda di arbitrato.<sup>132</sup>

Per quanto riguarda le persone fisiche la problematica circa la nazionalità può essere risolta semplicemente: è sufficiente che detto soggetto non abbia la nazionalità dello Stato che s'intende convenire, prevedendo, inoltre, che il requisito della (diversa) nazionalità non sarebbe esaudito qualora la persona fisica avesse una duplice cittadinanza che include anche quella dello Stato ospite dell'investimento<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> History of ICSID, cit., Preliminary Draft Of A Convention On The Settlement Of Investment Disputes Between States And Nationals Of Other States, p. 230. Art. X: ARTICLE X, Definitions: 1. "National of a Contracting State" means a person natural or juridical possessing the nationality of any Contracting State on the date on which that person's consent to the jurisdiction of the Center pursuant to Section 2 of Article II became effective, and includes (a) any company which under the domestic law of that State is its national, and (b) any company in which the nationals of that State have a controlling interest. "Company" includes any association of natural or juridical persons, whether or not such association is recognized by the domestic law of the Contracting State concerned as having juridical personality.

2. "National of another Contracting State" means any national of a Contracting State other than the State party to the dispute, notwithstanding that such person may possess concurrently the nationality of a State not party to this Convention or of the State party to the dispute.

<sup>132</sup> PARRA A. R., The History of ICSID, Oxford, 2012, p. 46

<sup>133</sup> Art. 25 par. 2 lett. A) Convenzione di Washington del 1965

A diverse conclusioni si giunge laddove il criterio della nazionalità sia letto in riferimento alle persone giuridiche.

La teoria dei due livelli richiesti ai fini della giurisdizione del Centro sembra essere avvalorata nella fase della determinazione della nazionalità dell'investitore persona giuridica. La disciplina convenzionale, infatti, si limita a prevedere che per *national of another contracting State*, debba intendersi una persona giuridica di nazionalità di uno Stato contraente che però non sia Parte della controversia, alla data in cui le Parti hanno convenuto di sottoporla al Centro; oppure, anche la persona giuridica che abbia la nazionalità dello Stato membro convenuto, ma in ragione del controllo estero su di essa esercitato, le Parti hanno convenuto, ai sensi della presente Convenzione, di considerarla come nazionale d'un altro Stato contraente<sup>134</sup>.

Nonostante fornisca due linee interpretative che tengono conto alternativamente del dato formale (la nazionalità) o del dato sostanziale (controllo) la Convenzione vuole lasciare alla discrezione delle Parti la risposta circa la nazionalità dell'investitore privato. D'altronde, è quanto affermato dagli stessi redattori della convenzione<sup>135</sup> per cui *the parties should be given the widest possible latitude to agree on the meaning of 'nationality' and any stipulation of nationality made in connection with a conciliation or arbitration clause which is based on a reasonable criterion should be accepted*. Un'ampia e generica formulazione dell'art. 25 permetterebbe, in altre parole, la maggiore indipendenza delle Parti di attribuire un autonomo significato di nazionalità con la pedissequa conseguenza che verrebbe in tal modo garantita anche una più ampia competenza del Centro.

I criteri definiti dai BITs e dagli accordi fra le Parti, in cui sarebbe stabilita più precisamente la concreta ampiezza del concetto di nazionalità, costituirebbero, però, solo un *inner circle* della giurisdizione arbitrale<sup>136</sup>. Infatti, la Convenzione, pur concedendo un'ampia autonomia, stabilisce dei

---

<sup>134</sup> Art. 25 par. 2 lett. B) Convenzione di Washington del 1965

<sup>135</sup> BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *136 Recueil des Cours*, 1972, p. 331, 359-60.

<sup>136</sup> ASTORGA R., *The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence in 11 Max Planck United Nations Yearbook*, 2007, p. 446

limiti esterni – definiti come l'*outer circle* – non espandibile neppure dalla volontà delle parti, oltre i quali verrebbe meno la sua competenza.

Al fine dell'identificazione della nazionalità della persona giuridica gli indici di riferimento sono sicuramente la sede societaria e il luogo di incorporazione.

Tali criteri, sono comunemente riconosciuti dalla dottrina<sup>137</sup> e, prima ancora che dal Centro, dalla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia (da qui in seguito CIG) per la determinazione della nazionalità di una società, ai fini dell'individuazione dello Stato legittimato ad agire in protezione diplomatica. In particolare, si fa riferimento all'orientamento espresso nel citato caso *Barcelona traction*, in cui si è affermato che la nazionalità di una persona giuridica è quella in cui la società è stata costituita o in cui ha la propria sede sociale, precisando che tali criteri sono corroborati da una prassi risalente e da numerosi strumenti internazionali.<sup>138</sup>

L'orientamento è stato successivamente confermato e arricchito dalla pronuncia resa nel caso *Diallo*<sup>139</sup> precisando che in caso di incorporazione lo *status* di persona giuridica deve comunque essere valutato alla base della legge dello Stato di incorporazione.

La giurisprudenza ICSID ha mutuato quanto sostenuto dalla CIG, pur dovendo riconoscere che i due sistemi in esame differiscono per quanto riguarda le finalità delle tutele che sono chiamate ad accordare. Mentre la CIG, nei casi menzionati, doveva riconoscere quale Stato fosse legittimato ad agire in protezione diplomatica, con il sistema delineato dalla Convenzione di Washington, la tutela viene riconosciuta direttamente all'investitore. Ciononostante, la sede e il luogo di incorporazione anche nella giurisprudenza del Centro sono individuati come i criteri da applicare nella determinazione

---

<sup>137</sup> SCHEREUER C., *The ICSID Convention: The Commentary*, Cambridge, 2001, pp. 78 e ss., in cui l'autore evidenzia come *the overwhelming weight of the authority points towards the traditional criteria of incorporation or seat*.

<sup>138</sup> Cfr. ICJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, cit., par. 70

<sup>139</sup> Cfr. ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Obiezioni Preliminari del 24 maggio 2007

della nazionalità dell'investitore, per i quali, tra l'altro, è stata utilizzata l'espressione *règle générale*.<sup>140</sup>

Oltre ai citati criteri formali, tuttavia, la Convenzione aggiunge un criterio che tiene conto del dato sostanziale del controllo della società. Diversamente, quegli investitori che conducono le loro operazioni all'estero tramite società appositamente costituite *in loco*, non avrebbero accesso all'arbitrato ICSID, in quanto la società con cui operano avrebbe la sede nello Stato ospite dell'investimento.

L'art. 25 par. 2 lett. b) ultimo periodo, dopo aver previsto l'eventualità di un *foreign control*, non chiarisce i confini entro i quali è riconosciuta la competenza del Centro. Si ritiene<sup>141</sup> che ai fini dell'integrazione del controllo straniero devono essere presi in considerazione diversi indici (come la partecipazione azionaria<sup>142</sup>, diritti di voto<sup>143</sup> e management della società<sup>144</sup>), non riconducibili a una semplice operazione aritmetica ma valutati nel complesso al fine di ottenere un quadro attendibile. Laddove gli indici siano sufficienti a integrare il *foreign control*, agli azionisti stranieri sarebbero riconosciuto il controllo della società e, di conseguenza, la possibilità di ricorrere al Centro<sup>145</sup>.

---

<sup>140</sup> Cfr. *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decisione sulla giurisdizione del 1 agosto 1984, par. 29

<sup>141</sup> SCHERUEER C., *Commentary on the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, 1997, p. 127

<sup>142</sup> ICSID *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Decisione del 31 marzo 1986, 2 *ICSID Reports*, p. 351. La compagnia era costituita secondo le leggi liberiane ma controllata completamente da cittadini francesi, detenendo il 100% delle azioni. Il Tribunale arbitrale concluse che la società liberiana era "chiaramente" sotto controllo straniero

<sup>143</sup> Cfr. a contrario ICSID *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/92/1, Decisione del 16 febbraio 1994, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol 20, 1995, p. 11. I soci stranieri, che comunque detenevano nel caso di specie "solo" il 20% del capitale sociale, non erano capaci di influenzare in maniera rilevante le "critical decisions on important corporate matters", detenendo ad esempio un diritto di veto su di esse.

<sup>144</sup> ICSID *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon*, ICSID ARB/81/2, Decisione del 21 ottobre 1983, 2 *ICSID Reports*, p. 9. Il Tribunale esercitò la propria competenza presumendo l'esistenza di un controllo straniero, in quanto Klöckner e i suoi partner europei detenevano il 51% del capitale sociale della controllata camerunense; in aggiunta a ciò, gli arbitri rilevarono che il consiglio d'amministrazione della società attrice includeva quasi esclusivamente personalità raccomandate dalla società madre

<sup>145</sup> MORELAND M.L., *Foreign Control and Agreement Under ICSID Article 25(2)(b): Standards for Claims Brought by Locally Organized Subsidiaries Against Host States*, in 9 *Currents International Trade Law Journal*, 2000, p. 18.

Nella giurisprudenza del Centro, poi, può evincersi una generale tendenza a riconoscere la propria competenza anche in ipotesi limite come nel caso del controllo straniero esercitato in via indiretta, cioè dalla controllante della società investitrice<sup>146</sup>. Questo ha comportato una notevole espansione della sua competenza: i Tribunali sono tenuti a porre in essere ogni sforzo nel tentativo di individuare tracce di un controllo straniero nella società nazionale, anche ripercorrendo a ritroso la catena di società controllate e controllanti, fino a giungere alla (eventuale) fonte straniera del controllo<sup>147</sup>.

## **8. La controversa definizione di investimento: i criteri per valutarne l'esistenza.**

Tra le questioni più dibattute, in conseguenza anche della mancanza di una sua descrizione sia nell'art. 25, nonché nella Convenzione di Washington nel suo complesso, rientra la *querelle* relativa alla definizione di investimento. Tale questione non riguarda squisitamente il sistema dell'ICSID ma abbraccia grossomodo tutti gli strumenti internazionali collegati. D'altronde, la possibilità di riconoscerne una definizione universalmente accettata è scoraggiata dai diversi obiettivi che i governi, di volta in volta, intendono perseguire con le obbligazioni convenzionali assunte.

Notevole è dunque lo sforzo richiesto ai giudici che al fine di determinare la competenza del Centro, devono verificare che l'investimento così determinato alla stregua del rapporto giuridico sottostante sia così qualificabile anche ai sensi della Convenzione.

---

<sup>146</sup>*Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decisione sulla giurisdizione del 1 agosto 1984: la parte attrice era direttamente controllata da Flexa una società panamense in mano per il 100% del capitale sociale ad azionisti belgi. Il Tribunale arbitrale ricorse alla nozione di controllo indiretto per riconoscere la propria competenza sulla controversia, poiché Panama non risultava – diversamente dal Belgio – fra i Paesi firmatari della Convenzione di Washington

<sup>147</sup> SCHREUER C., *Commentary on the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, 1997, p. 123.

Il primo progetto di Convenzione, redatto internamente alla Banca Mondiale, non prevedeva alcuna limitazione di quest'ordine alla giurisdizione del futuro Centro. Esso si limitava, infatti, a prevedere che avrebbero potuto essere sottoposte alla decisione dei tribunali ICSID *tulle le controversie tra Stati contraenti e investitori di nazionalità di altri Stati parte*<sup>148</sup>. Gli unici requisiti giurisdizionali erano la presenza del consenso delle Parti e una soglia minima di valore della controversia (avrebbe dovuto avere un valore di almeno 100,000 dollari). Nessun riferimento veniva fatto, pertanto, alla circostanza che le controversie dovessero riguardare investimenti.

Nelle successive versioni, con l'obiettivo di limitare l'ambito di applicazione della Convenzione, fu previsto che il Centro avrebbe potuto regolare *any existing or future investment dispute of a legal character*<sup>149</sup>. L'assenza di definizioni corrispondeva ad una scelta consapevole, in quanto *to include a more precise definition would tend to open the door to frequent disagreements as to the applicability of the Convention to a particular undertaking, thus undermining the primary objective* ovvero quello di favorire lo sviluppo economico degli Stati parte della Convenzione garantendo protezione agli investitori<sup>150</sup>, giungendo a prevedere, tutt'al più, che potesse qualificarsi come investimento *any contribution of money or other asset of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years*<sup>151</sup>.

La versione definitiva, invece, ha rappresentato il risultato di contrapposti interessi<sup>152</sup>, in cui l'anzidetta assenza di qualsivoglia di

---

<sup>148</sup> *Working Paper in the form of a Draft Convention* (5 giugno, 1962), in *History of the ICSID Convention*. cit, p. 19

<sup>149</sup> *Preliminary Draft of a Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, art. II, § 1 (15 ottobre 1963), in *History of the ICSID Convention*, cit, p. 202.

<sup>150</sup> *Ivi*, p. 204

<sup>151</sup> *Draft Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* (11 settembre 1964), in *History of the ICSID Convention*. cit, p. 623

<sup>152</sup> Con il *Consultative Meetings of Legal Experts* tenutisi ad Addis Abeba, Ginevra, Santiago e Bangkok), emerse con evidenza la differenza di posizioni tra Stati sviluppati e Stati in via di sviluppo. I primi, infatti, miravano ad estendere la protezione offerta dal Centro, ritenendo addirittura troppo restrittiva la previsione che le controversie dovessero avere natura giuridica. Al contrario, i delegati dei paesi in via di sviluppo miravano ad una definizione più precisa della giurisdizione *ratione materiae* del Centro.

definizione di investimento è la conseguenza del mancato raggiungimento di un accordo in merito<sup>153</sup>.

Si è preferito, quindi, valutare di caso in caso l'esistenza o meno di un investimento, lasciando tale attività all'opera interpretativa dei giudici, senza voler privare di confini tale definizione. Difatti, come è stato accuratamente osservato<sup>154</sup>, dallo studio dei lavori preparatori della Convenzione si evince che la mancanza di una puntuale definizione non rappresenta la volontà delle Parti contraenti di prevedere una disciplina disinteressata all'effettiva accezione del termine investimento, piuttosto, la mancanza di un accordo, a cui consegue, quindi, che i limiti non possano essere definiti aprioristicamente ma valutati nel caso concreto.

Una definizione terminologica eccessivamente puntuale, inoltre, avrebbe ridotto la flessibilità propria dello strumento arbitrale, rendendo assai difficoltoso per i futuri Tribunali adattarsi all'evoluzione del panorama economico e alle esigenze dei soggetti controvertenti.

L'unico elemento caratterizzante la nozione di investimento pacificamente riconosciuto è che l'attività economica abbia una certa durata, escludendo, quantomeno, semplici e singole attività di compravendita.

Quanto fin qui astrattamente ipotizzato, ritrova conferme dal *report* degli *executive director* della Banca Mondiale, i quali, hanno chiarito che *No attempt was made to define the term 'investment' given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4))*<sup>155</sup>.

Se lo spirito della convenzione è di delegare alle Parti interessate la definizione e la portata del termine investimento, non stupisce, dunque, che il trattato sugli investimenti assuma una primaria centralità anche nella determinazione della giurisdizione del Centro.

---

<sup>153</sup> MORTENSON J. D., *The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2010, p. 257 ss., a p. 285.

<sup>154</sup> MANCIAUX S., *The Notion of Investment: New Controversies*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2008, p. 443 ss., a p. 447.

<sup>155</sup> *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention*, in *1 ICSID Reports*, par. 27



Nonostante i BITs presentino una struttura grossomodo simile<sup>156</sup> la parte dell'accordo relativa alla definizione di investimento può essere ricondotta a due tecniche distinte. Una forma sintetica, che mira a descrivere l'attività dell'investitore in base alla sua caratteristica principale<sup>157</sup>, e che rappresenta la tecnica redazionale meno utilizzata<sup>158</sup>; e una formulazione elencativa, viceversa più frequente, costituita da una definizione iniziale molto ampia e generica, seguita poi da una lista di attività che possono, individualmente o in combinazione tra loro, costituire un investimento. Anche in ordine a tali elenchi è venuta a formarsi una certa prassi. Difatti, tali articoli, per quanto non sempre uniformi, solitamente prevedono le medesime categorie di diritti, come proprietà mobiliare o immobiliare, la partecipazione di un investitore alla gestione di un'impresa, il mero possesso di una certa quota di azioni e obbligazioni, nonché i diritti concessi agli investitori per mezzo di atti amministrativi o legislativi<sup>159</sup>.

Nella parte successiva dell'accordo, solitamente, viene poi specificato che l'anzidetta elencazione è esemplificativa (oppure non tassativa)

---

<sup>156</sup> *Infra*, p. 78

<sup>157</sup> POULAIN B., *L'investissement International: définition ou définitions?* in *Les Aspects Nouveaux du Droit des investissements internationaux*, a cura di P. KAHN & T. WÄLDE, Leiden Boston, 2007, p. 123 ss., a p. 134.

<sup>158</sup> Un esempio è rappresentato dal BIT tra la Svizzera e lo Zaire, secondo il quale *Aux termes de cet Accord, le mot "investissements" désigne des apports en espèces ou en nature faits par les ressortissants ou sociétés d'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre, conformément à la législation respective des parties contractantes, applicable aux investissements, en vue soit de constituer une capacité de production nouvelle de biens ou de services, soit de rationaliser des méthodes de production ou d'en améliorer la qualité*

<sup>159</sup> A titolo esemplificativo il model BIT italiano del 2003, dove all'art.1 definition, prevede che: For the purposes of this Agreement: 1. The term "investment" shall mean any kind of asset invested, before or after the entry into force of this Agreement, by a natural or legal person of a Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, in conformity with the laws and regulations of that Party, irrespective of the legal form chosen, as well as of the legal framework. Without limiting the generality of the foregoing, the term "investment" shall include in particular, but not exclusively: a) movable and immovable property and any ownership rights in rem, including real guarantee rights on a property of a third party, to the extent that it can be invested; b) shares, debentures, equity holdings and any other instruments of credit, as well as Government and public securities in general; c) credits for sums of money connected with an investment as well as reinvested incomes and capital gains or any service right having an economic value as integral part of an investment; d) copyright, commercial trademarks, patents, industrial designs and other intellectual and industrial property rights, know-how, trade secrets, trade names and goodwill; e) any economic right accruing by law or by contract and any licence and franchise granted in accordance with the provisions in force on economic activities, including the right to prospect for, extract and exploit natural resources; f) any increase in value of the original investment; g) any alteration of the legal form chosen for the investments shall not affect their classification as investments. Cfr. <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ITALY%202003%20Model%20BIT%20.pdf>

aumentando notevolmente la possibilità di riconoscere l'attività come investimento.<sup>160</sup>

Al fine del riconoscimento della giurisdizione del Centro, sono due gli approcci teorici che potrebbero essere presi in considerazione, soprattutto in riferimento al rapporto tra la definizione di investimento contenuta nel BIT e quella invece prevista nella Convenzione di Washington: uno soggettivo e uno oggettivo.

Con riferimento al primo, invero, si fonda sul presupposto che se uno Stato e un operatore privato si accordano nel sottoporre una determinata controversia all'ICSID, l'operazione oggetto di controversia deve essere considerata un investimento ai sensi della Convenzione di Washington. Sarebbe sufficiente, in altre parole, che l'attività sia qualificabile come investimento dal Trattato bilaterale.

Tale orientamento si muove dal presupposto che se uno Stato ha convenuto di proteggere in un BIT una determinata attività economica e che lo stesso trattato disponga che le controversie tra investitore e Stato riguardanti le medesime attività devono essere risolte attraverso l'arbitrato ICSID, è necessario interpretare il trattato sull'investimento come riflesso della volontà delle Parti che quell'attività costituisca un investimento anche ai sensi della Convenzione di Washington<sup>161</sup>. All'accettazione ad opera delle Parti della giurisdizione del Centro consegue che le stesse abbiano considerato le operazioni oggetto di controversia come un investimento ai sensi della Convenzione ICSID.

Per di più, un'interpretazione teleologica *ex art. 31 CV* dell'art. 25 Convenzione di Washington non condurrebbe a soluzioni diverse. In effetti, è stato osservato<sup>162</sup>, che i redattori della Convenzione non hanno imposto alcuna restrizione al significato di investimento e pertanto, tale concetto dovrebbe essere interpretato a grandi linee, facendo assumere all'elemento consensuale

---

<sup>160</sup> Oltre al model BIT italiano di cui alla nota precedente, per esempio: il modello francese, colombiano, indiano e in modo meno diretto quello statunitense.

<sup>161</sup> *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, sentenza arbitrale dell'8 novembre 2010.

<sup>162</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka As (CSOB) v. Slovakia*, ICSID Case No. ARB/97/4, ordinanza n. 2 del 9 settembre 1998

un ruolo centrale nella individuazione di quale tipo di attività costituisca un investimento.

Con riferimento all'orientamento oggettivo, invece, affinché possa parlarsi di investimento ai sensi della Convenzione di Washington, l'attività deve presentare alcuni elementi. È stato sostenuto, infatti, che sebbene la Convenzione non preveda nulla al riguardo, alcuni elementi comuni ai diversi investimenti possono essere comunque ricavati. Si fa riferimento, in particolare, a una determinata durata del progetto, una certa regolarità di guadagni, alla presenza di una percentuale di rischio a carico di entrambe le Parti e alla rilevanza dell'attività per lo Stato ospite<sup>163</sup>.

Un ruolo fondamentale nel processo di ricostruzione di una definizione di investimento - ovvero nella determinazione dei criteri oggetti la cui sussistenza è necessaria affinché si possa parlare di investimento - è da riconoscere al caso *Salini*<sup>164</sup>.

Invero, *Salini* si pone come punto di arrivo di una tendenza già avviatasi, mossa dall'auspicio di determinare le condizioni affinché l'attività potesse definirsi investimento. Le prime pronunce erano indirizzate soprattutto a determinare il rapporto tra il concetto di investimento previsto nel BIT e quello ai sensi dell'art. 25 della Convenzione di Washington<sup>165</sup>, ovvero a fornire le prime connotazioni essenziali per la sua sussistenza<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> SCHREUER C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A. e SINCLAIR A., *The ICSID Convention: A Commentary*, New York, II ed., 2009, p. 128

<sup>164</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, decisione sulla giurisdizione del 23 luglio 2001.

<sup>165</sup> *Fedax v. Venezuela*, ICSID Case n. ARB/96/3, in *Journal de droit international*, 1999, par. 29. Fu la prima volta che l'eccezione di incompetenza *ratione materiae* fu sollevata dallo Stato convenuto di fronte ad un tribunale arbitrale istituito nell'ambito dell'ICSID. Per verificare la sussistenza della giurisdizione del Centro i giudici devono compiere tre passaggi: verificare corrispondenza tra le operazioni dedotte e la nozione di investimento offerta dalla Convenzione ICSID; verificare conformità dell'operazione oggetto della controversia rispetto alla definizione del trattato bilaterale; e la verifica se nel caso concreto l'operazione oggetto della controversia assuma le caratteristiche oggettive e soggettive di un investimento così come riscontrate nella Convenzione di Washington e nel trattato bilaterale.

<sup>166</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka As (CSOB) v. Slovakia*, cit.par. 76. In primo luogo, osserva il tribunale arbitrale che “*under certain circumstances a loan may contribute substantially to a State's economic development*”. In secondo luogo, *while it is undisputed that CSOB's loan did not cause any funds to be moved or transferred from CSOB to the Slovak Collection Company in the territory of the Slovak Republic, a transaction can qualify as an investment even in the absence of a physical transfer of funds*.

Con il caso Salini, invece, il Tribunale procede ad un'elencazione dettagliata di quattro condizioni che devono coesistere affinché una data attività sia considerata come investimento: *contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...). In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.*

La verifica della sussistenza degli elementi previsti è definita *Salini test* e la successiva giurisprudenza si è caratterizzata per un notevole, ma non universale, riconoscimento<sup>167</sup>. Difatti, taluni elementi, con particolare riguardo al contributo per l'economia dello Stato ospitante, hanno avuto decise contestazioni<sup>168</sup>.

A ciò consegue - cioè a seguito delle differenti posizioni assunte in ordine all'effettiva portata della nozione di investimento - l'impossibilità affermare, sulla base della esperienza dell'ICSID, che sia stata accordata una definizione generale e universalmente accettata di investimento<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> Cfr., *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decisione sulla giurisdizione del 17 ottobre 2006, par. 77; *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decisione sull'annullamento del 1 novembre 2006, par 27; *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decisione sulla giurisdizione del 6 luglio 2007, par 116–117.

<sup>168</sup> Cfr. *L.E.S.I.-DIPENTA v. Algeria*, *cit.*, par. 13. *In cui si sostiene che il contributo allo sviluppo economico non è qualificabile come elemento distinto per la sussistenza di un investimento, in quanto esso sarebbe implicito negli altri tre criteri classici del Salini test.*

<sup>169</sup> SCHREUER C. H., MALINTOPPI L., REINISCH A. e SINCLAIR A., *The ICSID Convention: A Commentary*, op. cit, p. 128

## *Capitolo II*

### *La legge applicabile alle controversie internazionale sugli investimenti*

#### **1. Il principio di autonomia della Parti nella scelta della legge applicabile al contratto internazionale d'investimento**

Il contesto giuridico in cui si sostanzia il rapporto di investimento è significativamente condizionato dall'ordinamento dello Stato ospite dell'investimento. Le legislazioni degli *host States*, tuttavia, non sono solitamente sufficientemente strutturate per disciplinare la natura del progetto dell'investitore e per perseguire i contrattapposti obiettivi coinvolti. Gli aspetti legali di un investimento internazionale, pertanto, necessitano di essere puntualmente regolati attraverso un contratto di investimento.

In prima analisi, sarebbe opportuno stabilire l'esatto significato dell'*investment agreement*. Difatti, solo in rare occasioni i tribunali hanno definito i confini di tale accordo, tra l'altro in modo piuttosto superficiale.

Sicuramente, può essere definito tale soltanto un accordo tra uno Stato e un investitore straniero<sup>170</sup>, non anche un accordo in cui una delle parti sia una entità statale oppure una società locale costituita da un investitore straniero. Per evitare problemi interpretativi, in ordine alla qualificazione di un dato rapporto come investimento internazionale, gioca ovviamente un ruolo fondamentale il trattato bilaterale sugli investimenti che di volta in volta può fornire chiarimenti in merito all'essenzialità soggettiva della sua disciplina.

La presenza di un contratto, inoltre, riflette il potere negoziale delle Parti, tenendo conto delle circostanze del singolo progetto individuato. Non sorprende, dunque, la mancanza di schemi generali da applicare a qualsiasi

---

<sup>170</sup> Cfr. *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/04/19)

investimento. Invero, anche in settori individuati dell'economia, gli schemi contrattuali tipici hanno subito delle significative evoluzioni tenendo conto delle mutevoli circostanze che riguardavano gli interessi coinvolti.

Da parte dell'investitore, gli anzidetti interessi potrebbero essere ricondotti all'esigenza di assicurarsi una posizione competitiva nel settore, a una garanzia della stabilità del contratto e, ovviamente, ai fondamentali ritorni economici dell'investimento.

Da parte dello Stato ospitante precipuo interesse è riservato alle risorse economiche e all'acquisizione di tecnologia e *know how*. Nondimeno, ulteriori interessi dello Stato potrebbero riguardare l'aumento dell'impiego, e così come per la controparte, i guadagni: sia in forma di imposizione fiscale che come partecipazione all'utile.

Non è da escludere, tuttavia, che gli interessi dello Stato siano strettamente connessi alla contingenza, suscettibili, dunque, di subire un'inversione di priorità alla luce dei nuovi programmi di sviluppo, spesso collegati a un avvicendamento delle forze politiche che esprimono il governo, andando a minare la stabilità del contratto e creando le premesse per eventuali controversie.

Ulteriori aspetti, fonti di possibili dispute, sono rappresentati dalla non rinnovabilità di alcune risorse oggetto del contratto, dalle determinazioni di chi spetti il controllo del progetto e dalle regole alla base della ripartizione degli utili. Per quanto riguarda il primo aspetto, gli Stati, sono molto cauti nel convenire in un rapporto potenzialmente irreparabile. La lunga durata, tra i dieci e i venticinque anni, se da un lato è richiesta per giustificare un'attività ad alto rischio e ad alto costo, dall'altro, durante l'esecuzione del contratto, apre alla possibilità che una delle parti possa insistere per ottenere una rinegoziazione dei termini contrattuali.

Le questioni riguardanti il controllo del progetto e la ripartizione degli utili, invece, hanno subito significativamente l'evoluzione della disciplina, alla luce delle mutevoli esigenze degli Stati.

Sebbene la natura e il contenuto dei contratti di investimento variano considerevolmente da progetto a progetto, gli archetipi contrattuali, che hanno

trovato maggiore applicazione nel corso degli anni, presentano taluni elementi in comune<sup>171</sup>.

Nel settore *oil & gas*, per esempio, il contratto di investimento svolgeva un ruolo fondamentale nella disciplina dei rapporti tra Stato e investitore. Nel periodo antecedente il 1945 gli accordi che concedevano lo sfruttamento di tali risorse, prevedevano il trasferimento dei terreni in cui erano situate le riserve petrolifere. Tali accordi, definiti contratti di concessione, consentono all'investitore di sfruttare le risorse naturali o gestire servizi pubblici in cambio del pagamento di un corrispettivo. Il contratto, tuttavia, non prevedeva alcuna obbligazione di esplorazione e di produzione in capo all'investitore, con la conseguenza che questi non era in alcun modo vincolato a obiettivi in tema di sviluppo del territorio. Lo Stato ospite riceveva un bonus per la concessione e una *royalties* per ciascun barile effettivamente prodotto.

Successivamente, una seconda generazione di accordi, sviluppatasi tra gli anni 1960-1970, manifestavano chiaramente non solo l'intenzione degli Stati di controllare le proprie risorse ma anche l'aspirazione di sviluppare le competenze necessarie e le tecnologie all'interno del proprio territorio. Capitava di frequente che le imprese statali erano chiamate a concludere e supervisionare gli accordi con gli investitori stranieri. Talvolta, dunque, lo schema contrattuale utilizzato prevedeva la costituzione di una *joint venture* con una società dello Stato ospite<sup>172</sup>.

Le *joint ventures* consistono in una forma di collaborazione, consistente in un raggruppamento temporaneo di imprese che rinviene le proprie radici nel diritto anglosassone, quale modello superindividuale di organizzazione economica avanzata. Le imprese, infatti, associandosi tra loro per la realizzazione di un'operazione comune o di un importante affare, non raggiungibile dalle stesse singolarmente considerate, riescono ad accrescere i

---

<sup>171</sup> COTULA L., *Foreign investment contracts, in Strengthening Citizens' Oversight of Foreign Investment: Investment Law and Sustainable Development*, a cura di International Institute for Environment and Development (IIED), 2007, p. 1.

<sup>172</sup> Tale schema contrattuale è stato da ultimo utilizzato dal Gruppo Salini Impreglio SpA, con una quota del 40% mediante la controllata statunitense Lane, con Flatiron West per l'ampliamento di un'autostrada nello Stato di Washington. Cfr <https://www.italiaoggi.it/news/salini-impreglio-contratto-da-705-milioni-di-dollari-negli-usa-per-la-controllata-lane-201910310922256355>

propri livelli di redditività, incrementare la propria efficienza produttiva e acquisire altro spazio sul mercato limitandone e ripartendone i rischi<sup>173</sup>

Il rischio relativo alla ricerca di risorse, in questo schema contrattuale, è interamente in capo all'investitore straniero, il quale, partecipando alle attività fornendo servizi finanziari e tecnici (ad esempio, finanzia esplorazione, sviluppo e produzione), ha di contro la possibilità di recuperare l'investimento qualora le risorse fossero presenti. Tale tipologia di accordi venivano definiti, infatti, *product sharing* o *profits sharing agreements*, in quanto il ricavo derivante dalla commercializzazione delle risorse rinvenute era diviso tra lo Stato in cui le risorse erano presenti e l'investitore che si era accollato i costi e i rischi dell'esplorazione<sup>174</sup>.

La tendenza degli Stati, in ogni caso, era orientata sempre più a limitare – gradualmente - la partecipazione degli investitori stranieri a ruoli tecnici e di servizi<sup>175</sup>.

La struttura a cui solitamente si ispiravano i rapporti tra Stato e investitore, infatti, si è evoluta dal concetto “*Build, operate and own*” (BOO) in cui l'investitore, per garantire l'esecuzione del progetto provvedeva alla realizzazione delle infrastrutture, mantenendo la gran parte dei rischi ma anche dei benefici, in “*Build, operate and transfer*” (BOT). L'investitore cioè, dopo aver realizzato l'infrastruttura, come aeroporti, porti, dighe, centrali elettriche e di approvvigionamento idrico, la gestisce e la mantiene per un periodo di tempo concordato (che di solito è piuttosto lungo, ad es. 50 anni), con la possibilità, durante tale periodo, di prevedere pedaggi, commissioni e altri oneri per l'utilizzo dell'infrastruttura stessa. Alla fine del periodo concordato, l'investitore trasferisce la titolarità del progetto allo Stato ospite che, nel frattempo, ha sviluppato competenze e tecnologie per intraprendere le attività.

Oltre alla previsione di diritti, compiti, rischi e responsabilità, i contratti di investimento dovevano stabilire le regole di base su cui le Parti devono convenire. Tra queste regole rientrano sicuramente l'indicazione dell'Autorità

---

<sup>173</sup> Consiglio di Stato, Sez. V Sentenza del 12/10/2011, n. 5514

<sup>174</sup> COTULA L., *Foreign investment contracts*, op. cit., p. 1

<sup>175</sup> DOLZER R. and SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 80



chiamata a risolvere le controversie che avrebbero potuto verificarsi e la legge applicabile al loro rapporto.

Le anzidette questioni sono spesso considerate come gli aspetti giuridici maggiormente delicati in un contratto di investimento. La scelta del proprio ordinamento e delle proprie autorità giurisdizionali per lo Stato favorisce indubbiamente l'integrità della sua sovranità. D'altro canto, l'investitore ha come priorità porre in essere il proprio investimento in un ambiente scevro da possibili influenze politiche e dunque orientare la propria scelta verso un ordinamento che gli garantisca stabilità e sicurezza.

Una disciplina maggiormente tipizzata si applicherebbe invece qualora una controversia rientrasse nella giurisdizione del Centro internazionale per la Risoluzione delle controversie. L'art. 42 della Convenzione di Washington, infatti, dispone che *1. The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable. 2. The Tribunal may not bring in a Finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law. 3. The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute ex aequo et bono if the parties so agree.*<sup>176</sup>

Primario rilievo, si rileva agevolmente, viene riservato alla fonte negoziale alla base del rapporto giuridico tra lo Stato ospite e l'investitore.

Da quanto ivi previsto è possibile distinguere il caso in cui la legge applicabile alla controversia sia stata convenzionalmente stabilita dalla Parti dal caso in cui, invece, l'accordo non disponga nulla al riguardo.

Simile previsione si discosta da altre convenzioni internazionali che indicano, quale diritto applicabile, unicamente norme di diritto internazionale. Facciamo riferimento, per esempio, al Capitolo 11, Sezione B del NAFTA<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Convenzione di Washington 1965 art. 42.

<sup>177</sup> *North American Free Trade Agreement*, entrato in vigore il 1 gennaio 1994 fra Stati Uniti, Canada e Messico. Capitolo 11, Sezione B Article 1131: *Governing Law - I. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.*

in cui si indica espressamente che la soluzione delle controversie fra Stato e investitore relative all'Accordo di libero commercio abbia luogo applicando unicamente le norme di diritto internazionale; ovvero, con una disposizione analoga, la stessa disciplina è prevista dalla *Energy Charter Treaty*<sup>178</sup>.

---

2. *An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section.*

<sup>178</sup> Articolo 26 – Soluzione delle controversie tra un investitore e una parte contraente

1. Le controversie tra una Parte contraente riguardanti la presunta violazione di un obbligo posto a suo carico a norma della parte III e un investitore di un'altra Parte contraente, in relazione a un suo investimento nell'area della prima sono da risolvere ove possibile in via amichevole.

2. Ove tali controversie non possano risolversi secondo le disposizioni del paragrafo 1 entro il termine di tre mesi dalla data in cui una delle Parti della controversia abbia richiesto la soluzione amichevole, l'investitore interessato, può scegliere di sottoporre la controversia per essere decisa: a) alle corti o ai tribunali amministrativi della Parte contraente parte della controversia<sup>43</sup>; b) in conformità a qualsiasi procedura applicabile di soluzione di controversie concordata in precedenza; o c) in conformità dei seguenti paragrafi del presente articolo.

3. a) Fatto salvo unicamente il disposto delle lettere b) e c), ciascuna Parte contraente presta il proprio consumo incondizionato a sottoporre una controversia all'arbitrato o alla conciliazione internazionale in conformità alle disposizioni del presente articolo. b) i) Le Parti contraenti elencate nell'allegato ID non prestano il loro consenso incondizionato ove l'investitore abbia in precedenza sottoposto la controversia in conformità al paragrafo 2, lettere a) o b). ii) A fini della trasparenza, ciascuna Parte contraente elencata nell'allegato ID invia al Segretariato una comunicazione scritta sulle proprie politiche, prassi e condizioni in materia, non oltre la data di deposito del suo strumento di ratifica, accettazione o approvazione, in conformità dell'articolo 39 o del deposito del suo strumento di adesione, in conformità dell'articolo 41. c) Una Parte contraente elencata nell'allegato IA non presta il proprio consenso incondizionato rispetto ad una controversia sorta in merito all'ultima frase dell'articolo 10, paragrafo 1.

4. Qualora un investitore scelga di sottoporre la controversia per soluzione ai sensi del paragrafo 2, lettera c), deve anche notificare per iscritto il proprio consenso a che la controversia sia sottoposta a: a) i) il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti (International Centre for Settlement of Investment Disputes), istituito conformemente alla Convenzione per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e soggetti di altri Stati, aperta alla firma a Washington il 18 marzo 1965 (in appresso denominata "Convenzione ICSID"), se la Parte contraente dell'investitore e la Parte contraente parte della controversia sono entrambe parti della Convenzione ICSID; o ii) il Centro internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti, istituito conformemente alla Convenzione di cui alla lettera a), punto i) in conformità del regolamento che disciplina il Servizio aggiuntivo per la gestione dei procedimenti da parte del Segretariato del Centro, in appresso designato "Regolamento del Servizio aggiuntivo", se la Parte contraente dell'investitore o la Parte contraente parte della controversia, ma non entrambe, è parte della Convenzione ICSID; b) un unico arbitro o un tribunale arbitrale ad hoc, costituito in conformità del regolamento arbitrale della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale, (in appresso denominata "UNCITRAL"); o c) un procedimento arbitrale da parte dell'Istituto di arbitrato della Camera di commercio di Stoccolma.

5. a) Per il consenso di cui al paragrafo 3, unitamente al consenso dell'investitore espresso per iscritto ai sensi del paragrafo 4, si considera ricorrere il requisito riguardante: i) il consenso per iscritto delle parti di una controversia ai fini del capitolo II della Convenzione ICSID e del Regolamento del Servizio aggiuntivo; e ii) un "accordo per iscritto" ai fini dell'articolo II della Convenzione delle Nazioni Unite per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere. New York, 10 giugno 1958, in appresso designata "Convenzione di New York". iii) "l'accordo scritto delle parti di un contratto" ai fini dell'articolo 1 del regolamento arbitrale UNCITRAL. b) Qualsiasi arbitrato ai sensi del presente articolo ha luogo, su richiesta di qualsiasi parte della controversia, in uno Stato che è parte delle Convenzioni di New York. Le pretese sottoposte ad arbitrato si considerano sorte da un rapporto o un'operazione commerciale ai fini dell'articolo I di tale Convenzione.

Sembra plausibile, alla luce della citata autonomia, che l'accordo fra le Parti potrebbe indicare come unico diritto applicabile quello nazionale. In questa ipotesi, dunque, non dovrebbero trovare spazio le norme di diritto internazionale. Invero, nonostante la dottrina ritenga che l'applicazione del diritto sovrastatale senza un'apposita previsione contrattuale sia in contrasto con la volontà delle Parti, la prassi dei Tribunali ICSID indica che il diritto internazionale occupa un ruolo indispensabile nell'arbitrato, anche qualora esso non sia incluso nell'accordo.

Una totale esclusione dell'applicazione della normativa internazionale comporterebbe che i tribunali dovrebbero legittimare qualunque comportamento statale, anche il più scellerato, purché conforme con la propria legge nazionale, privando dunque gli investitori di quelle garanzie minime previste dal complesso del diritto internazionale.

Per tali ragioni, seppure non sia stato richiamato direttamente per risolvere la controversia – a causa della scelta esclusiva della legge dello Stato ospite – e nonostante siffatta attività non fosse richiesta dalla Convenzione ICSID, il diritto internazionale è stato utilizzato come parametro di valutazione della validità delle norme nazionali rispetto, appunto, i principi generali dell'ordinamento internazionale<sup>179</sup>. Solo a seguito del giudizio positivo viene poi concretamente valutato l'atto statale degli interessi dell'investitore e la questione relativa al risarcimento del danno.

---

6. Un tribunale istituito in virtù del paragrafo 4 decide sulle questioni oggetto di controversia in conformità del presente Trattato e delle norme e di principi applicabili del diritto internazionale.

7. Un investitore diverso da una persona fisica avente la nazionalità di una Parte contraente parte della controversia alla data del consenso per iscritto di cui al paragrafo 4 e che, prima dell'insorgere di una controversia tra esso e detta Parte contraente, è controllato da investitori di un'altra Parte contraente, è considerato, ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 2, lettera b) della Convenzione ICSID, come un "cittadino di un altro Stato contraente" e ai fini dell'articolo 1, paragrafo 6 del Regolamento del Servizio aggiuntivo, è considerato un "cittadino di un altro Stato".

8. Il lodo arbitrale, che può comprendere una liquidazione di interessi, è inappellabile e vincolante per le Parti della controversia. Un lodo arbitrale riguardante una misura di un'autorità o ente territoriale della Parte contraente parte della controversia stabilisce che la Parte contraente possa pagare il risarcimento in moneta in luogo di qualsiasi altro rimedio (remedy) concesso. Ciascuna Parte contraente provvede senza indugio alla sua esecuzione e adotta disposizioni per rendere esecutivo detto lodo arbitrale nella propria area.

<sup>179</sup> Cfr. ICSID *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Decisione del 31 marzo 1986, 2 *ICSID Reports*, p. 346.

Il ricorso all'ordinamento internazionale è stato giustificato anche al fine dell'assolvimento di una funzione integrativa. È stato sostenuto che, anche in presenza di scelta della legge dello Stato ospite, deve essere ritenuto applicabile accanto a quest'ultimo in quanto la scelta - sia essa implicita o esplicita - non è di per sé sufficiente a escludere la sua applicazione, poiché, la gran parte dei diritti statali non possono essere definiti completi o esaustivi. La mancanza di completezza è equiparata all'ipotesi prevista all'art. 42 par. 1, dunque, all'assenza di un accordo tra le Parti<sup>180</sup>, giacché il ricorso alle *rules of international law* diverrebbe necessario.

Invero, il problema non dovrebbe sussistere per quelli Stati le cui Costituzioni già richiamano le norme di diritto internazionale. In tale evenienza, difatti, l'ordinamento internazionale farebbe parte dell'ordinamento domestico per opera di talune previsioni interne che recepiscono le fonti internazionali.

Segeuendo tale ragionamento, dovrebbe ridimensionarsi la questione relativa alla gerarchia delle fonti in caso di duplice richiamo - sia all'ordinamento interno che a quello internazionale - nel contratto di investimento. La questione è stata evidenziata qualora le due fonti prevedessero una disciplina incompatibile per cui il giudice avrebbe dovuto decidere quale delle due fonti applicare. In realtà, l'*impasse* è risolto dallo stesso ordinamento domestico, il quale riconosce una determinata posizione delle norme internazionale nella sua gerarchia delle fonti. La questione da affrontare riguarderebbe, piuttosto, il potere del Tribunale, e i suoi confini, laddove una norma dell'ordinamento scelto dalle Parti confliggesse con una regola di diritto internazionale.

In questo caso occorrerebbe valutare se al Tribunale adito potrebbero riconoscersi i poteri spettanti al giudice nazionale dell'ordinamento scelto dalle Parti come regolatore del loro sinallagma. La questione, andrebbe affrontata, quindi, seguendo le regole generali del diritto internazionale privato.

---

<sup>180</sup> Cfr. ICSID *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decisione del 20 maggio 1992, par. 80.

Si sostiene<sup>181</sup>, a tal riguardo, che laddove un giudice sia chiamato a risolvere una controversia, applicando l'ordinamento di un altro Stato, detto richiamo non dovrebbe esaurirsi alle disposizioni strettamente riguardanti la risoluzione di quella determinata questione ma all'intero ordinamento, verificando altresì la compatibilità di dette norme con la rispettiva *grundnorm* e con le previsioni internazionali.

Tuttavia, a conclusioni differenti è giunta la CGUE, la quale, nel negare la qualifica di autorità giurisdizionale di una Corte arbitrale, designata in un BIT tra due Stati membri dell'UE, non ha riconosciuto a quest'ultima la possibilità di operare il rinvio pregiudiziale, non permettendole, di fatto, di applicare il diritto dell'UE<sup>182</sup>

Oltre al rinvio agli ordinamenti nazionali, le Parti, alla luce della citata autonomia, potrebbero far ricorso a un ordinamento non-statale. Non si esclude, infatti, pur riconoscendo significativi problemi in ordine all'interpretazione<sup>183</sup>, il rinvio ai principi generali del diritto ovvero agli usi del commercio.

L'espressione usi del commercio richiama una particolare tipologia di norme giuridiche, la c.d. *lex mercatoria* cioè un insieme di norme, nate in modo spontaneo tra gli operatori del commercio internazionale. Tali norme, costituite da principi generali del diritto, pratiche contrattuali diffuse e usi del commercio, è andato gradualmente ad affermarsi come possibile fonte autonoma di disciplina dei contratti internazionali, in alternativa alle legislazioni nazionali.

---

<sup>181</sup> Cfr a tal riguardo BALLARINO T., Diritto internazionale privato, Padova, 2016

<sup>182</sup> CGUE, Causa C284/16 *Slowakische Republik* contro *Achmea BV*, par. 33: "Ne deriva che, per entrambe tali ragioni, il collegio arbitrale di cui all'articolo 8 del TBI è, se del caso, chiamato ad interpretare o ad applicare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni concernenti le libertà fondamentali, tra cui la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali. Occorre, di conseguenza, verificare, in secondo luogo, se un collegio arbitrale come quello di cui all'articolo 8 del TBI rientri nel sistema giurisdizionale dell'Unione e, in particolare, se esso possa essere considerato come una giurisdizione di uno degli Stati membri ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Orbene, nel procedimento principale, il collegio arbitrale non costituisce un elemento del sistema giurisdizionale stabilito nei Paesi Bassi e in Slovacchia. D'altronde, è proprio il carattere derogatorio della giurisdizione di tale collegio, rispetto a quella dei giudici di questi due Stati membri, che costituisce una delle principali ragioni d'essere dell'articolo 8 del TBI. Tale caratteristica del collegio arbitrale di cui al procedimento principale comporta che esso non può, in ogni caso, essere qualificato come giurisdizione «di uno degli Stati membri», ai sensi dell'articolo 267 TFUE."

<sup>183</sup> DOLZER R. and SCHREUER C., op. cit., p. 81

La scelta di tale fonte permette il superamento degli ostacoli costituiti dalle diversità dei vari ordinamenti nazionali, applicando una disciplina definibile grossomodo uniforme, in quanto creata non già dagli organi legislativi ma dagli stessi operatori, senza tenere conto delle diverse provenienze statali.

Tant'è che secondo una teoria affermatasi a partire dagli anni 1960<sup>184</sup>, la *lex mercatoria* potrebbe costituire un autonomo sistema giuridico sovranazionale, distinto ed autonomo dai diritti statali, applicabile direttamente ai contratti del commercio internazionale in luogo delle disposizioni dei diritti nazionali.<sup>185</sup>

Non manca, inoltre, chi, nel definire la *lex mercatoria*, “*quale diritto transnazionale delle transazioni economiche*” audacemente la premia come “*il più riuscito esempio di diritto globale senza Stato*”<sup>186</sup>.

Un'apertura in tal senso è stata confermata anche dalla giurisprudenza arbitrale, la quale manifesta la probabile tendenza ad applicare un diritto non solo nelle sue fonti classiche, bensì anche in riferimento a quel corpo di regole e principi transnazionali elaborati nell'ambito della contrattualistica internazionale.

In un noto caso<sup>187</sup>, infatti, la Corte, nell'affrontare una questione preliminare, incidente sulla ricevibilità del ricorso, tratteggia un generale quadro di riferimento normativo, che non viene, almeno espressamente, ricondotto ad alcun sistema giuridico. Gli arbitri, piuttosto, invocano in termini categorici l'evidente necessità di applicare due principi, alla stregua dei quali: 1) non è possibile che instauri un arbitrato, destinato a decidere in ordine a prestazioni contrattuali, chi non è parte del contratto invocato; 2) la sostituzione in un contratto di una parte con un'altra necessita del consenso

---

<sup>184</sup> La Corte di Cassazione già a partire dagli anni '80 ha definito la *lex mercatoria* come un *insieme di regole osservate con convinzione di cogenza dai suddetti operatori, a prescindere dal vincolo della loro appartenenza ad uno Stato e dall'ubicazione della loro attività in uno Stato*. Cass. civ., 08/02/1982, n. 722

<sup>185</sup> BORTOLOTTI F., *Il contratto internazionale*, Milano, 2017, p. 37

<sup>186</sup> TEUBNER G., *La Bukovina globale, il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in *Sociologia e politica sociale*, n. 2, 1999, pp. 3-28

<sup>187</sup> *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case No. ARB/03/08

della controparte. Tali principi vengono riconosciuti come *concezioni giuridiche generalmente ammesse*<sup>188</sup>. Il riferimento alla *lex mercatoria* può desumersi, oltre che dalla anzidetta espressione, anche dalle finalità che appaiono dalla pronuncia richiamata. Le motivazioni del Tribunale sono ancorate a una logica che permea tutto il diritto del commercio internazionale, cioè la necessità di individuare tanto strumenti utili a garantire relazioni economiche certe e stabili, grazie ad un sufficiente grado di prevedibilità giuridica, quanto regole di interpretazione delle vicende contrattuali improntate a principi di trasparenza, affidamento e correttezza<sup>189</sup>.

Il possibile riferimento alla *lex mercatoria* non è privo di difetti: essendo scevro da qualunque tipologia di intervento centralizzato la conseguenza è che talvolta potrebbero essere obiettivamente pregiudicate la sua certezza e la sua prevedibilità.

Tuttavia, si è cercato di risolvere questo problema sia predisponendo il contratto di clausole estremamente dettagliate ma anche integrandolo facendo rinvio ai Principi Unidroit<sup>190</sup>.

Tale fonte consiste in una raccolta di principi comuni tra i principali ordinamenti nazionali esistenti e conformi alle particolari esigenze dei contratti commerciali internazionali. Con i Principi Unidroit vengono affrontate le principali questioni relative ai contratti internazionali.

Come per la *lex mercatoria*, hanno come principale pregio di adattarsi alle esigenze del commercio internazionale. Difatti, un contratto ben strutturato e con un rinvio residuale ai principi *de qua* si caratterizzerebbe, sicuramente, per la sua neutralità, che si tradurrebbe a sua volta, in una rara abilità di adattamento alle esigenze di operatori commerciali differenti e appartenenti a diverse realtà giuridiche.

---

<sup>188</sup> *ibidem*, par. 39, n. IV

<sup>189</sup> SAVARESE E, La legge applicabile alla questione preliminare della legittimazione ad agire in una recente pronuncia arbitrale ICSID, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, 1, p. 59

<sup>190</sup> Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (in lingua francese: *Institut international pour l'unification du droit privé*, da cui l'acronimo), è un'organizzazione internazionale che persegue l'armonizzazione del diritto internazionale privato e conta 63 Stati membri. Tra i suoi progetti vi è la produzione di bozze di trattati internazionali e di leggi.

Nonostante i Principi Unidroit siano stati predisposti come norme contrattuali, destinate a diventare parte del contratto, poiché incorporate nello stesso, a seguito di un espresso richiamo, questi possono subentrare nel regolamento contrattuale come una vera e propria legge<sup>191</sup>.

Il richiamo a tali principi, tuttavia, non può divenire un *escamotage* per evitare l'applicazione di norme imperative. Infatti, anche in questa raccolta si distinguono alcune norme imperative prevalenti sulle parti del contratto confliggenti, qualora, i Principi Unidroit, siano stati chiamati come legge regolatrice del rapporto.

Nel diverso caso in cui invece, siffatti principi costituiscano meramente delle clausole, non si potrebbe parlare più di prevalenza in quanto avrebbero la stessa forza delle altre clausole contrattuali.

Nel preambolo di questi Principi, tuttavia, non si perde l'occasione di prevedere che, l'ipotesi ordinaria, sia il richiamo generale delle Parti nel loro accordo. La versione del 2010, per esempio, prevedeva anche una clausola-tipo: "*Il presente contratto è regolato dai Principi Unidroit ad eccezione degli articoli [...]*".

Tuttavia, nonostante non sia pacifico che tutti i Principi Unidroit rientrino all'interno della *lex mercatoria*, si è sostenuto in giurisprudenza che una loro applicazione potrebbe discendere anche quando proprio la *lex mercatoria* venga scelta come regolatrice del contratto. Si è fatto leva, più precisamente, sulla volontà delle parti di non volere assoggettare il loro accordo a una legge nazionale, ma a norme e principi generale che, "*though not necessarily enshrined in any specific national legal system, are specially adapted to the needs of international transaction like the Contracts and enjoy wide internal consensus*"<sup>192</sup>.

Sulla base di motivazioni in parte differenti in ogni caso, in altre procedure gli arbitri sono giunti all'applicazione dei Principi *de quo* sebbene

---

<sup>191</sup> BORTOLOTTI F., Il contratto internazionale, op. cit., p. 73.

<sup>192</sup> CCI 7110 del 1998, in ICC ICA Bull. 1999/2, p. 40



non espressamente richiamati. Sono stati qualificati, per esempio, come usi del commercio internazionale<sup>193</sup> o come la più recente codificazione di tali usi<sup>194</sup>.

Il richiamo ai principi Unidroit non è però privo di inconvenienti. Difatti, compito della Commissione Unidroit non è semplicemente quello di recepire le disposizioni comuni dei diversi ordinamenti in ambito contrattuale al fine di trarne dei principi generali applicabili a ogni fattispecie contrattuale (internazionale), ma altresì quello di evolvere il diritto contrattuale cercando di prevedere delle disposizioni idonee a garantire la parità delle Parti e una corretta ed equa esecuzione dello stesso.

Questi propositi, talvolta, potrebbero pregiudicare l'affidabilità dell'accordo stesso.

Specifiche disposizioni riguardano la forza maggiore, la buona fede e il cambiamento delle circostanze. Particolarmente delicata è la questione relativa al comportamento delle Parti in caso di cambiamenti politici o degli equilibri economici nello Stato ospite.

Esistono, invero, clausole dei Principi Unidroit la cui conoscenza è indispensabile per poter procedere a un loro sereno rinvio. Facciamo riferimento alle clausole a sorpresa, alle clausole relative all'eccessivo squilibrio e a quelle di *hardship*.

Partendo dalle prime, le clausole a sorpresa<sup>195</sup>, hanno come finalità privare di effetto una disposizione contenuta in una clausola standard che abbia degli effetti che l'altra parte non avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi. Esiste naturalmente un limite, previsto dallo stesso articolo: per far sì che operi questa previsione è necessario che la clausola che si intende privare di effetto non sia stata espressamente accettata da colui che ne invoca l'illegittimità.

Interessante è altresì il contenuto dell'articolo 3.2.7 in tema di eccessivo squilibrio<sup>196</sup>. Il vantaggio in favore della controparte non deve essere soltanto

---

<sup>193</sup> CCI 9479 del 1999, in ICC ICA Bull. 2001/2, p. 67

<sup>194</sup> CCI 10022 del 1999, in ICC ICA Bull. 2001/2, p. 100

<sup>195</sup> Art. 2.1.20: (1) No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party. (2) In determining whether a term is of such a character regard shall be had to its content, language and presentation

<sup>196</sup> Art. 3.2.7: (1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive

eccessivo ma anche ingiustificato, ponendo in questo modo un limite all'applicazione di questa norma. Ciononostante, la disposizione in oggetto, potrebbe avere una portata dirompente sul *principio pacta sunt servanda*. Infatti, l'eccessivo squilibrio può essere applicato non soltanto in relazione a situazioni in cui una parte abbia ottenuto un vantaggio dallo stato di difficoltà o di dipendenza dell'altra<sup>197</sup> ma, anche, in caso di “*imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare*”. Soprattutto questi ultimi casi potrebbero essere invocati in modo pretestuoso per non adempiere a quanto concordato.

Infine, la clausola di *hardship*<sup>198</sup> si può invocare allorché a seguito di eventi non previsti dalle parti, muti sostanzialmente l'equilibrio economico del contratto e l'esecuzione diventi eccessivamente onerosa per una di esse. La Parte che subisce tali effetti<sup>199</sup> può chiedere la rinegoziazione del contratto e laddove non si riesca a raggiungere un accordo con la controparte, la stessa potrà chiedere all'arbitro la risoluzione del contratto ovvero l'adeguamento alla luce delle nuove circostanze.

---

advantage. Regard is to be had, among other factors, to (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and (b) the nature and purpose of the contract. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing. (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance on it.

Article 3.2.10(2) applies accordingly.

<sup>197</sup> Previsioni di questo tipo, d'altronde, si possono rinvenire anche negli ordinamenti statali, per esempio in quello italiano all'art 1447 cc: Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale (1) di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata. Il giudice nel pronunciare la rescissione può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata.

<sup>198</sup> Art. 6.2.1: Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

<sup>199</sup> Art. 6.2.2: There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

Queste previsioni rappresentano, come accennato, dei tentativi di evoluzione della disciplina della contrattualistica internazionale, svolgendo un ruolo di contrappeso al principio *pacta sunt servanda*. Difficilmente però gli operatori del commercio internazionale sono disposti ad accettare tali previsioni, operando, solitamente, il rinvio ai principi Unidroit come legge regolatrice del contratto, precisando l'esclusione dell'applicazione delle disposizioni *de quo*.

## **2. L'applicazione del diritto internazionale nella soluzione delle controversie sugli investimenti**

Alla luce delle suesposte considerazioni, l'ampia autonomia della Parti permetterebbe anche un esclusivo riferimento al diritto internazionale quale normativa applicabile. A tale scelta potrebbero seguire tutta una serie di problematiche derivanti dalla presenza di lacune e incertezze della normativa internazionale, obiettivamente sprovvista di quel livello di dettaglio tecnico tipico delle normative interne nazionali. Da ciò deriva che, solitamente, una combinazione delle fonti, con l'indicazione di una legge nazionale per una regolamentazione puntuale dell'investimento e la normativa internazionale di tutela dell'investitore straniero, sia la soluzione più adottata dalle Parti.

D'altrode, questa impostazione è conforme con la disciplina residuale prevista dalla seconda parte del paragrafo 1 dell'Articolo 42 della Convenzione di Washington, nonché con la giurisprudenza arbitrale, infatti, nel noto caso *Agip v. Repubblica Popolare del Congo*,<sup>200</sup> è stato sottolineato che il diritto internazionale serva “*either to fill a lacuna in Congolese law, or to make any necessary additions to it*” pur prevedendo, l'accordo, che la legge regolatrice fosse “*The law of the Congo, supplemented if need be by any principles of*

---

<sup>200</sup> Cfr. ICSID *AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Decisione del 30 novembre del 1979, par. 83

*international law, will be applicable*”, quindi sicuramente lasciando un margine all’applicazione dello *ius gentium*.

La procedura per la soluzione delle controversie nell’arbitrato ICSID contempla un’apertura all’applicazione di tutte le “*rules of international law*” elencate all’Articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia<sup>201</sup>, compreso il diritto consuetudinario, i principi generali di diritto e gli atti di *soft law*.

Sicuramente, particolare attenzione deve essere rivolta ai *Bilateral Investment Treaties* (BITs) in quanto il meccanismo di risoluzione delle controversie progettato dalla Convenzione di Washington rientra negli schemi dell’arbitrato *treaty-based*, conclusi fra lo Stato ospite e lo Stato nazionale dell’investitore.

Sicuramente la politica degli ordinamenti nazionali in tema di investimenti assume un ruolo fondamentale per incentivare o scoraggiare investitori stranieri. Infatti, come in precedenza accennato, è l’ordinamento dello Stato ospite (coadiuvato dall’ordinamento internazionale) a regolare il rapporto tra Stato e investitore, anche laddove le Parti abbiano omesso di manifestare espressamente la loro “scelta”.

Quindi le scelte legislative possono porsi in posizione neutrale rispetto ai flussi di investimenti, favorire gli stessi attraverso la previsione di particolari benefici o esenzioni, ovvero ostacolarli mediante, per esempio, la richiesta di particolari autorizzazioni da parte di Agenzie Statali.

Discorso a parte meritano invece specifici settori dell’economia, percepiti come sensibili (come per esempio telecomunicazioni, trasporti, energia) in cui gli Stati – in modo particolare i Paesi in via di sviluppo – non

---

<sup>201</sup> Art. 38: 1. La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica:

a. le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite;

b. la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto;

c. i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili;

d. con riserva della disposizione dell’articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche.

2. La presente disposizione non pregiudica la facoltà della Corte di statuire *ex aequo et bono* se le parti vi consentono.

consentono agli investitori stranieri di accedervi. Il motivo risiede nel timore che un'eventuale eccessiva accoglienza in questi settori, comunemente definiti “*strategici*”, rischierebbe di pregiudicare la sovranità dello Stato condizionandolo nelle scelte legislative e nei rapporti internazionali con gli altri stati di provenienza degli investitori.

L'ordinamento nazionale dello Stato ospite assume rilevanza anche se non è applicabile direttamente per la soluzione della controversia. Assume importanza, per esempio, per la soluzione di eventuali questioni pregiudiziali dalle quali solo successivamente si determina il verificarsi o meno di una violazione rilevante ai fini della controversia sull'investimento.

Per esempio, in un caso piuttosto recente<sup>202</sup>, l'investitore attivò la procedura arbitrale ICSID per una presunta violazione dell'*Energy Charter Treaty* da parte dello Stato ospite. Tale trattato indica, come abbiamo già avuto modo di evidenziare<sup>203</sup>, come legge applicabile esclusivamente le norme della stessa Convenzione, unitamente ai principi di diritto internazionale, senza alcun accenno alla normativa interna. Ciononostante, il Tribunale ha dichiarato di dover fare riferimento al diritto nazionale per verificare se l'investitore godesse ancora, al momento dell'espropriazione, della titolarità dei beni espropriati, in quanto ceduti in precedenza a terzi<sup>204</sup>.

In una situazione simile gli arbitri, ancor prima di valutare la condotta espropriativa dello Stato, alla luce della compatibilità con le norme del BIT, sarebbero tenuti a risolvere la questione pregiudiziale in merito alla proprietà del bene oggetto di espropriazione, applicando necessariamente la legislazione nazionale dello Stato ospite circa i diritti reali e alla compravendita.

---

<sup>202</sup> Cfr. ICSID *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decisione del 2 settembre 2011

<sup>203</sup> *Supra*, p. 64

<sup>204</sup> *Ibidem* par. 112 – 113: “[...] *It is common ground between the Parties that Turkish law applies to the issue of whether (and when) Libananco acquired the shares in question and thus had an ‘Investment’ under Article 26(1) of the ECT and Article 25(1) of the ICSID Convention. In interpreting the provisions of the ECT and the ICSID Convention, the Tribunal has considered previous ICSID decisions and awards relied on by the Parties. Accordingly, in this Award, the Tribunal will apply the provisions of the ECT and the ICSID Convention. The Tribunal will also apply Turkish law (evidence of which has been given by both Parties) to determine whether there has been a valid transfer of the shares in question to Libananco as this is a question of domestic law*”.

Vi è di più. Anche la legge nazionale dell'investitore potrebbe trovare applicazione ai fini della soluzione di questioni, seppure preliminari, ma incidenti sul riconoscimento della giurisdizione del tribunale internazionale.

Si fa riferimento a un caso in cui si valutava la legittimazione ad agire di un consorzio costituito dalle due società italiane sottoscrittrici del contratto di investimento. I giudici, in sintesi, hanno ritenuto che come per la cittadinanza o l'appartenenza giuridica di un ente, la determinazione dei requisiti e delle condizioni di sussistenza avviene conformemente all'ordinamento interno rispetto al quale vengano vantate la cittadinanza o la provenienza<sup>205</sup>. Dalla motivazione, si potrebbe desumere, che l'applicabilità dell'ordinamento statale dell'investitore non è un'ipotesi eccezionale. I giudici, difatti, sono giunti all'individuazione della legge statale del ricorrente come regolatrice del regime giuridico delle persone giuridiche non applicando la disciplina sui conflitti di legge di quello stesso ordinamento, ma, trattandosi di una Corte arbitrale - giocoforza priva di una *lex fori* – applicando una regola di conflitto di carattere transnazionale e, dunque, non ricavata da un sistema statale di diritto internazionale privato. Si tratterebbe, in altre parole, di una regola di conflitto generalmente accolta nei diversi sistemi di diritto internazionale privato, in base alla quale la determinazione della capacità e, più in generale, del regime applicabile alle persone giuridiche, dipenderebbe dalla legge dello Stato dove l'ente ha la sua sede principale ovvero da quella dello Stato dove l'ente è stato costituito<sup>206</sup>.

Durante i lavori preparatori della Convenzione<sup>207</sup> però fu palese la divergenza di posizione assunta dagli Stati in merito all'inserimento del diritto internazionale come fonte applicabile per la soluzione delle controversie tra investitore e Stato.

---

<sup>205</sup> *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, cit., par.

<sup>206</sup> GOLDMAN B., *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des Cours*, 1963, vol. 109, pp. 347 e ss

<sup>207</sup> *Settlement Of Investment Disputes, Consulative Meeting Of Legal Expert*, Addis Ababa, December 16-20, 1963.

Le posizioni di cui sopra erano riconducibili ai due blocchi presenti nella Convenzione *in itinere*: i Paesi in via di sviluppo e i Paesi esportatori di capitali, ovviamente portatori di interessi differenti.

I primi, sostenitori del Nuovo Ordine Economico Internazionale, ritenevano che il rispetto della sovranità statale avesse come conseguenza l'applicazione esclusiva del solo diritto dello Stato ospite. Gli altri, i Paesi esportatori di capitali, insistevano per una maggiore tutela dei loro investimenti che avrebbe potuto aver luogo solo attraverso un'apertura anche al diritto internazionale.

Ciononostante, sin da subito si percepì che era necessario ritrovare un punto di incontro tra queste due posizioni, anche per favorire la fiducia degli investitori e codificare alcuni principi di diritto internazionale<sup>208</sup>.

Nella versione definitiva della Convenzione si giunse, infatti, a una soluzione di compromesso, che consente agli arbitri ICSID di applicare congiuntamente, in caso di assenza di una scelta espressa ad opera delle Parti, sia il diritto nazionale dello Stato ospite che il diritto internazionale.

L'anzidetta conclusione fu però il risultato di un processo di consultazione che vide, tra le varie soluzioni prospettate anche la scelta alternativa da parte degli arbitri tra la normativa statale e quella internazionale<sup>209</sup> ovvero, per esempio, la proposta da parte di alcuni Stati di rendere implicito il consenso all'applicazione della legge dello Stato ospite per l'effetto dell'investimento. Questa teoria lasciava impregiudicata la volontà delle Parti di regolare quale fosse la legge da applicare ma, in mancanza di un accordo – e fatta salva la possibilità di risolvere la controversia secondo equità – il Tribunale avrebbe dovuto applicare tale legge, a meno che, prima

---

<sup>208</sup> *Settlement Of Investment Disputes, Consulative Meeting Of Legal Expert*, Addis Ababa, December 16-20, 1963, *Summary Record of Proceedings*, April 30, 1964, p. 244: “the aim was to strike a balance between the interests of investors and those of developing countries, [...]In the opinion of his Government the document represented an attempt not only to restore the confidence of the investor but also to codify certain principles of customary law and to engage in the progressive development of international law, and he warmly recommended it”.

<sup>209</sup> *History of the ICSID Convention. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2009, p. 110: “In the absence of agreement on the matter, and unless they were authorized to decide *ex aequo et bono*, the arbitrators would have to choose the national or international law to be applied”.

dell'investimento, l'investitore, con una dichiarazione scritta, non avesse escluso tale effetto<sup>210</sup>.

Un'ulteriore questione ha poi riguardato l'estensione dell'espressione *rules of international law* richiamata dall'art. 42 della Convenzione.

Un chiarimento al riguardo viene dato dal *Report* dei Direttori Esecutivi della Banca Mondiale che accompagna la Convenzione stessa. Il documento, infatti, specifica che con *international law* il testo del Trattato si riferisce alle fonti tradizionalmente indicate all'Articolo 38(1) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia: “*Under the Convention an Arbitral Tribunal is required to apply the law agreed by the parties. Failing such agreement, the Tribunal must apply the law of the State party to the dispute (unless that law calls for the application of some other law), as well as such rules of international law as may be applicable. The term ‘international law’ as used in this context should be understood in the sense given to it by Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice, allowance being made for the fact that Article 38 was designed to apply to inter-State disputes*”<sup>211</sup>

### **3. Le fonti internazionali applicabili: il trattato bilaterale sugli investimenti (BITs)**

I trattati bilaterali di investimento sono oggi il punto di arrivo di un percorso che ha avuto come momento iniziale i *Friedship, Commerce and Navigation Treaties* (FCNs)<sup>212</sup> ossia accordi di tipo bilaterale il cui scopo

---

<sup>210</sup> *History of the ICSID Convention. Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2009, Settlement Of Investment Disputes Consultative Meeting Of Legal Experts, Bangkok, Thailand, Summary Record Of Proceedings, July 20, 1964*

<sup>211</sup> Cfr. *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention*, par. 40

<sup>212</sup> Il primo trattato riconducibile a questa categoria di accordi è il “*Treaty of Amity and Commerce*” concluso fra Stati Uniti e Francia nel 1778



originario era quello di proteggere la persona e le proprietà dei mercanti impegnati nei commerci marittimi<sup>213</sup>.

Dopo il termine del primo conflitto mondiale furono adattati anche per una basilare tutela degli investimenti mostrando tutta la loro inadeguatezza. Infatti, questi accordi erano generalmente conclusi fra due Paesi sviluppati, dimostrandosi poco adatti a disciplinare i rapporti di investimento nel periodo della decolonizzazione a seguito della Seconda guerra mondiale, non prevedendo, inoltre, alcun tipo di meccanismo internazionale per la risoluzione delle controversie<sup>214</sup>.

Il quadro normativo di riferimento era piuttosto scoraggiante, non solo divenne palese l'inadeguatezza di questi accordi bilaterali, ma anche i tentativi di trovare una soluzione di tipo multilaterale naufragarono a seguito del fallimento della Carta dell'Avana nel 1948<sup>215</sup>. Pertanto, l'unico supporto dato agli investitori a livello internazionale consisteva in “*an ephemeral structure consisting largely of scattered treaty provisions, a few questionable customs, and contested general principals of law*”<sup>216</sup>.

La svolta si ebbe nel 1959 quando Germania e Pakistan conclusero il primo trattato bilaterale *for the promotion and the protection of investments*<sup>217</sup>.

Oggi sono circa 3000 i trattati bilaterali conclusi per la protezione e la promozione degli investimenti e circa 180 gli Stati coinvolti<sup>218</sup>.

---

<sup>213</sup> MAURO M. R., Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti, Torino, 2003

<sup>214</sup> DOLZER R STEVENS M., *Bilateral Investment Treaties XII*, 1995, p. 10-11; M. WENDLANDT, *SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes*, in *43 Texas International Law Journal*, 2007-2008, p. 528.

<sup>215</sup> La "Carta dell'Avana" più precisamente: *Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment*, nasce come Statuto costitutivo dell'Organizzazione Internazionale per il Commercio (*International Trade Organization*). Conclusa il 24 marzo 1948, non entrò tuttavia mai in vigore

<sup>216</sup> Cfr. SALACUSE J. W. e SULLIVAN N. P., *Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, in *46 Harvard International Law Journal*, 2005, p. 66.

<sup>217</sup> *Treaty for the Promotion and Protection of Investments (with Protocol and exchange of notes)*, Germany and Pakistan, 25 November 1959, 457 U.N.T.S. 24 (entered into force 28 November 1962), poi sostituito nel 2009.

<sup>218</sup> UNCTAD ha riconosciuto l'esistenza di 2608 BITs alla fine del 2007. Cfr *United Nation Conference on Trade and Development*, “Recent Developments in International Investments agreements, (2007-2008)” IIA Monitor N. 2 (2008), disponibile al sito [www.unctad.org](http://www.unctad.org)

Negli anni successivi diversi Stati europei hanno inaugurato il loro programma di investimenti esteri con la conclusione di BITs con paesi in via di sviluppo, soprattutto in Africa e in Sudamerica.

Solitamente, lo Stato europeo predisponeva un modello di trattato con le previsioni generali da sottoporre al possibile partner, come base per l'inizio delle trattative. Ciò ha comportato che i BITs conclusi fossero tra loro molto simili. In seguito, il modello si evolse seguendo il cambiamento delle esigenze delle Parti coinvolte<sup>219</sup>.

In una fase ancora successiva, i Paesi in via di sviluppo, dapprima meramente destinatari degli investimenti, iniziarono a concludere siffatti accordi *inter se*, mantenendo grossomodo lo schema dei primi trattati sottoscritti, conferendo, in tal modo, alla struttura dei BITs una regolamentazione piuttosto coerente e uniforme nel panorama del diritto internazionale convenzionale.

L'evidente successo di questi accordi è riconducibile a due innovazioni che li distinsero immediatamente dai precedenti strumenti di tutela degli investimenti. *In primis*, all'investitore sono riconosciuti una serie di diritti sostanziali, specificamente enumerati nel testo dell'accordo, che contribuiscono a delineare un ambiente chiaro e stabile per lo sviluppo degli investimenti futuri. *In secundis*, la possibilità di accedere, in caso di violazione dei suddetti diritti da parte dello Stato ospite, a mezzi di risoluzione delle controversie direttamente azionabili dall'investitore. Dal punto di vista del soggetto privato, infatti, la prospettiva di uno strumento internazionale imparziale per la soluzione delle potenziali dispute (generalmente nella forma di arbitrato ICSID) è un fattore essenziale per intraprendere un investimento in uno Stato straniero.

I BITs, difatti, sono elaborati per rispondere a una specifica esigenza: che l'investitore di un determinato Stato (*home State* oppure lo Stato di provenienza) trasferisca beni e risorse nel territorio di un altro Stato (*host State* o Stato ospite).

---

<sup>219</sup> VANDEVELDE K.J., *Bilateral Investment Treaties – History, policy and interpretation*, Oxford, 2010, p.1 e ss.

Come abbiamo avuto modo di sottolineare<sup>220</sup>, l'esperienza fino a quel momento evidenziava una posizione di inferiorità degli investitori rispetto allo *host State*, quindi, i BIT, avrebbero dovuto rispondere alla finalità di migliorare le condizioni dell'investitore, garantendogli maggiore certezza e stabilità in quel determinato contesto statale.

Indubbiamente, dunque, il successo dei trattati bilaterali sugli investimenti è strettamente dipendente dalla disponibilità di uno Stato ospite di accettare convenzionalmente limitazioni della sua sovranità. La maggiore "accoglienza" di uno Stato, traducendosi in una maggiore flessibilità e tolleranza, a sua volta dona a quello stesso Stato maggiore *appeal* per gli investitori stranieri di entrare in quel mercato.

A causa della poca conoscenza degli effetti di questi accordi, ci sono state una serie di minacce di risoluzione per cercare di rinegoziarli. Altri Stati, invece, hanno deciso di abbandonare il sistema delineato con la Convenzione di Washington. Primo fra tutti, la Bolivia nel 2007, i cui effetti, in ossequio a quanto stabilito all'art. 71 dell'ICSID<sup>221</sup>, si sono verificati sei mesi dopo la denuncia. Anche altri Paesi, poco dopo, hanno seguito le orme della Bolivia, per esempio l'Ecuador nel 2007 e il Venezuela nel 2012.

Successivamente, sette Stati Latinoamericani – Bolivia, Cuba, Repubblica Domenicana, Ecuador, Nicaragua, Saint Vincent e Grenadines e il Venezuela – hanno adottato una dichiarazione relativa al *Latin American States affected by transnational interest* nella quale convenivano nell'istituire un quadro istituzionale per far fronte alle sfide poste dalle società transnazionali, in modo particolare le rivendicazioni legali intentate contro i loro governi nell'ambito dei BITs. La stessa dichiarazione prevedeva, inoltre, la creazione di un tribunale arbitrale di carattere regionale per la soluzione

---

<sup>220</sup> *Supra*, p. 14

<sup>221</sup> Art. 71 ICSID: "Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice".

delle controversie in materia di investimenti e un osservatorio internazionale per la cooperazione sulle controversie internazionali sugli investimenti<sup>222</sup>.

I successivi programmi sugli investimenti stranieri, hanno cercato di bilanciare la posizione delle Parti contraenti, pur sempre proteggendo gli investimenti privati ma sviluppando politiche orientate al mercato nei paesi partner.

I nuovi programmi di investimento hanno come finalità, prima di tutto, proteggere quegli investimenti indirizzati in paesi dove i diritti degli investitori non sono già tutelati da accordi esistenti (come i moderni trattati di amicizia, commercio e navigazione o accordi di libero scambio) ma anche incoraggiare l'adozione di politiche nazionali che trattino gli investimenti privati in modo aperto, trasparente e non discriminatorio e sostenere lo sviluppo di norme di diritto internazionale coerenti con tali obiettivi<sup>223</sup>.

I BIT offrono agli investitori diversi vantaggi. Agli investitori stranieri e i loro "*covered investment*" è garantito lo stesso trattamento che l'*Host State* riconosce ai propri investitori ovvero agli investitori e investimenti provenienti da qualsiasi altro Paese terzo, per tutto il ciclo di vita dell'investimento; vengono posti dei limiti all'espropriazione e qualora questa fosse legittima è previsto il pagamento di un indennizzo rapido, adeguato ed efficace; la trasferibilità di fondi connessi agli investimenti da e verso un Paese ospitante e utilizzando un tasso di cambio di mercato; limiti all'imposizione di quote di esportazione, come condizione per l'istituzione, l'acquisizione, l'espansione, la gestione, la condotta o il funzionamento di un investimento; il diritto di assumere il personale dirigente di loro scelta, indipendentemente dalla nazionalità; la possibilità riconosciuta a ciascuna Parte di sottoporre una controversia in materia di investimenti con il Governo dell'altra Parte all'arbitrato internazionale, senza la necessità di adire Tribunali nazionali di quel paese<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> Primo fra tutti l'Ecuador con la *Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones* (CAITISA). Per approfondimenti <http://caitisa.org/>

<sup>223</sup> Cfr a tal riguardo l'attuale politica sugli investimenti negli Stati Uniti d'America <https://ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties>

<sup>224</sup> *ibidem*

I BITs si caratterizzano poiché la struttura adottata è grossomodo la stessa. Difatti, non può escludersi aprioristicamente la realizzazione in tale ambito di una prassi degli Stati.

La prima parte è costituita dal *preambolo*, un'introduzione al testo del trattato utile altresì come strumento di interpretazione per le sue disposizioni.

La parte successiva è riservata alle definizioni. Tale articolo, generalmente riguarda, con intento chiarificatore, la portata di alcuni termini, come per esempio investitore o investimento.

Si passa, poi, al contenuto della protezione: in questa parte si ritrovano diverse disposizioni volte a tutelare gli investitori, facciamo riferimento, per esempio, alla clausola della nazione più favorita, alle *umbrella clauses*, nonché alle disposizioni relative all'espropriazione (diretta e indiretta), al trattamento giusto ed equo e al diniego di giustizia. Ulteriori previsioni possono riguardare le procedure da porre in essere per dare esecuzione ai diritti dell'investitore.

Particolare rilievo deve essere riconosciuto alla clausola relativa alla soluzione delle controversie – la ripetuta *ISDS clause* - la cui presenza è considerata pressoché unanimemente come un elemento imprescindibile degli accordi sugli investimenti<sup>225</sup>.

Infine, solitamente nella parte finale dell'accordo, la previsione circa la sua entrata in vigore e la durata<sup>226</sup>.

I BITs, in qualità di fonti del diritto internazionale sono soggetti all'applicazione delle regole previste in tale ordinamento, prima fra tutte la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (nel prosieguo CV)<sup>227</sup>. Oltre alle regole relative alla causa di invalidità dell'accordo, riserve e procedimento di formazione, particolare importanza rivestono nella materia *de qua*, le disposizioni riguardanti le regole generali di interpretazione, previste dagli articoli 31, 32 e 33 della Convenzione citata.

---

<sup>225</sup> VALLAR G., L'arbitralità delle controversie tra l'investitore di uno Stato membro ed un altro Stato membro. Alcune considerazioni a margine del caso Eureka/Achmea v. the Slovak Republic, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, n. 4, 2014, 850

<sup>226</sup> QURESHI K., *Bilateral Investment Claims – the essential*, London, 2016, p. 6

<sup>227</sup> *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331

In particolare, l'articolo 31<sup>228</sup> CV, dedicato alle *regole generali di interpretazione* chiarisce quale siano le tipologie di interpretazione da adottare.

La Convenzione di Vienna, in ogni caso, nella sua versione adottata, ha lasciato uno spiraglio anche per quell'interpretazione (subiettivistica) che pone l'accento non già sulla volontà dichiarata ma su quella effettiva delle Parti dell'accordo ma, solo qualora nonostante l'utilizzo delle interpretazioni previste all'articolo 31 il senso continui a essere ambiguo o oscuro, oppure tale interpretazione conduca a un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole.<sup>229</sup>

Ai fini dell'interpretazione, inoltre, è stato recentemente riconosciuto che la legislazione interna di uno Stato, successiva all'entrata in vigore di un accordo, potrebbe costituire una *prassi* ai sensi dell'art. 31 par. 2 lett. b) CV. L'articolo 27 dell'anzidetta Convenzione, che stabilisce il divieto per uno Stato di invocare il proprio diritto interno per giustificare la mancata esecuzione dell'accordo, non estende i suoi effetti fino a ricomprendervi anche l'impossibilità che la legislazione nazionale possa essere presa in considerazione come elemento per integrare la prassi successiva nell'applicazione del trattato. Esiste una differenza tra l'invocazione del diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un accordo e il riferimento al

---

<sup>228</sup> Article 31 - General rule of interpretation. 1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. 3. There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

<sup>229</sup> Article 32 *Supplementary means of interpretation*: "Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable."

diritto interno allo scopo di interpretare una disposizione di un trattato<sup>230</sup>. Tale distinzione non è pacificamente riconosciuta dai Tribunali internazionali<sup>231</sup>. C'è da dire, tuttavia, che talune Corti che si esprimono negativamente, come nel caso del NAFTA<sup>232</sup>, sono condizionate dalla limitata possibilità di indagare nell'ordinamento interno degli Stati, potendo applicare, al fine delle soluzioni della controversia esclusivamente il diritto internazionale<sup>233</sup>.

Si deve evidenziare, tuttavia, che la "*pratica successiva nell'applicazione del trattato*" deve essere in ogni caso sorretta dalla buona fede: una manifesta e consapevole errata applicazione di un accordo, al contrario di un'applicazione in buona fede (seppure errata), non è quindi una "*applicazione del trattato*" ai sensi dell'articolo 31, non suscettibile dunque di integrare una prassi al fine della determinazione delle sue disposizioni.

Un ruolo importante in tema di interpretazione dell'accordo è affidato, quindi, all'Autorità che di volta in volta è individuata per risolvere una controversia insorta. Facciamo riferimento all'accennato ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*) che è uno strumento di diritto internazionale che garantisce a un investitore straniero il diritto di dare inizio a un procedimento di risoluzione delle controversie nei confronti di un governo straniero.

La possibilità che un individuo possa convenire in giudizio uno Stato è un'ipotesi eccezionale del diritto internazionale. Solitamente, infatti, il ricorso ai tribunali internazionali è riservato esclusivamente agli Stati.

Sebbene non si sovrapponga totalmente, con l'ISDS si fa solitamente riferimento al Centro Internazionale per il regolamento delle controversie in materia di investimenti, o semplicemente ICSID, una delle maggiori forme di

---

<sup>230</sup> ILC, *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, vol. II, Part Two.

<sup>231</sup> In senso favorevole, ICSID Case No. ARB/01/8, ICSID Reports 2003, vol. 7, p. 492, para. 47; *V. v. the United Kingdom* [GC], No. 24888/94, 16 December 1999

<sup>232</sup> NAFTA Arbitral Panel Final Report, Cross-Border Trucking Services (Mexico v. United States of America), No. USA-MEX-98-2008-01, adopted 6 February 2001, para. 224: [...] *Thus, neither the internal law of the United States nor the Mexican law should be utilized for the interpretation of NAFTA. To do so would be to apply an inappropriate legal framework.*

<sup>233</sup> *North American Free Trade Agreement*, entrato in vigore il 1 gennaio 1994 fra Stati Uniti, Canada e Messico. Capitolo 11, Sezione B Article 1131: *Governing Law - 1. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law*

istituzionalizzazione della disciplina sulla soluzione delle controversie internazionali.

#### **4. La *vexata quaestio* dell'esistenza di norme consuetudinarie a tutela degli investimenti stranieri e l'influenza dei BITs nella formazione di tali norme**

Nonostante il citato ostracismo<sup>234</sup> da parte degli Stati in via di sviluppo circa il riconoscimento dell'esistenza di norme di diritto consuetudinario, in alcuni settori non può essere esclusa.

Non deve essere trascurato, infatti, che al fine del rilevamento dell'esistenza di norme internazionali consuetudinarie, la disciplina adottata nei BIT, per regolare il flusso di investimenti tra due Stati, è grossomodo simile.

La similitudine di alcune previsioni ivi contenute potrebbe costituire un presupposto importante per la creazione di norme consuetudinarie. D'altronde, la prassi consiste proprio nell'applicazione costante di un dato comportamento. Tale applicazione può essere indubbiamente stimolata da previsioni convenzionali, a maggior ragione quando sono le stesse Corti a rilevare l'esistenza di una prassi omogenea. Ci riferiamo, soprattutto, alla fase relativa all'indennizzo spettante all'investitore pregiudicato dal comportamento dello Stato ospite per la quale oggi la c.d. Formula di Hull, cioè che tale indennizzo deve essere *prompt adequate and effective* rappresenta un principio costantemente applicato dai Tribunali internazionali.

Nel caso *CME v. Repubblica Ceca*, per esempio, il Tribunale ad hoc ha ritenuto che la controversa questione circa la quantificazione dell'indennizzo derivante dall'espropriazione si sarebbe potuta considerare risolta sulla base della prassi uniforme, contenuta in centinaia di BIT in vigore: “*today these treaties are truly universal in their reach and essential provisions. They*

---

<sup>234</sup> *Supra*, p. 1



*concordantly provide for payment of 'just compensation' representing the 'genuine' or 'fair market' value of the property taken. Some treaties provide for prompt, adequate and effective compensation amounting to the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation or the intention to embark thereon become public knowledge. Others provide that compensation shall represent the equivalent of the investment affected. Those concordant provisions are variations on an agreed, essential theme, namely that when a State takes foreign property, full compensation shall be paid*<sup>235</sup>.

La codificazione del diritto internazionale – oltre che essere promossa dalla stessa Carta delle Nazioni Unite<sup>236</sup> - produce tre effetti significativi avuto riguardo al rapporto con il diritto internazionale non scritto<sup>237</sup>.

Prima di tutto potrebbe riprodurre, *sic et simpliciter*, il contenuto di una norma di diritto internazionale generale già esistente. In questo caso l'effetto è definito (meramente) dichiarativo. In secondo luogo, parlando in questo caso di effetto *generatore*, potrebbe costituire il momento iniziale di un processo che porterebbe alla creazione di una norma consuetudinaria. Infine, la previsione convenzionale potrebbe costituire il momento finale del processo di formazione di una norma generale, producendo in questa ipotesi un effetto definito *crystallizzatore*<sup>238</sup>.

La ripetuta previsione nei BITs di disposizioni analoghe, si traduce nella volontà della Comunità internazionale di regolare in modo univoco quelle fattispecie. L'applicazione da parte dei Tribunali internazionali poi contribuirebbe al riconoscimento di una *diuturnitas*. Pertanto, si potrebbe

---

<sup>235</sup> Cfr. *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decisione finale del 14 marzo 2003, par. 497.

<sup>236</sup> Art. 13 (1) L'Assemblea Generale intraprende studi e fa raccomandazioni allo scopo di:

a. promuovere la cooperazione internazionale nel campo politico ed incoraggiare lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e la sua codificazione;

b. sviluppare la cooperazione internazionale nei campi economico, sociale, culturale, educativo e della sanità pubblica, e promuovere il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua, o di religione.

(2) Gli ulteriori compiti, funzioni e poteri dell'Assemblea Generale rispetto alle materie indicate nel precedente paragrafo 1 b sono stabiliti nei capitoli IX e X.

<sup>237</sup> A tal riguardo cfr. SCALESE G., La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale, op. cit., p. 145

<sup>238</sup> cfr. il parere consultivo del 21 giugno 1971, sul caso del Sud-Ovest africano, in I.C.J. Reports, 1971, p. 46; la sentenza del 12 ottobre 1984, sul caso della delimitazione della frontiera marittima nella regione del Golfo del Maine, 1984, p.294

auspicare che, formatasi una coscienza sociale stabile nella Comunità internazionale, alcuni principi contenuti in questi accordi bilaterali potrebbero essere riconosciuti come norme di diritto internazionale generale e, dunque, avere una efficacia bene più ampia e non meramente *inter partes*.

## **5. Osservazioni circa l'applicabilità dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili di cui all'art. 38 par. 1 lett. c)**

Tra le fonti previste dall'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (CIG) rilevano nell'arbitrato sugli investimenti anche i Principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili<sup>239</sup>.

Una puntuale definizione di tali principi è stata fornita dal Tribunale *ad hoc* nel caso *Liamco c. Libia*<sup>240</sup> come “*general principles are usually embodied in most recognized legal systems [...] They are applied by municipal courts and are mainly referred to in international and arbitral case-law. They, thus, form a compendium of legal precepts and maxims, universally accepted in theory and practice*<sup>241</sup>”.

L'anzidetto art. 38, ricordiamo, rappresenta l'iter che i giudici della CIG sono tenuti a seguire nella decisione di una controversia internazionale. Pertanto, l'applicazione di tali principi non può ricorrere per la soluzione di qualsiasi controversia, giacché dovrebbe prima verificarsi l'inesistenza di norme convenzionali e di norme consuetudinarie da applicarsi al caso concreto. Infatti, nel celebre caso *Barcelona Traction*<sup>242</sup> si affermò che laddove “*there are no corresponding institutions of international law to which the Court could*

---

<sup>239</sup> la letteratura al riguardo è ampia: Salerno F., principi generali di diritto (diritto internazionale) Digesto vol XI, 1996, p. 524; SCERNI, i Principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili nella giurisprudenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, Padova, 1932

<sup>240</sup> *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic*, Tribunale ad hoc, Decisione del 12 aprile 1977.

<sup>241</sup> *Ibidem*, par. 72

<sup>242</sup> ICJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, cit., par. 50

*resort*”, i giudici sono tenuti a rivolgere la loro attenzione a quelle regole generalmente accettate dai sistemi legali domestici.

Il ricorso ai principi generali di diritto si traduce in una sorta di *analogia juris*<sup>243</sup> destinata a colmare le lacune del diritto pattizio e consuetudinario. L’art. 38 codificherebbe quindi una prassi sempre seguita nei rapporti internazionali, specialmente dai Tribunali arbitrali riguardando soprattutto quei principi di giustizia, oppure soltanto di logica giuridica, connaturati all’idea stessa di diritto.

Per esempio, l’ICSID ha fatto ricorso ai principi *de quo* in assenza di disciplina internazionale in molteplici occasioni, per esempio, in ambito procedurale si potrebbe fare riferimento, per esempio, ai principi di onere della prova<sup>244</sup> e di *res judicata*<sup>245</sup>.

In ambito sostanziale, invece, hanno trovato applicazione i principi *pacta sunt servanda*, *exceptio non adimpleti contractus*<sup>246</sup>, buona fede contrattuale<sup>247</sup> e l’impossibilità per un soggetto di invocare lo stato di necessità per venire meno ai suoi impegni se ha contribuito a creare quello stato<sup>248</sup>.

Ritornando all’ambito procedurale, di notevole importanza è stata l’applicazione del principio *kompetenz-kompetenz*, definibile altresì come competenza funzionale. Tale principio prevede che i Tribunali arbitrali siano gli unici a poter decidere circa la sussistenza della propria giurisdizione su una controversia. Senza il riconoscimento di questo fondamentale principio, gli

---

<sup>243</sup> CONFORTI B., Diritto internazionale, op cit., p. 47

<sup>244</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID ARB/02/13, Decisione del 31 gennaio 2006, par. 70, il Tribunale evidenziò che “[i]t is a well established principle of law that it is for a claimant to prove the facts on which it relies in support of his claim”.

<sup>245</sup> *Waste Management v. Mexico (II)*, ICSID ARB(AF)/00/3, Decisione sulla giurisdizione del 26 giugno 2002, par. 39 e 43, gli arbitri hanno sottolineato che “There is no doubt that *res judicata* is a principle of international law, and even a general principle of law within the meaning of Article 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice. Indeed both parties accepted this”.

<sup>246</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon*, ICSID ARB/81/2, Decisione del 21 ottobre 1983, in *114 International Law Review*, 1999, p. 157

<sup>247</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID ARB (AF)/00/2, Decisione del 29 maggio 2003, par. 153: “The Arbitral Tribunal finds that the commitment of fair and equitable treatment included in Article 4(1) of the Agreement is an expression and part of the bona fide principle recognized in international law, although bad faith from the State is not required for its violation”.

<sup>248</sup> *El Paso Energy (international Company) v. The Argentic Republic*, ICSID case n. ARB/03/15, del 31/10/2011, par. 613-625

arbitri sarebbero di fatto spogliati di ogni potere decisionale sulla controversia ogniqualevolta dovesse sorgere una questione sulla giurisdizione del Tribunale arbitrale<sup>249</sup>

Al fine dell'applicazione di tali principi l'attività del Tribunale non può limitarsi alla semplice affermazione della sua esistenza ma è necessario che la stessa sia dimostrata mediante una puntuale argomentazione delle ragioni per cui tale principio possa essere *ricosciuto*<sup>250</sup>.

## 6. Il peso del precedente giudiziario nella soluzione delle controversie

L'*iter* definito dall'art. 38 dello Statuto della CIG, prevede che, al fine di giungere a una corretta soluzione della questione possa farsi riferimento anche alla giurisprudenza delle Corti internazionali.

I lodi arbitrali rientrano nella categoria delle decisioni giudiziarie citate all'Articolo 38. Secondo tale disposizione, le decisioni giudiziarie risultano essere "*mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche*<sup>251</sup>", assumendo assieme alla "*dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni*", un ruolo meramente sussidiario rispetto alle fonti del diritto internazionale precedentemente elencate nel citato articolo (i trattati, le consuetudini e i principi generali di diritto).

Nell'ambito del diritto internazionale non trova, infatti, applicazione il principio dello *stare decisis*. Difatti, l'art. 59 dello Statuto della CIG stabilisce che *La sentenza della Corte è obbligatoria soltanto per le parti in lite e nel*

---

<sup>249</sup> ICSID Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Chile, ICSID ARB/04/7, Decisione del 21 agosto 2007, par. 203

<sup>250</sup> Al riguardo, ICSID *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon*, ICSID ARB/81/2, Decisione di annullamento del 3 maggio 1985, in 114 International Law Review, 1999, p. 243. In questa occasione, il Comitato *ad hoc* criticò la decisione del Tribunale arbitrale, il quale aveva evidenziato come il dovere di "full disclosure to a partner in a contract" fosse configurabile come principio proprio non solo del diritto civile francese, ma applicabile altresì "to relations between partners in simple forms of associations anywhere". Secondo il Comitato, infatti, il Tribunale arbitrale compì un manifesto eccesso di potere riferendosi all'esistenza di un tale principio secondo l'ordinamento francese e qualificandolo come principio generale di diritto senza effettuare alcun esame della prassi in altri ordinamenti stranieri

<sup>251</sup> Art. 38 Statuto CIG, nota 203

*caso da essa deciso*. Pertanto, la singola decisione giudiziaria, così come il lodo nell'arbitrato degli investimenti, acquisisce forza vincolante soltanto per le Parti della controversia.

Ciononostante, conseguentemente al moltiplicarsi dei casi in materia di investimenti è inevitabile che i Tribunali arbitrali possano giungere a conclusioni differenti in casi analoghi, comportando poca stabilità della disciplina e minando significativamente la certezza del diritto. Va da sé, allora, che il precedente, sebbene non strettamente inteso, svolga una funzione interpretativa importante: i Tribunali ICSID, in particolare, fanno largo uso di citazioni di precedenti lodi al fine di dare maggiore autorevolezza alla propria posizione<sup>252</sup>; qualora invece gli arbitri si discostino dalla giurisprudenza antecedente, essi avvertono la necessità di giustificare le proprie scelte evidenziando, ad esempio, le differenze sotto il profilo di fatto e di diritto rispetto ai precedenti casi<sup>253</sup>.

Il riferimento al precedente, inoltre, non si limita al lodo dell'arbitrato ICSID, assume rilievo altresì laddove la questione di diritto fosse stata analizzata precedentemente anche da altre istituzioni arbitrali (come, per esempio Corte Internazionale di Giustizia, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della Corte Europea dei Diritti Umani e del Tribunale Iran-Stati Uniti)<sup>254</sup>.

Il riferimento alla precedente pronuncia contribuisce, quindi, garantire al settore del diritto internazionale degli investimenti stabilità, predicibilità e certezza del diritto, favorendo l'affidamento degli investitori.

---

<sup>252</sup> A tal riguardo, con il caso *Salini Costruttori S.p.A e Italstrade S.p.A. c. Regno del Marocco*, ICSID n. ARB / 00/4, Decisione sulla competenza, par 52, la decisione del tribunale è stata rivoluzionaria perché ha distinto le condizioni per la sussistenza di un investimento ai sensi del BIT applicabile da quelle ex art. 25 della Convenzione ICSID, fornendo poi una definizione di investimento ai sensi dell'articolo citato, colmando una lacuna presente nella Convenzione di Washington.

<sup>253</sup> Nell'analizzato caso *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case No. ARB/03/08, per esempio, l'applicazione della legge statale dell'investitore ai fini della risoluzione di una questione preliminare, stante anche l'applicazione di una norma sul conflitto di leggi non radicata in un determinato ordinamento potrebbe comportare 'applicazione del suddetto principio anche nelle successive questioni analoghe;

<sup>254</sup> in merito a questa eventualità è inevitabile il riferimento al citato caso *Achmea (CGUE, Grande Sezione, Slovak Republic v. Achmea B.V., Case C-284/16)* che ha stabilito l'incompatibilità della clausola ISDS dei BITs intra EU con l'ordinamento dell'Unione Europea.

## 7. La rilevanza degli atti di soft law nella soluzione delle controversie sugli investimenti

Fra gli atti di *soft law* in materia di investimenti internazionali vanno ricordati gli atti delle organizzazioni internazionali, in particolar modo le raccomandazioni e risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite<sup>255</sup>.

Per quanto riguarda le risoluzioni significative sono state, per esempio, la Risoluzione sulla sovranità permanente sulle risorse naturali del 1962<sup>256</sup> con la quale veniva affermato che “*The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned*”<sup>257</sup>.

Il principio enunciato viene confermato anche dalla Carta sui diritti e doveri economici degli Stati del 1974<sup>258</sup> dove si precisa che, “*Each State has the right: to nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent*”<sup>259</sup>. L'Assemblea generale ha fornito diverse altre risoluzioni con contenuto assai simile.

Un ruolo di rilievo è inoltre ricoperto dalle *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*<sup>260</sup>, approvate dal Comitato per lo Sviluppo della Banca Mondiale nel settembre 1992.

---

<sup>255</sup> Si vedano, a titolo di esempio, i provvedimenti ONU citati in *ICSID Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decisione del 20 novembre 1984, in *1 ICSID Reports*, p. 466; *ICSID Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Decisione del 31 marzo 1986, in *2 ICSID Reports* p. 366; *ICSID Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Opinione dissenziente di Mohamed El Mahdi del 2 maggio 1992, in *3 ICSID Reports*, p. 254-255.

<sup>256</sup> *General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, Permanent sovereignty over natural resources*

<sup>257</sup> *Ibidem* p. 2

<sup>258</sup> *Charter of Economic Rights and Duties of States*, A/RES/3281, 1974. Tale Carta ha sostituito la risoluzione sul Nuovo Ordine Economico Internazionale.

<sup>259</sup> *Ibidem* pp. 4-5

<sup>260</sup> *World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1992

Tali linee guida, dotate, appunto, di carattere non vincolante sono state emanate con lo scopo di esortare gli Stati a tenere un comportamento favorevole nei confronti degli investitori stranieri. Difatti, sono esclusivamente indirizzate agli Stati che ospitano gli investimenti, mentre nulla prevedono circa il comportamento che gli investitori stranieri dovrebbero tenere nel territorio dello Stato ospite.

La natura di *soft law* delle *Guidelines* risulta in maniera evidente dall'assenza di qualsiasi espressione di tipo imperativo nei confronti degli Stati, i quali vengono invitati a utilizzare le direttive quali "*useful parameters*" nella regolamentazione degli investimenti stranieri "*without prejudice to the binding rules of international law*, costituendo piuttosto, *a deiderable overall framework* entro il quale trovano concreta espressione i principi generali di protezione e promozione degli investimenti stranieri, nell'interesse comune di tutti gli Stati<sup>261</sup>.

Come previsto, anche in questo caso, nello stesso *Preambolo*, sebbene non dotate di forza vincolante possono costituire un importante supporto nella formazione di eventuali norme generali in materia di investimenti stranieri.

Le cinque *Guidelines* si distinguono per il diverso oggetto da loro trattato.

La prima *Guidelines*, relativa all'ambito di applicazione<sup>262</sup> prevede che si applichi agli Stati membri delle Istituzioni del gruppo della Banca Mondiale da parte di un investitore privato straniero. Prevede inoltre che integri quanto

---

<sup>261</sup> SCISO E., *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, op. cit., p. 215-216

<sup>262</sup> World Bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, 1, Scope of Application 1. These Guidelines may be applied by members of the World Bank Group institutions to private foreign investment in their respective territories, as a complement to applicable bilateral and multilateral treaties and other international instruments, to the extent that these Guidelines do not conflict with such treaties and binding instruments, and as a possible source on which national legislation governing the treatment of private foreign investment may draw. Reference to the "State" in these Guidelines, unless the context otherwise indicates, includes the State or any constituent subdivision, agency or instrumentality of the State and reference to "nationals" includes natural and juridical persons who enjoy the nationality of the State. 2. The application of these Guidelines extends to existing and new investments established and operating at all times as bona fide private foreign investments, in full conformity with the laws and regulations of the host State. 3. These Guidelines are based on the general premise that equal treatment of investors in similar circumstances and free competition among them are prerequisites of a positive investment environment. Nothing in these Guidelines therefore suggests that foreign investors should receive a privileged treatment denied to national investors in similar circumstances.

previsto dai trattati multilaterali e bilaterali applicabili tra gli Stati coinvolti. Auspica inoltre, al fine di un maggiore sviluppo degli investimenti, l'applicazione dei principi della parità di trattamento e della libera concorrenza tra gli investitori.

La seconda *Guidelines* affronta invece il tema dell'ammissione degli investimenti<sup>263</sup>, ribadendo l'auspicio che gli Stati incoraggino l'entrata di investimenti, facilitando l'ingresso degli investitori stranieri.

Tale effetto non potrebbe che prodursi eliminando procedure di ammissione degli investimenti troppo stringenti oppure favorendo la conoscenza della normativa interna dandole la maggior conoscibilità possibile in modo chiaro e aggiornato.

Ciononostante, la *Guidelines* riconosce che lo Stato ospite è libero di regolare l'ammissione degli investimenti ma limitando i casi di esclusione dell'investitore al concetto di sicurezza nazionale o di interesse nazionale strettamente inteso.

---

<sup>263</sup> World Bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, II, Admission: 1. Each State will encourage nationals of other States to invest capital, technology and managerial skill in its territory and, to that end, is expected to admit such investments in accordance with the following provisions. 2. In furtherance of the foregoing principle, each State will: (a) facilitate the admission and establishment of investments by nationals of other States, and (b) avoid making unduly cumbersome or complicated procedural regulations for, or imposing unnecessary conditions on, the admission of such investments. 3. Each State maintains the right to make regulations to govern the admission of private foreign investments. In the formulation and application of such regulations, States will note that experience suggests that certain performance requirements introduced as conditions of admission are often counterproductive and that open admission, possibly subject to a restricted list of investments (which are either prohibited or require screening and licensing), is a more effective approach. Such performance requirements often discourage foreign investors from initiating investment in the State concerned or encourage evasion and corruption. Under the restricted list approach, investments in nonlisted activities, which proceed without approval, remain subject to the laws and regulations applicable to investments in the State concerned. 4. Without prejudice to the general approach of free admission recommended in Section 3 above, a State may, as an exception, refuse admission to a proposed investment: (i) which is, in the considered opinion of the State, inconsistent with clearly defined requirements of national security; or (ii) which belongs to sectors reserved by the law of the State to its nationals on account of the State's economic development objectives or the strict exigencies of its national interest. 5. Restrictions applicable to national investment on account of public policy (ordre public), public health and the protection of the environment will equally apply to foreign investment. 6. Each State is encouraged to publish, in the form of a handbook or other medium easily accessible to other States and their investors, adequate and regularly updated information about its legislation, regulations and procedures relevant to foreign investment and other information relating to its investment policies including, inter alia, an indication of any classes of investment which it regards as falling under Sections 4 and 5 of this Guideline.



La terza *Guidelines* si occupa del trattamento degli investimenti<sup>264</sup>.  
Suggerisce di estendere agli investimenti esteri stabiliti nel proprio territorio

---

<sup>264</sup> World Bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, III, Treatment. 1. For the promotion of international economic cooperation through the medium of private foreign investment, the establishment, operation, management, control, and exercise of rights in such an investment, as well as such other associated activities necessary therefor or incidental thereto, will be consistent with the following standards which are meant to apply simultaneously to all States without prejudice to the provisions of applicable international instruments, and to firmly established rules of customary international law. 2. Each State will extend to investments established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment according to the standards recommended in these Guidelines. 3. (a) With respect to the protection and security of their person, property rights and interests, and to the granting of permits, import and export licenses and the authorization to employ, and the issuance of the necessary entry and stay visas to their foreign personnel, and other legal matters relevant to the treatment of foreign investors as described in Section 1 above, such treatment will, subject to the requirement of fair and equitable treatment mentioned above, be as favorable as that accorded by the State to national investors in similar circumstances. In all cases, full protection and security will be accorded to the investor's rights regarding ownership, control and substantial benefits over his property, including intellectual property. (b) As concerns such other matters as are not relevant to national investors, treatment under the State's legislation and regulations will not discriminate among foreign investors on grounds of nationality. 4. Nothing in this Guideline will automatically entitle nationals of other States to the more favorable standards of treatment accorded to the nationals of certain States under any customs union or free trade area agreement. 5. Without restricting the generality of the foregoing, each State will: (a) promptly issue such licenses and permits and grants such concessions as may be necessary for the uninterrupted operation of the admitted investment; and (b) to the extent necessary for the efficient operation of the investment, authorize the employment of foreign personnel. While a State may require the foreign investor to reasonably establish his inability to recruit the required personnel locally, e.g., through local advertisement, before he resorts to the recruitment of foreign personnel, labor market flexibility in this and other areas is recognized as an important element in a positive investment environment. Of particular importance in this respect is the investor's freedom to employ top managers regardless of their nationality. 6. (1) Each State will, with respect to private investment in its territory by nationals of the other States: (a) freely allow regular periodic transfer of a reasonable part of the salaries and wages of foreign personnel; and, on liquidation of the investment or earlier termination of the employment, allow immediate transfer of all savings from such salaries and wages; (b) freely allow transfer of the net revenues realized from the investment; (c) allow the transfer of such sums as may be necessary for the payment of debts contracted, or the discharge of other contractual obligations incurred in connection with the investment as they fall due; (d) on liquidation or sale of the investment (whether covering the investment as a whole or a part thereof), allow the repatriation and transfer of the net proceeds of such liquidation or sale and all accretions thereto all at once; in the exceptional cases where the State faces foreign exchange stringencies, such transfer may as an exception be made in installments within a period which will be as short as possible and will not in any case exceed five years from the date of liquidation or sale, subject to interest as provided for in Section 6 (3) of this Guideline; and (e) allow the transfer of any other amounts to which the investor is entitled such as those which become due under the conditions provided for in Guidelines IV and V. (2) Such transfer as provided for in Section 6 (1) of this Guideline will be made (a) in the currency brought in by the investor where it remains convertible, in another currency designated as freely usable currency by the International Monetary Fund or in any other currency accepted by the investor, and (b) at the applicable market rate of exchange at the time of the transfer. (3) In the case of transfers under Section 6 (1) of this Guideline, and without prejudice to Sections 7 and 8 of Guideline IV where they apply, any delay in effecting the transfers to be made through the central bank (or another authorized public authority) of the host State will be subject to interest at the normal rate applicable to the local currency involved in respect of any period intervening between the date on which such local currency has been provided to the central bank (or the other authorized public authority) for transfer and the date on which the transfer is actually effected. (4) The provisions set forth in this Guideline with regard to the transfer of capital

un “*fair and equitable treatment according to the standards recommended in these Guidelines (...) as favorable as that accorded by the State to national investors in similar circumstance*” disincentivando ogni forma di discriminazione arbitraria sulla base della nazionalità dell’investitore.

Si fa riferimento, per esempio, ai visti di ingresso e permessi di soggiorno, al rilascio delle licenze e alla tutela della proprietà.

Con questa raccomandazione, in altre parole, vengono ricompresi tutti quelli standard di trattamento che sono solitamente elencati nei trattati bilaterali, alimentando, in un certo senso la possibilità di riconoscere una prassi costante per taluni principi riguardanti la disciplina sugli investimenti.

La quarta *Guidelines* affronta invece un argomento particolarmente delicato: le espropriazioni e le altre modificazioni unilaterali del contratto poste in essere dallo Stato ospite nei confronti dell’investitore.

Tali comportamenti, infatti, hanno frenato considerevolmente il flusso degli investimenti stranieri, soprattutto tra il 1970 e il 1980. D’altronde la ragione dell’esistenza delle stesse *Guidelines* risiede nel desiderio degli Stati e della Banca mondiale di creare una controtendenza a quanto accaduto in questa decade.

Il principio centrale ripete quanto già affermatosi in passato: il divieto per lo Stato ospite di espropriare o adottare misure analoghe nei confronti

---

will also apply to the transfer of any compensation for loss due to war, armed conflict, revolution or insurrection to the extent that such compensation may be due to the investor under applicable law. 7. Each State will permit and facilitate the reinvestment in its territory of the profits realized from existing investments and the proceeds of sale or liquidation of such investments. 8. Each State will take appropriate measures for the prevention and control of corrupt business practices and the promotion of accountability and transparency in its dealings with foreign investors, and will cooperate with other States in developing international procedures and mechanisms to ensure the same. 9. Nothing in this Guideline suggests that a State should provide foreign investors with tax exemptions or other fiscal incentives. Where such incentives are deemed to be justified by the State, they may to the extent possible be automatically granted, directly linked to the type of activity to be encouraged and equally extended to national investors in similar circumstances. Competition among States in providing such incentives, especially tax exemptions, is not recommended. Reasonable and stable tax rates are deemed to provide a better incentive than exemptions followed by uncertain or excessive rates. 10. Developed and capital surplus States will not obstruct flows of investment from their territories to developing States and are encouraged to adopt appropriate measures to facilitate such flows, including taxation agreements, investment guarantees, technical assistance and the provision of information. Fiscal incentives provided by some investors' governments for the purpose of encouraging investment in developing States are recognized in particular as a possibly effective element in promoting such investment.

dell'investitore straniero, se non in conformità con procedure previste dall'ordinamento interno e comunque solo per motivi di pubblico interesse, senza operare discriminazioni basate sulla nazionalità e dietro corresponsione di un indennizzo appropriato<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> World Bank, Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, IV, Expropriation and Unilateral Alterations or Terminations of Contracts. 1. A State may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation. 2. Compensation for a specific investment taken by the State will, according to the details provided below, be deemed "appropriate" if it is adequate, effective and prompt. 3. Compensation will be deemed "adequate" if it is based on the fair market value of the taken asset as such value is determined immediately before the time at which the taking occurred or the decision to take the asset became publicly known. 4. Determination of the "fair market value" will be acceptable if conducted according to a method agreed by the State and the foreign investor (hereinafter referred to as the parties) or by a tribunal or another body designated by the parties. 5. In the absence of a determination on agreed by, or based on the agreement of, the parties, the fair market value will be acceptable if determined by the State according to reasonable criteria related to the market value of the investment, i.e., in an amount that a willing buyer would normally pay to a willing seller after taking into account the nature of the investment, the circumstances in which it would operate in the future and its specific characteristics, including the period in which it has been in existence, the proportion of tangible assets in the total investment and other relevant factors pertinent to the specific circumstances of each case. 6. Without implying the exclusive validity of a single standard for the fairness by which compensation is to be determined and as an illustration of the reasonable determination by a State of the market value of the investment under Section 5 above, such determination will be deemed reasonable if conducted as follows: (i) for a going concern with a proven record of profitability, on the basis of the discounted cash flow value; (ii) for an enterprise which, not being a proven going concern, demonstrates lack of profitability, on the basis of the liquidation value; (iii) for other assets, on the basis of (a) the replacement value or (b) the book value in case such value has been recently assessed or has been determined as of the date of the taking and can therefore be deemed to represent a reasonable replacement value. For the purpose of this provision: -a "going concern" means an enterprise consisting of income-producing assets which has been in operation for a sufficient period of time to generate the data required for the calculation of future income and which could have been expected with reasonable certainty, if the taking had not occurred, to continue producing legitimate income over the course of its economic life in the general circumstances following the taking by the State; - "discounted cash flow value" means the cash receipts realistically expected from the enterprise in each future year of its economic life as reasonably projected minus that year's expected cash expenditure, after discounting this net cash flow for each year by a factor which reflects the time value of money, expected inflation, and the risk associated with such cash flow under realistic circumstances. Such discount rate may be measured by examining the rate of return available in the same market on alternative investments of comparable risk on the basis of their present value; - "liquidation value" means the amounts at which individual assets comprising the enterprise or the entire assets of the enterprise could be sold under conditions of liquidation to a willing buyer less any liabilities which the enterprise has to meet; -"replacement value" means the cash amount required to replace the individual assets of the enterprise in their actual state as of the date of the taking; and -"book value" means the difference between the enterprise's assets and liabilities as recorded on its financial statements or the amount at which the taken tangible assets appear on the balance sheet of the enterprise, representing their cost after deducting accumulated depreciation in accordance with generally accepted accounting principles. 7. Compensation will be deemed "effective" if it is paid in the currency brought in by the investor where it remains convertible, in another currency designated as freely usable by the International Monetary Fund or in any other currency accepted by the investor. 8. Compensation will be deemed to be "prompt" in normal circumstances if paid without delay. In cases where the State faces exceptional circumstances, as

Per quanto riguarda l'indennizzo, la raccomandazione si discosta da quanto previsto dalla citata Carta dei diritti e doveri economici degli Stati, affermando che può considerarsi "appropriato" un indennizzo che sia "*adequate, effective and prompt*", conformemente con la formula di Cordell Hull ma discostandosi dal concetto di appropriate compensation che invece avrebbe dovuto tener conto delle leggi e dei regolamenti dello Stato ospite e di tutte le circostanze che tale Stato avesse ritenuto pertinenti<sup>266</sup>.

Infine, la quinta *Guidelines*<sup>267</sup> riguardante i metodi di risoluzione delle controversie fra Stato ospite e investitore. La raccomandazione favorisce, prima di tutto, i negoziati diretti tra le Parti. In caso di impossibilità di raggiungimento di un accordo, le stesse potranno rivolgersi ai Tribunali interni dello Stato ospite ovvero a un arbitrato indipendente, facendo particolare riferimento all'arbitrato ICSID.

---

reflected in an arrangement for the use of the resources of the International Monetary Fund or under similar objective circumstances of established foreign exchange stringencies, compensation in the currency designated under Section 7 above may be paid in installments within a period which will be as short as possible and which will not in any case exceed five years from the time of the taking, provided that reasonable, market-related interest applies to the deferred payments in the same currency. 9. Compensation according to the above criteria will not be due, or will be reduced in case the investment is taken by the State as a sanction against an investor who has violated the State's law and regulations which have been in force prior to the taking, as such violation is determined by a court of law. Further disputes regarding claims for compensation in such a case will be settled in accordance with the provisions of Guideline V. 10. In case of comprehensive non-discriminatory nationalizations effected in the process of large scale social reforms under exceptional circumstances of revolution, war and similar exigencies, the compensation may be determined through negotiations between the host State and the investors' home State and failing this, through international arbitration. 11. The provisions of Section I of this Guideline will apply with respect to the conditions under which a State may unilaterally terminate, amend or otherwise disclaim liability under a contract with a foreign private investor for other than commercial reasons, i.e., where the State acts as a sovereign and not as a contracting party. Compensation due to the investor in such cases will be determined in the light of the provisions of Sections 2 to 9 of this Guideline. Liability for repudiation of contract for commercial reasons, i.e., where the State acts as a contracting party, will be determined under the applicable law of the contract.

<sup>266</sup> SCISO E., *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, op. cit., p. 218

<sup>267</sup> World Bank, *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, V, Settlement of Disputes. 1. Disputes between private foreign investors and the host State will normally be settled through negotiations between them and failing this, through national courts or through other agreed mechanisms including conciliation and binding independent arbitration. 2. Independent arbitration for the purpose of this Guideline will include any ad hoc or institutional arbitration agreed upon in writing by the State and the investor or between the State and the investor's home State where the majority of the arbitrators are not solely appointed by one party to the dispute. 3. In case of agreement on independent arbitration, each State is encouraged to accept the settlement of such disputes through arbitration under the Convention establishing the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) if it is a party to the ICSID Convention or through the "ICSID Additional Facility" if it is not a party to the ICSII) Convention.

### *Capitolo III*

#### *La tutela dei diritti degli investitori attraverso gli standard internazionali di protezione e di trattamento*

##### **1. Le differenti pretese giuridiche azionabili dall'investitore a seguito della violazione del rapporto di investimento**

Il rapporto giuridico tra investitore e *Host State*, seppur realizzatosi nella cornice giuridica del trattato bilaterale (o multilaterale) vigente tra quest'ultimo e lo Stato territoriale dell'investitore è pur sempre disciplinato anche dal contratto di investimento.

Ciò comporta che l'eventuale fase patologica del loro rapporto può dipendere tanto dall'inadempimento dell'obbligazioni contrattuali tanto dalla violazione di una norma di diritto internazionale generale o di quanto contenuto nel BIT.

La riconducibilità della violazione nell'una o nell'altra categoria dovrebbe giustificare l'investitore a un *contract claim* ovvero a un *treaty claim*.

Laddove la pretesa sia fondata su una violazione del contratto di investimento, quindi, la controversia che ne dovesse discendere dovrebbe essere risolta adottando i mezzi di risoluzione previsti dal contratto stesso, il quale, generalmente, rimanda al giudice nazionale dello Stato ospite. In questo caso, il giudice sarà quindi chiamato ad applicare le norme sostanziali e processuali nazionali, ovvero quelle scelte dalle Parti.

Se, invece, il comportamento dello Stato dovesse integrare la violazione di un'obbligazione convenzionale o di una norma consuetudinaria, allora la sua responsabilità potrebbe essere accertata da un Tribunale internazionale come l'ICISD.

Tuttavia, la questione riguardante il riparto di giurisdizione tra giudici nazionali e Centro, non può essere risolta così semplicisticamente.

Si è assistito, infatti, a una progressiva tendenza a estendere la competenza dell'ICSID, anche alle violazioni del contratto di investimento in risposta a due differenti esigenze. Prima di tutto perché, come più volte sottolineato, l'investitore ripone maggiore fiducia in una Corte internazionale piuttosto che in un giudice nazionale dello Stato convenuto. E in secondo luogo poiché la violazione di una obbligazione contrattuale da parte dello Stato ospite, seppure agendo in qualità di operatore economico, potrebbe integrare altresì la violazione di una norma internazionale che a sua volta integrerebbe la responsabilità internazionale dello stesso. Ovviamente, una violazione contrattuale da parte dello Stato ospite non comporta automaticamente un illecito internazionale, stante l'appartenenza della responsabilità internazionale a un ambito giuridico distinto.

Ai sensi dell'art. 3 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati<sup>268</sup>, infatti, un determinato atto può essere definito come internazionalmente illecito solo laddove sia configurabile come tale dal diritto internazionale, a nulla rilevando, a tal fine, il diritto interno e la sua qualificazione di quello stesso atto come lecito o illecito. In altre parole, dunque, un atto di uno Stato non può essere definito come internazionalmente illecito a meno che non costituisca una violazione di un obbligo internazionale, sia generale che convenzionale, anche se viola una disposizione legislativa dello Stato stesso. Da ciò discende, soprattutto, che uno Stato non può, sostenendo che la sua condotta è conforme alle disposizioni del suo diritto interno, sottrarre la qualificazione del suo comportamento come internazionalmente illecito, anche se, in base al suo diritto, era effettivamente tenuto ad agire in quel modo<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, in Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Parte 2; Articolo 3* "Characterization of an act of a State as internationally wrongful. The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law."

<sup>269</sup> Cfr. CRAWFORD J., *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, Vol. 24, No.3, 2008.

In sintesi, quindi, uno Stato deve essere ritenuto internazionalmente responsabile della sua condotta soltanto nel caso sia stata accertata una violazione di obblighi internazionali a suo carico, indipendentemente dal rispetto (o dal mancato rispetto) di norme interne dello stesso.<sup>270</sup>

D'altronde tale principio è stato confermato anche dalla Convenzione di Vienna del 1969, dove all'art. 27, perentoriamente dispone che *a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty* e dalla prassi successiva dei tribunali internazionali, in cui è stato evidenziato<sup>271</sup> che ai fini della sussistenza di una responsabilità internazionale non è rilevante l'osservanza della legislazione nazionale. Alle anzidette conclusioni consegue un importante corollario, riconosciuto anche come appartenente al diritto internazionale generale<sup>272</sup>, per cui uno Stato può violare un trattato senza violare un contratto, come anche, viceversa, violare un contratto senza violare un trattato.

Ciò non toglie che il diritto interno possa assumere valore per verificare se effettivamente il suo comportamento sia stato conforme a una norma di diritto internazionale. Pensiamo, per esempio alla norma del *trattamento nazionale* che impone lo stesso trattamento, riservato ai propri cittadini, anche agli stranieri. In questo caso la normativa interna viene utilizzata come indice

---

<sup>270</sup> *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Parte 2, Commento all'Articolo 3: "First, an act of a State cannot be characterized as internationally wrongful unless it constitutes a breach of an international obligation, even if it violates a provision of the State's own law. Secondly and most importantly, a State cannot, by pleading that its conduct conforms to the provisions of its internal law, escape the characterization of that conduct as wrongful by international law. An act of a State must be characterized as internationally wrongful if it constitutes a breach of an international obligation, even if the act does not contravene the State's internal law – even if, under that law, the State was actually bound to act in that way".

<sup>271</sup> ICJ *Elektronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Sentenza del 20 luglio 1989, *I.C.J. Reports 1989*, par. 74 – 124: "What is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision. Even had the Prefect held the requisition to be entirely justified in Italian law, this would not exclude the possibility that it was a violation of the FCN Treaty. The fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise. A finding of the local courts that an act was unlawful may well be relevant to an argument that it was also arbitrary; but by itself, and without more, unlawfulness cannot be said to amount to arbitrariness [...] nor does it follow from a finding by a municipal court that an act was unjustified, or unreasonable, or arbitrary, that that act is necessarily to be classed as arbitrary in international law, though the qualification given to the impugned act by a municipal authority may be a valuable indication".

<sup>272</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3*, decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002

di paragone per verificare l'effettivo adeguamento dello Stato a tale previsione<sup>273</sup>.

L'ordinamento interno potrebbe assumere valore anche in riferimento al riconoscimento o meno, da un punto di vista soggettivo, della responsabilità dello Stato. È stato evidenziato, in una nota sentenza<sup>274</sup>, alla quale poi si è conformata significativamente anche la prassi successiva<sup>275</sup>, che la riconducibilità del *claim* nell'una o nell'altra categoria comporta anche la possibilità di addebitare la condotta dell'ente statale allo Stato di appartenenza, ovvero riconoscere quello stesso comportamento come esclusivamente riconducibile allo stesso ente. Difatti, nel caso di un ricorso basato su un trattato, si applicano le norme sulla riferibilità della condotta allo Stato stabilite dal diritto internazionale, con l'effetto che uno Stato sarà responsabile a livello internazionale anche degli atti dei suoi organi di livello inferiore. Al contrario, la responsabilità statale non può essere invocata qualora quello stesso comportamento sia interpretato ai sensi dell'ordinamento domestico, che prevede il riconoscimento di una personalità giuridica separata per gli enti territoriali.

Ciononostante, la violazione di un obbligo contrattuale potrebbe giustificare un ricorso per violazione del trattato di investimento, quando lo stesso comportamento contravvenga anche le disposizioni del BIT applicabile. Un esempio potrebbe essere rappresentato dall'espropriazione di diritti

---

<sup>273</sup> *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Parte 2, Commento all'Articolo 3 par. 7: The rule that the characterization of conduct as unlawful in international law cannot be affected by the characterization of the same act as lawful in internal law makes no exception for cases where rules of international law require a State to conform to the provisions of its internal law, for instance by applying to aliens the same legal treatment as to nationals. It is true that in such a case, compliance with internal law is relevant to the question of international responsibility. But this is because the rule of international law makes it relevant, e.g. by incorporating the standard of compliance with internal law as the applicable international standard or as an aspect of it. Especially in the fields of injury to aliens and their property and of human rights, the content and application of internal law will often be relevant to the question of international responsibility. In every case it will be seen on analysis that either the provisions of internal law are relevant as facts in applying the applicable international standard, or else that they are actually incorporated in some form, conditionally or unconditionally, into that standard.

<sup>274</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, cit., par. 95, 96

<sup>275</sup> *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, decisione sulla giurisdizione dell'8 dicembre 2003, par. 76; *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decisione sulla giurisdizione del 22 aprile 2005, par. 210



dipendenti dal contratto dell'investitore, a prescindere che l'atto espropriativo riguardi diritti di proprietà tangibili o intangibili<sup>276</sup> come l'annullamento di un contratto di concessione<sup>277</sup> o la chiusura di una fabbrica<sup>278</sup>.

La giurisprudenza internazionale ha infatti ritenuto che l'espropriazione (o la misura avente effetto ad essa equivalente) possa avere ad oggetto non solo diritti reali, bensì anche diritti di natura obbligatoria previsti nel contratto di investimento fra Stato e investitore<sup>279</sup>. A tal riguardo, ha avuto un ruolo importante la giurisprudenza del Centro, che ha dapprima rifiutato di accettare che l'espropriazione potesse riguardare soltanto diritti reali<sup>280</sup> e in un secondo momento ha riconosciuto che tale estensione appartenesse al diritto internazionale generale<sup>281</sup>.

Occorrerebbe domandarsi, a questo punto, stante il più ampio significato riconosciuto al termine espropriazione, se tali condotte possano essere ancora qualificate come violazioni del contratto oppure, già di per sé come riconducibili alla violazione del trattato di investimento.

---

<sup>276</sup> *Iran-US Claims Tribunal, Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran et al.*, 21 IRAN-U.S. C.T.R., p.79, par. 76: "whether the expropriation is formal or de facto and whether the property is tangible, such as real estate or a factory, or intangible, such as the contractual rights involved in the present Case."

<sup>277</sup> ICJ *Schufeldt Claim (U.S.A. v. Guatemala)*, II Report of International Arbitral Awards 1081, 1949, p. 1097: "there can not be any doubt that property rights are created under and by virtue of a contract."

<sup>278</sup> PCIJ *German Interests in Polish Upper Silesia and the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Decisione n. 7 del 25 maggio 1926, 1926 P.C.I.J. 4, Series A, No. 7, p. 44

<sup>279</sup> ALEXANDROV S.A., *Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims* in *SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, in *The Journal of World Investment & Trade*, p.555

<sup>280</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case n. ARB/84/3, Decisione sul merito del 20 maggio 1992, par. 164: "the Tribunal [cannot] accept the argument that the term 'expropriation' applies only to jus in rem. The Respondent's cancellation of the project had the effect of taking certain important rights and interests of the Claimants. (...) Clearly, those rights and interests were of a contractual rather than in rem nature. However, there is considerable authority for the proposition that contract rights are entitled to the protection of international law and that the taking of such rights involves an obligation to make compensation therefore".

<sup>281</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case N. ARB(AF)/99/2, Decisione dell'11 ottobre 2002, par. 98: "In the Tribunal's view, there can be no doubt on the point. Many of the decisions cited by the parties as relevant to the scope of the standard involved intangible property, including contract claims. Moreover, it is clear that the protection afforded by the prohibition against expropriation or equivalent treatment in Article 1110 can extend to intangible property interests, as it can under customary international law. In the Tribunal's view, there is no reason for reading Article 1105(1) any more narrowly".

In altre parole, dunque, lo stesso comportamento, sarebbe idoneo a legittimare diverse pretese fondate su diversi ordinamenti giuridici, quello interno dello Stato ospite dell'investimento e quello internazionale<sup>282</sup>, invocando, da un lato l'inadempimento del contratto e dall'altro la responsabilità internazionale dello Stato<sup>283</sup>, con la precisazione che le rispettive responsabilità sono indipendenti l'una dall'altra<sup>284</sup>.

Di conseguenza, sono state dichiarate infondate le eccezioni di incompetenza dell'ICSID basate sulla natura contrattuale del ricorso ad opera dell'investitore, non essendo tale situazione di ostacolo alla giurisdizione del Centro che comunque dovrebbe valutare se alla violazione del contratto corrisponda anche una violazione del BIT<sup>285</sup>.

Lo stesso Centro però ha cercato di arginare il ricorso al concetto di espropriazione, comprensivo anche dei diritti contrattuali, stabilendo l'impossibilità del suo utilizzo da parte degli investitori come espediente per estendere la giurisdizione dei Tribunali ad ogni violazione del contratto di investimento da parte dello Stato ospite, essendo necessario al fine della sua applicazione, non un mero inadempimento dell'accordo ma un annullamento del diritto con l'astratta impossibilità per l'investitore di poter ricorrere ad altri strumenti<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI*, Parigi, 2004, p. 759.

<sup>283</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 147: "as a matter of general principle, the same set of facts can give rise to different claims grounded on differing legal orders: the municipal and the international legal orders".

<sup>284</sup> *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Decisione del 12 ottobre 2005, par.53: "inasmuch as a breach of contract at the municipal level creates at the same time the violation of one of the principles existing either in customary international law or in treaty law applicable between the host State and the State of the nationality of the investor, it will give rise to the international responsibility of the host State. But that responsibility will co-exist with the responsibility created in municipal law and each of them will remain valid independently of the other, a situation that further reflects the respective autonomy of the two legal systems (municipal and international) each one with regard to the other".

<sup>285</sup> Cfr. *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/2, Decisione sulla Giurisdizione dell'11 maggio 2005 ('Camuzzi v Argentina 1'), par. 83; e *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/16, Decisione sulla giurisdizione dell'11 maggio 2005, par. 95

<sup>286</sup> *Waste Management v. Messico*, ICSID Case N° ARB(AF)/00/3, Decisione del 30 aprile 2004, par.177-178: "it is one thing to expropriate a right under a contract and another to fail to comply with the contract. Non-compliance by a government with contractual obligations is not the same thing as, or equivalent or tantamount to, an expropriation. (...) Rather it is necessary to show an effective repudiation of the right, unredressed by any remedies available to the Claimant, which has

Per poter parlare di violazione del BIT, quindi, l'inadempimento contrattuale deve essere il risultato di un comportamento che va al di là dei rapporti ordinari fra parti contraenti, mediante l'esercizio della *puissance publique*<sup>287</sup>, riconducibile solo agli Stati al fine di non adempiere alle obbligazioni imposte dal contratto di investimento. Ciò escluderebbe gli atti di natura strettamente commerciale, come per esempio il mancato pagamento di una somma prevista dal contratto di concessione<sup>288</sup> compiuti dallo Stato ospite in qualità di semplice parte contraente e non nelle vesti di ente sovrano, dall'applicazione della disciplina, in quanto non sussumibili nelle fattispecie di espropriazione (diretta o indiretta), trattamento giusto ed equo, generalmente previste dalle norme dei BIT.

Secondo questo orientamento, le condizioni che devono sussistere affinché l'inadempimento dello Stato ospite possa essere considerato come violazione del BIT consistono nella riconducibilità della condotta oggetto della controversia allo Stato ospite<sup>289</sup> e che la stessa abbia natura di atto sovrano, e che dunque vada oltre il semplice inadempimento contrattuale di una parte contraente<sup>290</sup>.

Vale la pena segnalare un diverso orientamento il quale, piuttosto che attribuire efficacia costitutiva della competenza dell'ICSID al *puissance publique* di cui la condotta statale dovrebbe essere caratterizzata per integrare una violazione del diritto internazionale, pone l'accento sul dato fattuale

---

the effect of preventing its exercise entirely or to a substantial extent". Per un ulteriore approfondimento al riguardo, si veda il paragrafo 3.3 del presente capitolo".

<sup>287</sup> *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, par. 281: "it is the Tribunal's view that only measures taken by Pakistan in the exercise of its sovereign power ('puissance publique'), and not decisions taken in the implementation or performance of the Contracts, may be considered as measures having an effect equivalent to expropriation. Therefore, the Tribunal has jurisdiction only to consider the former, and not the latter, for the purposes of Article 5 of the BIT".

<sup>288</sup> *Waste Management v. Messico*, ICSID Case N° ARB(AF)/00/3, cit., par. 174: "In such cases simply to assert that 'property rights are created under and by virtue of a contract' is not sufficient. The mere non-performance of a contractual obligation is not to be equated with a taking of property, nor (unless accompanied by other elements) is it tantamount to expropriation. Any private party can fail to perform its contracts, whereas nationalization and expropriation are inherently governmental acts".

<sup>289</sup> *Supra* p. 99

<sup>290</sup> *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, cit. par. 267: "The threshold to establish that a breach of the Contracts constitutes a breach of the Treaty is a high one."

dell'effetto della condotta statale sul diritto di proprietà dell'investitore privato<sup>291</sup>. Con tale teoria, definita *sole effect doctrine*, non avrebbe rilevanza che l'atto posto in essere dallo Stato sia qualificabile come *iure imperii* affinché venga riconosciuta la competenza del Centro ma terrebbe conto delle conseguenze della condotta statale sui diritti reali e contrattuali dell'investitore.

Invero, la possibilità di ricondurre all'interno della disciplina dei *treaty claims* anche atti degli Stati di natura non sovrana potrebbe essere ammessa attraverso l'applicazione delle *umbrella clauses*.

## **2. L'estensione della competenza sui *contract claims* attraverso l'applicazione delle *umbrella clauses***

La necessità di garantire una certezza nell'investimento, anche nella fase di soluzione delle controversie, è il *leit motiv* che caratterizza la disciplina degli investimenti internazionali. Difatti, la medesima finalità è desumibile in tutte quelle previsioni contenute nei BITs che prevedono, in termini generali, che le violazioni del contratto di investimento sono equiparate alla violazione del trattato che funge da cornice.

Le previsioni convenzionali di tale – o simile - tenore vengono solitamente definite *umbrella clauses*.

Sin dal primo trattato di investimento, stipulato tra Germania e Pakistan, gli Stati concordarono che ciascuno di essi avrebbe rispettato ogni altro obbligo che avrebbero potuto assumere in relazione agli investimenti di cittadini o società della controparte.<sup>292</sup>

---

<sup>291</sup> *Tokios Tokelès v Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, Decisione sulla giurisdizione del 22 aprile 2004; *ICSID Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, Case No ARB/99/7, Decisione sull'annullamento del 1 November 2006; *ICSID Telenor Mobile Communications AS v. Hungary*, Case No ARB/04/15, Decisione del 13 settembre 2006

<sup>292</sup> Trattato bilaterale d'investimento tra Germania Pakistan del 1959, in [www.iisd.org/pdf/2006/investment\\_pakistan\\_germany.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2006/investment_pakistan_germany.pdf). Art. 7: "Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other party".

Previsione di tenore analogo sono state successivamente adottate anche in diversi accordi multilaterali come nel *draft Convention on the protection of foreign property*<sup>293</sup> promosso dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (secondo la formulazione italiana OCSE)<sup>294</sup>, che ha svolto, tra l'altro, una funzione ispiratrice di diversi *model BIT*<sup>295</sup>. In questa bozza di accordo si prevedeva, con una formulazione piuttosto generica, che le Parti avrebbero garantito l'osservanza degli impegni presi sulla proprietà dei *nationals* degli altri Paesi contraenti. Si legge nel commento che questa previsione rappresenta un'applicazione del generale principio *pacta sunt servanda* e che si applica indistintamente anche in favore degli accordi sottoscritti tra lo Stato ospite e il cittadino o l'impresa straniera<sup>296</sup>.

La dottrina autorevolmente sosteneva<sup>297</sup> che, al fine di evitare l'applicazione della legge dello Stato ospite dell'investimento, qualsiasi contratto stipulato tra quest'ultimo e l'investitore straniero sarebbe dovuto essere stato incorporato o menzionato in un trattato tra gli Stati coinvolti (definito *umbrella treaty*), in modo tale che una violazione del contratto fosse considerata di fatto una violazione del trattato.

L'inserimento della *umbrella clauses* nei BITs è piuttosto frequente, nonostante abbia una formulazione variegata l'effetto tipico è che fa sorgere la responsabilità internazionale degli Stati parti del trattato in caso di non ottemperanza degli obblighi assunti nei confronti degli investitori in base a un contratto. Lo Stato, infatti, durante un rapporto di investimento, è tenuto al

---

<sup>293</sup> OECD, *Draft Convention on the protection of foreign property. Text with notes and comments*, Parigi, 1967

<sup>294</sup> *The Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) is an international organisation that works to build better policies for better lives. Our goal is to shape policies that foster prosperity, equality, opportunity and well-being for all. Per un approfondimento WOODWARD R., *The Organisation for Economic Co-operation and Development*, in *Routledge Global Institutions*, New York, 2009.

<sup>295</sup> Facciamo riferimento, soprattutto ai *model BITs* degli anni 1980 adottati da Stati Uniti, Francia e Regno Unito. Per un approfondimento Cfr. VANDEVELDE, *United States Investment Treaties: policy and practise*, The Hague, 1992, p. 78.

<sup>296</sup> *Convention on the protection of foreign property*, cit., p. 2. Art. 2: "Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other Party."

<sup>297</sup> LAUTERPACHT E., *Anglo-Iranian Oil Company Ltd. Persian settlement opinion*, 20 gennaio 1954, riprodotta in SINCLAIR, *The origins of Umbrella clause in the International law of investment protection*, in *Arbitration International*, 2004, p. 415.

rispetto non solo degli obblighi discendenti dal contratto ma anche da quanto previsto dal BIT di riferimento, in applicazione del principio *pacta sunt servanda*<sup>298</sup>. Da ciò discende che, in applicazione della clausola *de quo*, la violazione di un'obbligazione contrattuale comporterebbe non soltanto la violazione del contratto ma anche l'inadempimento dell'accordo, in quanto quelle stesse obbligazioni avrebbero una protezione internazionale<sup>299</sup>.

La diversità del contenuto della clausola è poi, paradossalmente, un aspetto unificatore della sua disciplina rispetto ad altri standard di trattamento previsti nel trattato di investimento (come per esempio la clausola della nazione più favorita). Il diverso contenuto della clausola comporta un'instabile attuazione della disciplina che ne discende. D'altronde, in sede arbitrale, la sua applicazione non può prescindere da un'interpretazione del dato letterale.

La diversa formulazione del contenuto riguarda soprattutto la caratterizzazione del tipo di obbligo a cui si riferiscono e la delimitazione del suo oggetto in termini più o meno specifici.

Quanto al primo aspetto si consideri, tra le formulazioni più generiche, quei BITs che fanno un generale riferimento al *rispetto, in buona fede di tutti gli impegni assunti con riguardo a ciascun specifico investitore*<sup>300</sup>; oppure al contrario, quei trattati che presentano una rigorosa terminologia<sup>301</sup>, nonché quegli accordi in cui la formulazione dell'*umbrella clause* si colloca in una posizione intermedia dove, il tipo di obbligo coperto, è definito in relazione

---

<sup>298</sup> *Noble Ventures c. Romania*, ICSID Case n. ARB/01/11, *Award* del 12 ottobre 2005, par. 51: "Since States usually do not conclude, with reference to specific investments, special international agreements in addition to existing bilateral investment treaties, it is difficult to understand the notion "obligation" as referring to obligations undertaken under other international agreements. And given that such agreements, if concluded, would also be subject to the general principle of *pacta sunt servanda*, there would certainly be no need for a clause of that kind"

<sup>299</sup> WESTBERG, MARCHAIS, *Pacta sunt servanda and State contracts – A commentary*, in *Foreign Investment Journal*, 1992, p. 477 ss.

<sup>300</sup> Art. II, par. 4, del Trattato tra Italia e Giordania del 2000: "each contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith of all undertakings assumed with regards to each specific investor".

<sup>301</sup> Art. II del Trattato bilaterale tra Austria e Cile del 1997: "Promotion, Admission and Protection of Investments...Each Contracting Party shall observe any contractual obligation it may have entered into towards an investor of the other Contracting Party with regard to investments approved by it in its territory".

all'investimento o all'investitore<sup>302</sup>. Sempre in relazione alla tipologia di obbligo è interessante quella formulazione che prevede direttamente in capo agli Stati contraenti, oltre l'obbligo di rispettare gli impegni contenuti nello stesso accordo, e quelli che potrebbero discendere dal contratto stipulato con l'investitore straniero, anche di astenersi dall'interferire nell'esecuzione del contratto stipulato da cittadini o società con i cittadini o le società dell'altra parte contraente per quanto riguarda i loro investimenti, sempre in aggiunta a quanto previsto dall'accordo stesso<sup>303</sup>.

In merito al secondo aspetto, si distingue, la terminologia adottata nel limitare la sfera di applicazione di tale disposizione agli obblighi nascenti da rapporti con determinati soggetti o con specifici investimenti<sup>304</sup>, da quelle formulazioni dove, invece, è assicurato da parte di ciascuno Stato il costante rispetto degli impegni assunti in relazione agli investimenti degli investitori dell'altra Parte contraente, senza alcuna specificazione ulteriore<sup>305</sup>.

#### **a) Interpretazione restrittiva delle umbrella clauses**

Le prime applicazioni delle *umbrella clauses* sono intervenute a distanza di diversi anni dall'entrata in vigore dei BITs e hanno avuto come caratteristica comune un'interpretazione restrittiva del loro significato. Tale

---

<sup>302</sup> Si veda, a titolo di esempio, l'articolo II, par. 2, lett. c), del Trattato tra Stati Uniti e Argentina del 1991: "Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments".

<sup>303</sup> Articolo 15 del Trattato bilaterale tra Repubblica ceca e Singapore del 1995: "Each Contracting Party shall observe commitments, additional to those specified in this Agreement, it has entered into with respect to investments of the investors of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall not interfere with any commitments, additional to those specified in this Agreement, entered into by nationals or companies with the nationals or companies of the other Contracting Party as regards their investments".

<sup>304</sup> Trattato bilaterale tra Gran Bretagna e Filippine del 1980 all'articolo III, par. 3: "Each Contracting Party shall observe any obligation arising from a particular commitment it may have entered into with regard to a specific investment of nationals or companies of the other Contracting Party".

<sup>305</sup> Trattato di investimento tra Svizzera e Pakistan, nel cui art. 11 si prescrive: "Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party".

scelta interpretativa era finalizzata ad arginare i loro effetti, in quanto non ancora ben consapevoli delle conseguenze derivanti dalla loro applicazione.

Soltanto nel 2003<sup>306</sup> un Tribunale ICSID ha infatti avuto occasione di affrontare la portata di detta clausola. La disposizione controversa stabiliva che *either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.*

Nella motivazione i giudici sostengono che alla stregua dei criteri interpretativi tipici del diritto internazionale, cioè quelli contemplati all'art. 31 della Convenzione di Vienna, non sono stati forniti elementi sufficienti per sostenere che era intenzione delle Parti contraenti del BIT di promuovere le violazioni contrattuali al grado di condotte configurabili la responsabilità internazionale dello Stato. Difatti, secondo un'interpretazione letterale, è incerto se gli obblighi, la cui osservanza i contraenti dovranno costantemente garantire, siano quelli derivanti dalla stipulazione di contratti con gli investitori o dall'adozione di atti legislativi o amministrativi in materia di investimenti. Viceversa, deve essere riconosciuta l'esistenza di un principio di diritto internazionale secondo il quale una violazione di un contratto, stipulato da uno Stato con un investitore di un altro Stato, non è di per sé, una violazione del diritto internazionale<sup>307</sup>. Piuttosto, dalla collocazione dell'articolo in discussione, fra le ultime disposizioni del BIT – ponendo l'accento su un'interpretazione sistematica - è possibile dedurre una rilevanza della clausola in qualche modo minore rispetto agli standard previsti dai primi articoli dell'accordo.

---

<sup>306</sup> Trattasi del citato caso SGS c. Pakistan Sentenza arbitrale ICSID del 6 agosto 2003, in ICSID Review- Foreign Investment Law Journal, 2003, p. 307 ss. Oggetto della controversia era la presunta violazione, fra gli altri, dell'Articolo 11 del BIT fra Svizzera e Pakistan in cui era contenuta la *umbrella clause*. La società svizzera SGS, infatti, lamentava l'illegittima risoluzione del contratto di investimento (denominato PSI Agreement) ad opera del Governo del Pakistan, "elevata" – secondo l'opinione sostenuta dall'investitore – a violazione del BIT ad opera del sopracitato Articolo 11.

<sup>307</sup> *SGS c. Pakistan*, cit., par. 167: "under general international law, a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law, and considering further that the legal consequences that the Claimant would have us attribute to Article 11 of the BIT are so far-reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party, we believe that clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant"



Secondo l'opinione dei giudici, un'interpretazione dell'*umbrella clause*, così come proposta dall'investitore, avrebbe portato a un'incorporazione, come parte stessa del BIT, di un numero pressoché sconfinato di obbligazioni contrattuali, con il conseguente serio e concreto pericolo, che l'investitore possa invocare la responsabilità internazionale di uno Stato ospite per l'adozione di un illimitato numero di comportamenti tenuti in violazione dei contratti stipulati con l'investitore stesso<sup>308</sup>.

Accordando questa tipologia di interpretazione, secondo i giudici, sarebbe stata superflua ogni altra norma a protezione dell'investitore prevista dal trattato bilaterale. Invero, alcune tutele contenute nel BIT, includono standard che non sono generalmente contenuti nei contratti di investimento. Facciamo riferimento, per esempio, al divieto di discriminazione, al trattamento giusto ed equo, alla protezione dall'espropriazione e garanzia di trattamento più favorevole rispetto agli altri Stati.<sup>309</sup>

I giudici, però, in sede di valutazione, non hanno tenuto conto che tra i criteri interpretativi previsti all'art. 31 è contemplato anche il metodo teleologico. Ciò comporta che, se è riconosciuto pacificamente che obiettivo dei BITs sia la tutela dell'investimento (e dell'investitore) avrebbero dovuto argomentare anche i motivi per cui si sono discostati da questa impostazione. In verità, sembrerebbe che la preoccupazione degli arbitri fosse maggiormente incentrata sulle conseguenze di un'interpretazione eccessivamente espansiva delle *umbrella clauses*, inficiando l'intera argomentazione come se fosse finalizzata allo scopo di limitare gli effetti di una norma, piuttosto che interpretare la volontà delle Parti che l'hanno prevista.

L'orientamento appena esposto è stato successivamente ripreso<sup>310</sup> mostrando, tuttavia, un'apertura nella distinzione tra *State as a merchant* e

---

<sup>308</sup> *Ibidem.*, par. 168: "Article 11 would amount to incorporating by reference an unlimited number of State contracts, as well as other municipal law instruments setting out State commitments including unilateral commitments to an investor of the other Contracting Party. Any alleged violation of those contracts and other instruments would be treated as a breach of the BIT".

<sup>309</sup> WONG J., in *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, 2007, p.164.

<sup>310</sup> *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decisione sulla giurisdizione del 27 aprile 2006,

*State as a sovereign*, laddove, solo nel secondo caso, troverebbero applicazione le *umbrella clauses*<sup>311</sup>.

Nel medesimo filone si colloca una diversa pronuncia che tiene conto, non tanto della qualità dell'atto posto in essere dallo Stato, quanto del suo effetto: l'esistenza di una qualche forma di interferenza da parte dello Stato nell'esecuzione del contratto<sup>312</sup>.

In queste decisioni è possibile osservare come l'interpretazione degli arbitri sembri privare di una reale autonomia la "clausola ombrello". Il ricorrente, in altre parole, potrebbe farne ricorso solo laddove quei *contract claims* siano già sussumibili negli autonomi standard di tutela<sup>313</sup>, come per esempio con le clausole di stabilizzazione, con cui lo Stato ospite si impegna sostanzialmente a non modificare il quadro giuridico nel quale viene concluso il contratto<sup>314</sup>.

In conclusione, il motivo di questa reticenza, verosimilmente, stante anche la poca conoscenza degli effetti dell'applicazione estensiva delle *umbrella clauses*<sup>315</sup>, riposa sulla necessità di arginare il ricorso all'arbitrato

---

<sup>311</sup> *Ibidem*, par. 79: "will not extend the Treaty protection to breaches of an ordinary commercial contract entered into by the State or a State-owned entity, but will cover additional investment protections contractually agreed by the State as a sovereign – such as a stabilization clause – inserted in an investment agreement".

<sup>312</sup> *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2004, par. 72.

<sup>313</sup> *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, cit., par. 84: "In the Tribunal's view, it is especially clear that the umbrella clause does not extend to any contract claims when such claims do not rely on a violation of the standards of protection of the BIT, namely, national treatment, MFN clause, fair and equitable treatment, full protection and security, protection against arbitrary and discriminatory measures, protection against expropriation or nationalisation either directly or indirectly, unless some requirements are respected".

<sup>314</sup> Cfr. anche il caso *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decisione sulla giurisdizione del 9 novembre 2004, par. 126: "Under Article 2(4), each contracting Party committed itself to create and maintain in its territory a 'legal framework' favourable to investments. This legal framework must be apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment. It must in particular be such as to ensure compliance of all undertakings assumed under relevant contracts with respect to each specific investor. But under Article 2(4), each Contracting Party did not commit itself to 'observe' any 'obligation' it had previously assumed with regard to specific investments of investors of the other contracting Party (...). It did not even guarantee the observance of commitments it had entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Parties (...). It only committed itself to create and maintain a legal framework apt to guarantee the compliance of all undertakings assumed with regard to each specific investor."

<sup>315</sup> SAVAGE J., *Investment Treaty Arbitration and Asia: Review of Developments in 2005 and 2006*, in *1 Asian International Arbitration Journal*, 2007, p. 40.

internazionale con il timore di potervi fare ricorso per ogni tipologia di inadempimento contrattuale.

## b) Interpretazione estensiva

La successiva interpretazione delle *umbrella clauses* sebbene abbia come effetto permetterne una maggiore applicazione, muove da una premessa differente rispetto a quella sostenuta in occasione delle prime applicazioni della clausola, incline ad attribuire alle *observance of undertakings clauses* l'effetto dirompente di trasformare l'inadempimento contrattuale in una violazione di obblighi posti dal trattato bilaterale d'investimento<sup>316</sup>.

La giurisprudenza seguente, difatti, fu cauta nel riconoscere un effetto maggiore delle *umbrella clauses* senza tuttavia sostenere la trasformazione delle obbligazioni contrattuali in questioni attinenti viceversa i trattati e, dunque, il diritto internazionale<sup>317</sup>.

Difatti, la possibilità e l'opportunità di inserire una previsione di questo tenore, è una libera valutazione delle Parti, con lo scopo *of achieving the objects and goals of the treaty*, e solo in questo caso l'obbligazione sarebbe internazionalizzata cioè assimilata a una violazione del trattato<sup>318</sup>.

Quanto osservato, non consegue, necessariamente, che le due forme di responsabilità dello Stato si confondano. La conseguenza più accettabile sarebbe configurare, piuttosto, le *umbrella clauses* come una forma di

---

<sup>316</sup> WEIL, *Problemes relatifs aux contrats pass.s entre un Etat et un particulier*, in *Recueil des Cours*, 1969, p. 130 ss.; DOLZER R., STEVENS M., *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., p. 82 ss.

<sup>317</sup> *SGS c. Filippine*, ICSID Case n. ARB/02/6, par. 126: "It does not convert questions of contract law into questions of treaty law. In particular it does not change the proper law of the CISS Agreement from the law of the Philippines to international law. Article X(2) addresses not the scope of the commitments entered into with regard to specific investments but the performance of these obligations, once they are ascertained"

<sup>318</sup> *Noble Ventures c. Romania*, ICSID Case n. ARB/01/11, Sentenza arbitrale del 12 ottobre 2005, par 53: "two States may include in a bilateral investment treaty a provision to the effect that, in the interest of achieving the objects and goals of the treaty, the host State may incur international responsibility by reason of a breach of its contractual obligations towards the private investor of the other Party, the breach of contract being thus "internationalized", i.e. assimilated to a breach of the treaty"

protezione aggiuntiva<sup>319</sup> per l'investimento a cui sia applicabile un trattato bilaterale. L'investitore può avvalersi potenzialmente di due ricorsi, l'uno direttamente al tribunale arbitrale internazionale scelto nell'accordo interstatale competente per la violazione dell'*observance of undertakings clause*, l'altro di fronte all'autorità indicata nel contratto con lo Stato ospite. Quest'ultimo rimedio non cessa di essere disponibile poiché la responsabilità contrattuale non viene trasformata in responsabilità internazionale dello Stato in virtù della particolare disposizione del trattato bilaterale<sup>320</sup>.

Questi risultati sono giunti facendo leva soprattutto sui criteri dell'interpretazione letterale, teleologica e dell'effetto utile.

Solitamente nella formulazione dell'*umbrella clause* si prevedevano espressioni come *observance of undertakings clause*, oppure il riferimento a *any obligation* o a *any commitment*, sostenendo che l'utilizzo di formule apparentemente molto ampie nei trattati bilaterali deve essere collegato sia alla nozione di investimento sia ai mezzi di risoluzione delle controversie propri degli accordi internazionali<sup>321</sup>.

L'utilizzo del criterio teleologico, fondato sull'oggetto e lo scopo del trattato ha corroborato le conclusioni giunte in applicazione della formulazione testuale. La protezione e la promozione degli investimenti, a cui si fa riferimento in ogni preambolo di accordo bilaterale sugli investimenti, sono state lette nel loro significato più ampio: in questo modo potrebbero essere pregiudicati altri interessi degli Stati e si potrebbe rischiare un pretestuoso ricorso ma, invero, sarebbe necessario ricercare un bilanciamento con gli altri interessi ugualmente previsti nell'accordo, come potrebbero essere, per esempio, sviluppo e l'interesse economico dello Stato<sup>322</sup>, la salute e la

---

<sup>319</sup> *LG&E c. Argentina*, ICSID Case n. ARB/02/1, sentenza arbitrale del 3 ottobre 2006, par. 170: "Such clause, referred to as an 'umbrella clause', is a general provision included in a fairly large number of bilateral treaties that creates a requirement for the host State to meet its obligations towards foreign investors, including those that derive from a contract. Hence such obligations receive extra protection by virtue of their consideration under the bilateral treaty".

<sup>320</sup> KUNOY B., *Singing in the rain. Developments in the interpretation of umbrella clauses*, in *Journal of World Investment and trade*, 2006, p. 299 ss.

<sup>321</sup> WALDE, *The "umbrella (or sanctity of contract/pacta sunt servanda) clause in investment arbitration: a comment on original intentions and recent cases*, in *Transnational Dispute Management*, 2004, p. 74

<sup>322</sup> Si veda il preambolo del trattato bilaterale tra Italia e Argentina del 1990: "Il Governo della Repubblica Italiana ed il Governo della Repubblica Argentina, qui di seguito denominate Parti

protezione dell'ambiente. L'effetto di un'*umbrella clause* potrebbe risultare limitato laddove il rispetto di tutti gli impegni presi con gli investitori impedisca interventi pubblici a favore dei suddetti valori.

Un ruolo importante nella scelta di un'interpretazione estensiva è da riconoscere al criterio dell'effetto utile. È necessario quindi, che ci sia una differenza, tra le *umbrella clauses* e le altre disposizioni del trattato bilaterale relative agli standards di trattamento e di protezione in modo che ciascuna disposizione possa assumere un proprio significato. Per evitare che a tali clausole venga riconosciuto un funzionamento analogo ad altri standard di trattamento, svuotandole in questo modo di una propria identità, è necessario che le venga riconosciuto un esclusivo ambito di applicazione.

Le uniche azioni o omissioni che rimangono fuori dagli *standards* di trattamento, come il divieto di espropriazione indiretta o il trattamento giusto ed equo, purché previste dal trattato bilaterale, riferendosi alle quali le *umbrella clauses* potrebbero esprimere una forma di tutela differente, potrebbero essere quelle violazioni di obblighi assunti proprio in qualità di controparte economica degli investitori, cioè tutte quella attività che compie non in virtù di soggetto sovrano, la cui esclusione, nel primo periodo, discendeva dal timore di un eccessivo ricorso da parte degli investitori che potrebbe invece essere corretto, come visto, utilizzando altri criteri interpretativi.

---

Contraenti, desiderando creare condizioni favorevoli per una maggiore cooperazione economica fra i due Paesi ed, in particolare, per la realizzazione di investimenti da parte di investitori di una Parte Contraente nel territorio dell'altra; considerando che l'unico modo per stabilire e mantenere un adeguato flusso internazionale di capitali consiste nell'assicurare un clima propizio agli investimenti, nel rispetto delle leggi del Paese ricevente; riconoscendo che la conclusione di un Accordo per la Promozione e la reciproca Protezione degli Investimenti contribuirà a stimolare iniziative imprenditoriali idonee a favorire la prosperità delle due Parti Contraenti, hanno convenuto quanto segue". Oppure il preambolo del Model BIT statunitense del 2004: "Desiring to promote greater economic cooperation between them with respect to investment by nationals and enterprises of one Party in the territory of the other Party; Recognizing that agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties; Agreeing that a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards; Recognizing the importance of providing effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investment under national law as well as through international arbitration; Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights; Having resolved to conclude a Treaty concerning the encouragement and reciprocal protection of investment; Have agreed as follows".

Ciò dovrebbe comportare che laddove il Tribunale ICSID dovesse decidere sulla base di un inadempimento contrattuale che legittimerebbe la sua competenza solo a seguito dell'operatività di una *umbrella clause*, quel determinato comportamento, non integrando in sé un illecito internazionale dovrebbe essere valutato applicando la normativa richiamata dall'accordo tra l'investitore e l'*Host State*.

Inoltre, una seconda tipologia di problematiche che potrebbero discendere riguarderebbero il possibile conflitto di giudicati. Infatti, se è vero che il rimedio espresso dalle *umbrella clauses* si aggiunge a quello previsto dall'ordinamento domestico, è anche vero che l'investitore potrebbe ricorrere contestualmente a entrambi i rimedi, aumentando le incertezze tra i rapporti giuridici tra le Parti. Una possibile soluzione a questo impasse dovrebbe quindi essere ricercato in un accordo multilaterale che fissi delle regole sulla litispendenza<sup>323</sup>.

### **c) La problematica del riparto di giurisdizione**

Dall'analisi svolta, il riparto di giurisdizione tra tribunali ICSID e giudici nazionali al netto dell'operatività delle *umbrella clauses* non dovrebbe presentare problematiche applicative: quando la contestazione si basa sul contratto la competenza e del giudice nazionale ovvero dell'autorità scelta dalle Parti nel contratto di investimento. Se, diversamente la contestazione ha come *causa petendi* una violazione del trattato verrebbe riconosciuta la competenza del Tribunale ICSID.

L'anzidetta distinzione tuttavia, non tiene conto dell'operatività di alcune previsioni, come appunto l'*umbrella clauses* che hanno come effetto estendere la competenza dei Tribunali internazionali su questioni che altrimenti sarebbero di competenza dell'autorità territoriale.

---

<sup>323</sup> REINISCH, *Umbrella clauses*, Seminario sulla protezione internazionale degli investimenti, consultabile sul sito <https://eur-int-comp-law.univie.ac.at/> p. 38.

La riconducibilità nell'una o nell'altra categoria comporta poi, l'applicazione di un differente diritto al fine di giungere alla soluzione della controversia. Nel primo caso sarà la legge scelta dalle Parti, in caso di arbitrato ICSID quanto previsto all'art. 42 della Convenzione di Washington del 1965<sup>324</sup>.

Ma la determinazione della competenza dell'ICISD anche sui *contract claims* non è di semplice individuazione. Sarebbe necessario che la condotta posta in essere dallo Stato ospite non sia una semplice violazione di carattere prettamente commerciale, ma l'atto deve essere connotato dalla *puissance publique*. Laddove manchi questo requisito, l'inadempimento contrattuale compiuto dallo Stato ospite non è difforme da quello compiuto da una qualsiasi parte contraente privata, e pertanto non è sanzionabile secondo le forme stabilite dai BITs.

Questo orientamento, a sua volta si pone in contrasto con la *sole effect doctrine* per il quale, viceversa, affinché l'inadempimento contrattuale sia idoneo a integrare l'applicazione della *umbrella clauses* occorrerebbe tenere conto delle conseguenze della condotta statale sui diritti reali e contrattuali dell'investitore. Tale impostazione rifletterebbe, tra l'altro, il criterio dell'effetto utile, idoneo a garantire alle *umbrella clauses* un'applicazione autonoma rispetto gli altri standard di trattamento.

Ancora diversa è infine la questione che si pone in relazione alla presenza nel trattato bilaterale dell'individuazione non di un unico Tribunale ma di uno svariato numero di autorità, sia nazionali che internazionali, alle quali l'investitore può ricorrere<sup>325</sup>.

La questione prospettata, definita *fork in the road*<sup>326</sup>, prevede, tuttavia, che una volta espressa la scelta, non è più permesso al ricorrente di valersi di

---

<sup>324</sup> *Supra*, p. 63

<sup>325</sup> Cfr. il Trattato bilaterale tra Germania e Cina del 2003 al cui art. 9, par. 3 si prevede che "the dispute shall be submitted for arbitration under the Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID), unless the parties in dispute agree on an ad-hoc arbitral tribunal to be established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on the International Trade Law (UNCITRAL) or other arbitration rules".

<sup>326</sup> REDFERN A., HUNTER M., BLACKABY N. e PARTASIDES C., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londra, 2004, p. 576.

altri rimedi, limitando in tal modo, pretestuose domande, non solo limitatamente ai *contract claims* ma a ogni tipo di pretesa relativa all'investimento<sup>327</sup>.

### **3. Gli Standard per il trattamento non discriminatorio dell'investitore**

Oltre alle clausole già esaminate, ulteriori previsioni potrebbero essere inserite nel BIT al fine di tutelare la posizione dell'investitore straniero.

Si fa riferimento alla clausola della nazione più favorita e alla clausola del trattamento nazionale. Le anzidette clausole, solitamente previste congiuntamente nei trattati sugli investimenti<sup>328</sup>, presentano un elemento in comune – che permette una trattazione congiunta – vale a dire il necessario confronto con la posizione giuridica di un altro investitore dello Stato ospite ovvero di un investitore straniero di un altro Stato. L'investitore straniero deve

---

<sup>327</sup> *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002, par. 86. "Once an investor has submitted the dispute to the courts of the Contracting Party concerned or to international arbitration, the choice of one or the other of those procedures is final".

<sup>328</sup> Cfr per esempio *Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Kazakhstan concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments*, art. 2 par. 2: "Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Kazakhstan concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable." Oppure il model bit italiano del 2003 dove, all'art. 3 prevede: "1. Both Contracting Parties, within their own territory, shall offer investments effected by, and income accruing to, investors of the other Contracting Party no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States. The same treatment will be granted to the activities connected with an investment. . Should from the legislation of either Contracting Parties or from the international obligations in force, or that may come into force in the future for one of the Contracting Parties, come out a legal framework according to which investors of the other Contracting Party would be granted a more favourable treatment than the one provided in this Agreement, the treatment granted to the investors of such other Party will apply to investors of the relevant Contracting Party also for the outstanding relationships. 3. The provisions under paragraphs 1 and 2 of this Article do not refer to the advantages and privileges which one Contracting Party may grant to investors of Third States by virtue of their membership to a Customs or Economic Union, a Common Market, to a Free Trade Area, to a regional or sub-regional Agreement, to an international multilateral economic Agreement or underAgreements to avoid double taxation or to facilitate cross border trade."



ritrovarsi in una situazione identica o quantomeno simile<sup>329</sup>, da un punto di vista qualitativo dell'investimento o del settore dell'economia in cui si sostanzia, rispetto a quella in cui si trova l'altro soggetto utilizzato come paragone.

L'invocazione di una delle clausole permette all'investitore ricorrente di pretendere un trattamento (o una protezione) non inferiore a quella prevista per il suo corrispondente. Dette clausole fungono, in altre parole, rispettivamente come limite esterno o limite interno al principio di non discriminazione<sup>330</sup>.

Secondo la definizione fornita dal *Final Draft Articles on Most Favoured Nations Clauses*<sup>331</sup>, la clausola della nazione più favorita (da qui in avanti MFN, secondo la formulazione inglese) *is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations*<sup>332</sup>. Mediante l'inserimento di detta clausola, quindi, l'investitore straniero, potrà beneficiare dello stesso trattamento (fintanto che sia migliore rispetto a quello altrimenti applicabile) riservato all'investitore straniero il cui Stato abbia stipulato un accordo sugli investimenti con l'*Host State*.

Il meccanismo che ne discende comporta che lo Stato di volta in volta ospite dell'investimento, riconoscendo un migliore trattamento all'investitore proveniente da un determinato Stato dovrà essere consapevole e assicurare che, entro i limiti di applicazione di detta clausola, il medesimo trattamento dovrà essere riconosciuto a tutti gli investitori i cui Stati di appartenenza abbiano stipulato un trattato sugli investimenti con lo Stato che ha posto in essere una disciplina migliorativa.

---

<sup>329</sup> Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto occasione di affrontare la questione con riferimento al divieto di imposizioni fiscali discriminatorie. Cfr CGCE causa 323/8, sentenza dell'11 luglio 1989, in Raccolta, p. 2275 e ss.

<sup>330</sup> VALENTI M., Gli Standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri, in *Diritto internazionale dell'economia* (a cura di) CARBONE S. M., COMBA A., COSCIA G., SACERDOTI C. e VENTURINI G., Torino, 2009, p. 141.

<sup>331</sup> *Final Draft Articles on Most Favoured Nations Clauses*, Text adopted by the International Law Commission at its thirtieth session, in 1978, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session (at para. 74). The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II, Part Two.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p. 1518.

Infatti, è stato accuratamente osservato<sup>333</sup>, che non esiste la clausola della nazione più favorita in sé, esistono virtualmente tante clausole quanti sono i trattati che prevedono il trattamento della nazione più favorita.

Dalla formulazione della clausola, nonostante grossomodo tutte prevedano un'ampia enunciazione, discende una diversa applicazione. Può per esempio genericamente prevedere che lo stesso trattamento debba estendersi, non solo all'investimento strettamente considerato, limitando l'applicazione a quanto previsto nel trattato, ma anche alle attività connesse all'investimento<sup>334</sup>. Oppure prevedere, specificatamente, quali sono le attività che rientrano nel suo ambito di applicazione, per esempio *management*, uso o cessione<sup>335</sup>.

Ciò comporta che laddove l'applicazione della MFN sia limitata all'investimento previsto nel trattato, l'operatività della clausola è strettamente connessa con la definizione di investimento contenuta nell'accordo, e dovrà quindi essere interpretata congiuntamente con quest'ultima.

Il dato letterale, infine, dovrà leggersi con lo scopo della clausola, cioè impedire che investitori stranieri, ricevano un trattamento diverso. Dunque, l'interpretazione, dovrebbe estendersi sino a ricomprendere tutte quelle attività entro le quali gli Stati abbiano convenuto di vincolarsi, al fine di evitare la discriminazione di un investitore straniero rispetto a un altro proveniente da un diverso Paese che per effetto di un BIT possa beneficiare di un trattamento migliore.

---

<sup>333</sup> SERENI A.P., Il trattamento della nazione più favorita, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1932, p. 55; USTOR, *Most Favoured Nations Clauses*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1985, p. 411.

<sup>334</sup> Per esempio il citato model BIT italiano, applicato nell'Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica del Guatemala, art. 3 par. 1: "Both Contracting Parties, within their own territory, shall offer investments effected by, and income accruing to, investors of the other Contracting Party no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States. The same treatment will be granted to the activities connected with an investment".

<sup>335</sup> *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Croatia for the Promotion and Protection of Investments*, London, 11 March 1997, entrato in vigore il 16 April 1998, art. 3 par. 2, "Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to treatment less favourable than that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State."

Anche per il concetto di trattamento esistono delle limitazioni: si sostiene, infatti che il miglior trattamento riservato a un unico investitore non può legittimare l'invocazione della clausola MFN. Le misure che integrano il trattamento della nazione più favorita devono avere carattere generale ed essere, quindi, riconducibili agli investitori di una certa nazionalità che si trovino in una situazione quantomeno simile rispetto all'investitore ricorrente.

Per quanto attiene il suo ambito di applicazione, con riferimento all'attività statale, deve intendersi che la clausola *de qua* si riferisca al solo concetto di trattamento, non anche a quello di protezione<sup>336</sup>. Il *discrimen* tra questi due concetti è dato dal momento nel quale essi si applicano: dove il primo consiste nel regime giuridico applicabile allo straniero mentre il secondo riguarda la disciplina di tutte quelle situazioni che causano pregiudizio all'investitore<sup>337</sup>. La protezione, solitamente, è prevista in una parte dedicata del BIT.

In merito agli effetti della clausola, la giurisprudenza ha ritenuto, infatti, che non possa estendersi fino a comprendere il consenso di uno Stato a un arbitrato internazionale. È stata invocata, difatti, per respingere le eccezioni di incompetenza dello Stato convenuto davanti l'ICSID, in quanto nel BIT applicabile tra lo Stato territoriale dell'investitore e l'*Host State* non era presente una disposizione che contenesse il consenso all'arbitrato<sup>338</sup>. Le anzidette conclusioni muovono dal presupposto che, nel diritto internazionale, la responsabilità internazionale di uno Stato può essere accertata soltanto se gli Stati coinvolti ne abbiano riconosciuto la giurisdizione e tale riconoscimento non può che fondarsi sul consenso<sup>339</sup>.

Diversamente, è stata riconosciuta l'operatività del diritto al trattamento giusto ed equo contenuto in altri BITs stipulati dall'*Host State* per effetto dell'invocazione della clausola MFN<sup>340</sup>.

---

<sup>336</sup> CARREAU D., JUILLARD P., *Droit International. Économique*, Parigi, 2007, p. 459

<sup>337</sup> VALENTI M., *Gli Standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*, op. cit., p. 145.

<sup>338</sup> *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA v. The Hashmite Kingdom of Jordan*, ICSID No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 29 novembre 2004, par. 116-118.

<sup>339</sup> *Supra* p. 42

<sup>340</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 luglio 2008, p. 227: "Respondent breached its

Le conclusioni raggiunte con riferimento alla clausola MFN possono essere mutuate nella disciplina della clausola sul trattamento nazionale. Quest'ultima si differenzia in quanto, termine di paragone, non è un altro investitore straniero a cui sarebbe applicabile, in virtù di un BIT, un trattamento più favorevole, ma è un investitore nazionale dell'*Host State* la cui disciplina dovrebbe essere estesa in virtù dell'applicazione di detta clausola all'investitore straniero richiedente<sup>341</sup>.

Invero, la disciplina delle due clausole si differenzia anche sotto il profilo dell'ispirazione. Se il principio della nazione più favorita, sin dalle sue origini, è stato finalizzato ad assicurare la libera concorrenza tra investitori, la clausola sul trattamento nazionale fu realizzata, dai Paesi in via di sviluppo, come contrappeso alla previsione del minimo internazionale, per evitare, non già che l'investitore straniero avesse lo stesso trattamento previsto per gli investitori nazionali, ma che non potesse beneficiare di un trattamento addirittura più favorevole<sup>342</sup>.

L'evoluzione della disciplina ha portato la clausola *de qua* al significato attuale<sup>343</sup> e come per la clausola MFN, deve preferirsi, in sede di applicazione un'interpretazione del dato testuale e, solo secondariamente, qualora questa non fosse sufficiente a risolvere la questione, fare ricorso al metodo

---

obligation to accord the investor the fair and equitable treatment imposed on Respondent by virtue of the MFN clause contained in article 2 (2) of the BIT.”

<sup>341</sup> Per un approfondimento Cfr. VINUESA R. E., *National Treatment, Principles*, in WOLFRUM R. (a cura di) *Encyclopedia of Public International Law*, 2012, vol. VII, p. 486

<sup>342</sup> VALENTI M., *Gli Standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*, op. cit., p. 163

<sup>343</sup> Cfr. Per esempio l'art. 1102 NAFTA, National Treatment: 1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. 2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments. 3. The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a state or province, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that state or province to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part. 4. For greater certainty, no Party may: (a) impose on an investor of another Party a requirement that a minimum level of equity in an enterprise in the territory of the Party be held by its nationals, other than nominal qualifying shares for directors or incorporators of corporations; or (b) require an investor of another Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment in the territory of the Party.

teleologico, con l'effetto di garantire uguali opportunità concorrenziali agli investitori stranieri rispetto agli investitori nazionali.

Affinché trovi applicazione è necessario che il corrispondente investitore locale eserciti un'attività quantomeno simile, rispetto a quella svolta dall'investitore straniero e che nei suoi confronti sia applicato un regime più favorevole<sup>344</sup>.

Un altro aspetto deve essere preso in considerazione affinché possa trovare applicazione detta clausola. È necessario infatti che il diverso trattamento non sia giustificato dall'esistenza di motivi che legittimino lo Stato a un trattamento diversificato in favore dell'investitore nazionale<sup>345</sup>. La prova dell'esistenza di un motivo legittimo è in capo allo Stato ospite, il quale dovrà dimostrare che il motivo del trattamento differenziato<sup>346</sup> e l'esigenza che questo venga salvaguardato.

Entrambe le previsioni, infine, non hanno assunto lo *status* di norme consuetudinarie. L'inserimento nel BIT della clausola del trattamento nazionale ovvero quella della MFN, nonostante rappresentino più che delle consolidate norme del diritto internazionale dell'economia<sup>347</sup>, continuano a essere, sotto il profilo dell'opportunità della loro previsione, nell'autonomia delle Parti. Gli Stati, in altre parole, sono liberi di riconoscere o non

---

<sup>344</sup> Nel caso in esame, il ricorrente contestava la conformità della condotta messicana con l'art. 1102 del NAFTA, in quanto chi esportava sigarette dal Messico poteva ottenere dei rimborsi delle imposte versate per la produzione delle sigarette, possibilità riconosciuta anche agli investitori stranieri ma producendo una documentazione che invece non era richiesta agli operatori locali. *Marvin Feldman v. United Mexican States*, ICSID No. ARB(AF)/99/1, *final award*, 16 dicembre 2002, par. 154: "In the present case, there are only a handful of relevant investors, one foreign (the Claimant) and one domestic (the Poblano-Guemes Group), each engaged in the business of purchasing Mexican cigarettes and marketing those cigarettes abroad".

<sup>345</sup> CREPET DAIGREMONT M., *Traitement national et traitement de la nation la plus favorisée dans la jurisprudence arbitrale relative à l'investissement international*, in LEBEN C. (a cura di) *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 154

<sup>346</sup> *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL (1976), Award on the Merits of Phase 2, par. 78: "In evaluating the implications of the legal context, the Tribunal believes that, as a first step, the treatment accorded a foreign owned investment protected by Article 1102(2) should be compared with that accorded domestic investments in the same business or economic sector.<sup>73</sup> However, that first step is not the last one. Differences in treatment will presumptively violate Article 1102(2), unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or de facto, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of NAFTA".

<sup>347</sup> SCHWARZENBERGER G., *International Law as Applied by International Court and Tribunals*, 1957, p. 243

riconoscere, agli investitori stranieri lo stesso trattamento dei nazionali ovvero degli investitori provenienti da uno Stato contraente di un altro BIT, non avendo alcun obbligo in tal senso dal diritto consuetudinario.<sup>348</sup>

#### **4. L'incerto contenuto della clausola del trattamento giusto ed equo**

Nonostante fosse prevista già a partire dai primi BIT, la clausola del trattamento giusto ed equo (da qui in avanti FET dalla formulazione inglese *fair and equitable treatment*) ha trovato applicazione solamente diversi anni più tardi<sup>349</sup>. Il motivo del suo scarso riconoscimento era dovuto probabilmente dalla indeterminatezza del suo contenuto scoraggiando gli investitori dalla sua applicazione non avendo conoscenza dei suoi reali effetti giuridici.

La ricerca della portata del suo significato è un'attività di primaria importanza, soprattutto alla luce dell'obiettivo che detta clausola intende perseguire, cioè garantire agli investitori stranieri un regime giuridico favorevole. L'anzidetta ricerca, tuttavia, non può limitarsi all'utilizzazione dei criteri interpretativi tradizionali in quanto questi sono in grado di fornire solo i confini del principio entro cui, poi, l'esatta applicabilità può essere determinata solo caso per caso tenendo conto delle circostanze contingenti. Va da sé che gioca un ruolo fondamentale anche l'opera interpretativa dei giudici, al fine di fornire degli indici che permettano un'interpretazione omogenea<sup>350</sup>.

In termini generalissimi, tale clausola impone allo Stato che riceve un investimento di trattarlo in modo giusto ed equo<sup>351</sup>. Anche in questo caso per valutare se effettivamente l'investitore sia legittimato a invocarla ovvero, di converso, se effettivamente lo Stato non abbia tenuto un contegno giusto ed

---

<sup>348</sup> DOLZER R. and SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 206

<sup>349</sup> VASCIANNIE, *fair and equitable treatment Standard in International Investment Law and Practice*, in *British Yearbook of International Law*, 1999, p. 99 e ss.

<sup>350</sup> DOLZER R., *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, in *The International Lawyer*, 2005, p. 88

<sup>351</sup> PALOMBINO F. M., *Il trattamento giusto ed equo degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012, p. 18

equo, deve essere utilizzato un termine di paragone che questa volta è dato, in prima analisi, dal significato da attribuire agli anzidetti termini tendo conto del silenzio della previsione al riguardo<sup>352</sup>.

Il termine “giusto” evoca immediatamente il significato di giustizia, quindi di conformità al diritto, facendo riferimento al diritto applicabile nel Paese ospitante l’investimento, comprensivo delle norme internazionali che trovano applicazione. Uno degli elementi che sicuramente contribuisce a definire un trattamento “giusto” è costituito dal principio del *due process of law*. Una classica violazione di questo principio è rappresentata dal diniego di giustizia. Difatti, la stretta correlazione tra questi comporta che il verificarsi del diniego integra la violazione principio di *due process*<sup>353</sup>. Tuttavia, l’anzidetta violazione non è l’unico fatto idoneo a pregiudicare il *due process*. Costituisce ugualmente un’inosservanza di tale principio anche la violazione del procedimento amministrativo, che potrebbe verificarsi, per esempio, con il difetto del suo contraddittorio<sup>354</sup>, la cui disciplina è stata significativamente arricchita dalla normativa dell’Unione europea. Difatti, in una nota pronuncia<sup>355</sup>, i giudici hanno previsto che *il rispetto delle prerogative della difesa in qualsiasi procedimento instaurato a carico di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo, costituisce un principio fondamentale di diritto comunitario e va garantito anche se non vi è alcuna normativa che riguardi il procedimento in questione*.

Il termine “equo”, invece, svolge un’importante funzione correttiva di quanto appena visto. Per “equo” si intende infatti conforme all’equità. Il

---

<sup>352</sup> SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *Recueil des Cours*, 1997, vol. 269, p. 340

<sup>353</sup> PALOMBINO F. M., *Il trattamento giusto ed equo degli investimenti stranieri*, cit., p. 61

<sup>354</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, cit., par. 623: “First, Courts are not the only State organs the conduct of which can amount to a denial of justice. Administrative organs can also engage the State’s international responsibility by denying justice. This was confirmed in the Amco I44 decision where the tribunal found that “the mere lack of due process would have been an insuperable obstacle to the lawfulness of the revocation.” The Amco II tribunal also found that “the whole approach to the issue of revocation of the license was tainted by bad faith, reflected in events and procedures” 45 and that therefore, even if substantive grounds existed for the revocation of the licence, the circumstances surrounding the decision made it unlawful.<sup>46</sup> It pointed out that there is “no provision of international law that makes impossible a denial of justice by an administrative body.”

<sup>355</sup> Corte di Giustizia delle Comunità Europee, causa 17/74, *Transocean Marine Paint Association*, sentenza del 23 ottobre del 1974.

concetto di equità però non può essere definito in termini assoluti e generali ma necessita di una valutazione delle circostanze. La combinazione dei due termini è volta a equilibrare<sup>356</sup> il concetto di conformità al diritto, per sua natura rigido, alla valutazione delle circostanze esistenti nel caso di specie, impossibili, invece, da predefinire.

Nell'applicare lo standard FET è necessario, quindi ponderare i vari interessi coinvolti, non soltanto quelli dell'investitore ma anche quelli dell'*Host State*<sup>357</sup>. Il bilanciamento degli interessi deve essere preso in considerazione anche al fine di evitare un'eccessiva estensione, in applicazione dell'interpretazione teleologica, delle ragioni dell'investitore. Difatti, si deve tenere conto che obiettivo della clausola è di creare un ambiente favorevole per gli investitori di un Stato nel territorio dell'altro<sup>358</sup>.

È compito della giurisprudenza arbitrale, dunque, arricchire il trattamento giusto ed equo. Per esempio, nel primo caso in cui è stato richiamato, la condotta dello Stato ospite è stata valutata alla luce della prevedibilità e della trasparenza del quadro giuridico dove avrebbe dovuto operare l'investitore, accogliendo le richieste del ricorrente<sup>359</sup>. Un ulteriore elemento preso in considerazione per valutare le richieste dell'investitore, definito, per di più, come un elemento essenziale, è dato dalla stabilità del

---

<sup>356</sup> MUCHLINSKI, *Caveat Investor? The Relevance of the conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 532.

<sup>357</sup> CARREAU D., JUILLARD P, *Droit International. Économique*, op. cit. 463

<sup>358</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, sentenza del 29 maggio 2003, par. 156: "If the above were not its intended scope, Article 4(1) of the Agreement would be deprived of any semantic content or practical utility of its own, which would surely be against the intention of the Contracting Parties upon executing and ratifying the Agreement since, by including this provision in the Agreement, the parties intended to strengthen and increase the security and trust of foreign investors that invest in the member States, thus maximizing the use of the economic resources of each Contracting Party by facilitating the economic contributions of their economic operators. This is the goal of such undertaking in light of the Agreement's preambular paragraphs which express the will and intention of the member States to "...intensify economic cooperation for the benefit of both countries..." and the resolve of the member States, within such framework, "...to create favorable conditions for investments made by each of the Contracting Parties in the territory of the other".

<sup>359</sup> *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, sentenza del 30 agosto 2000, par. 99: "Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly in accordance with the NAFTA."



regime giuridico in cui ha operato<sup>360</sup>. Invero, questi indici sono considerati l'uno l'evoluzione dell'altro: un regime giuridico stabile comporta sicuramente la prevedibilità della disciplina, come anche il contrario.

Dal lato dell'investitore invece, un elemento potrebbe essere rappresentato dalle aspettative che ha maturato nell'investimento. Tali aspettative potrebbero essere alimentate dal comportamento dello Stato per poi essere frustrate dall'atteggiamento poco coerente dello stesso<sup>361</sup>, come applicazione del principio generale *nemo potest venire contra factum proprium*<sup>362</sup>

Ciò non significa che, al fine di tutelare le legittime aspettative dell'investitore lo Stato è privato del suo potere di disciplinare determinate questioni di interesse pubblico. Piuttosto, si traduce nell'obbligo dello Stato di trattare l'investimento straniero in modo coerente e non arbitrario tenendo conto che, nel valutare la giustizia e l'equità dell'intervento, dovranno essere presi in considerazione, come visto, anche i suoi interessi.

Inoltre, rileva ai fini della verifica delle aspettative anche il comportamento dell'investitore, il quale per poter beneficiare dell'applicazione della clausola FET deve dimostrare di aver avuto un comportamento cauto e non negligente<sup>363</sup>. D'altronde, non sarebbe equo, nei confronti dello Stato, riconoscere l'applicazione della clausola FET in favore

---

<sup>360</sup> *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Award del 1 luglio 2004, par. 183: "Although fair and equitable treatment is not defined in the Treaty, the Preamble clearly records the agreement of the parties that such treatment "is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective utilization of economic resources". The stability of the legal and business framework is thus an essential element of fair and equitable treatment."

<sup>361</sup> *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, cit., par. 157: "Upon making its investment, the fair expectations of the Claimant were that the Mexican laws applicable to such investment, as well as the supervision, control, prevention and punitive powers granted to the authorities in charge of managing such system, would be used for the purpose of assuring compliance with environmental protection, human health and ecological balance goals underlying such laws."

<sup>362</sup> Per approfondimento Cfr. SCALESE G., *Coerenza nella condotta e diritto dei trattati: nemo potest venire contra factum proprium*, Napoli, 1996.

<sup>363</sup> *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award 26 gennaio 2006, par. 166: "Considering the foregoing, the Tribunal finds that there was no legitimate expectation created by the Oficio to the effect of bringing Thunderbird's claims in the present case under Article 1102, 1105 and/or 1110 of the NAFTA" in riferimento a par. 155 e ss: "The Tribunal is therefore of the opinion that the Solicitud is not a proper disclosure and that it puts the reader on the wrong track. The Solicitud creates the appearance that the machines described are video arcade games, designed solely for entertainment purposes".

di un investitore il cui comportamento non rispecchi gli elementi anzidetti. Come non sarebbe equa l'applicazione della clausola *de quo* se l'investitore, pur adottando un comportamento irreprensibile invochi delle aspettative non ragionevoli<sup>364</sup>, vale a dire, al di là di una valutazione obiettiva che tenga conto delle circostanze.

La prassi arbitrale ha sicuramente arricchito il contenuto della clausola FET, garantendone un'applicazione più sicura, oltre che fissando gli elementi che devono essere valutati per verificare la sua sussistenza, cercando anche di fornire delle linee guida per l'interpretazione della stessa. Ciononostante, ancora non può affermarsi la formazione di una norma consuetudinaria.

Invero, non mancano nella dottrina orientamenti di diverso tenore<sup>365</sup>, che tengono conto della fitta rete di BIT e accordi multilaterali che, indubbiamente, prevedono detto standard. Questa ricostruzione prende in considerazione la sola esistenza di una prassi costante ed uniforme, ritenendo l'elemento della *opinio juris* non indispensabile. Tale conclusione, sembrerebbe collocarsi tra nella concezione monista della fonte, secondo la quale, la consuetudine, sarebbe in realtà costituita da un solo elemento, la *diuturnitas*, poiché, altrimenti, si arriverebbe a considerarla nata da un errore. Si contesta, però, di questa concezione, l'impossibilità di distinguere le norme consuetudinarie da i meri usi come anche dalla prassi convenzionale<sup>366</sup>. L'esistenza o meno dell'*opinio juris* è il solo criterio utilizzabile per rilevare la formazione di una norma consuetudinaria dalla prassi convenzionale. Sicuramente le previsioni di un trattato possono incidere nel processo di formazione di tali tipologie di norme ma per valutare se effettivamente quella previsione possa essere applicata anche agli Stati estranei agli accordi è un'indagine che deve basarsi proprio sull'elemento soggettivo.

---

<sup>364</sup> *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, cit., par. 347: "The Tribunal will examine whether Ecuador failed to secure a stable and predictable legal framework and whether the expectations held by the Claimants when making their investment were reasonable. To identify such expectations and to assess their reasonableness, it may be useful to recall that the investment was made in the political and economic context of Ecuador's energy crisis and national shortage".

<sup>365</sup> TUDOR I., *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, 2008, p. 83 e ss.

<sup>366</sup> A tal riguardo CONFORTI B., *Diritto internazionale*, op. cit., p. 38.

Deve essere segnalata poi, l'esistenza della teoria monista che evidenzia viceversa, come costitutivo, l'elemento dell'*opinio juris*<sup>367</sup> con la prassi come prova dell'esistenza della norma consuetudinaria. In realtà, è prevalente la concezione dualistica della consuetudine dove i due elementi, sono fortemente dipendenti l'uno con l'altro nonostante il loro alternativo atteggiarsi possa essere più o meno intenso a seconda delle circostanze<sup>368</sup>.

Sembrerebbe più ragionevole, in conclusione, ritenere *in itinere* il procedimento di formazione di una norma consuetudinaria della clausola del trattamento giusto ed equo, riconoscendo, sicuramente, una prassi costante degli Stati consistente nel suo frequente inserimento tra le obbligazioni convenzionali e una sua applicazione, da parte dei Tribunali internazionali, piuttosto omogenea e in evoluzione ma, d'altro canto, ancora scevra del requisito dell'*opinio juris* che caratterizza le norme generali, in quanto la scelta della sua applicabilità continua a essere condizionata dalla volontà delle Parti del trattato.

## **5. La tutela degli investitori sulla base del diritto internazionale generale**

A conclusioni differenti si giunge in riferimento ad altri strumenti posti a tutela dell'investitore riconosciuti dal diritto internazionale generale.

Dal punto di vista sostanziale la protezione dei privati sulla base del diritto consuetudinario è stata caratterizzata dalla possibilità di invocare la violazione da parte degli Stati di alcuni parametri di trattamento, primo fra tutti il *minimum standard*. Questo standard rappresenta una soglia minima di tutela riservata, prima ancora che all'investitore, anche al semplice cittadino straniero. Si manifesta, detto standard, come un limite estremamente basso, rappresentato da azioni governative che significativamente si discostano dagli

---

<sup>367</sup> GIOIA A., Manuale breve di diritto internazionale, Torino, 2019, p. 23

<sup>368</sup> CASSESE S., Diritto internazionale, Bologna, 2017, p. 220 e ss.

standard internazionali *che ogni uomo ragionevole e imparziale riconoscerebbe prontamente la loro insufficienza*<sup>369</sup>.

Al di sotto di questa soglia l'azione dello Stato non può collocarsi, indipendentemente da quanto previsto dalla normativa interna per i propri cittadini. Per tali ragioni questo principio si differenzia rispetto alla clausola del trattamento nazionale<sup>370</sup> che, viceversa, al fine di evitare discriminazioni dell'investitore straniero rispetto al corrispondente nazionale, prevede che la disciplina per questi soggetti, sia la stessa, purché l'attività esercitata, sia quantomeno simile e fintato che non si persegua un interesse dello Stato.

D'altronde il principio del *minimum standard* ha avuto origine da parte degli Stati esportatori di capitale nei confronti dei Paesi in via di sviluppo in risposta alle loro pretese di voler disciplinare il rapporto di investimento esclusivamente secondo il diritto interno, al fine di garantire, quantomeno, il rispetto di standard minimi. L'evoluzione di detto principio può desumersi proprio dall'atteggiamento dei Paesi in via di sviluppo giacché, da convinti oppositori, sempre più di frequente lo prevedono nei trattati sugli investimenti.<sup>371</sup>

Il principio *de quo*, si differenzia anche dalla disciplina del trattamento giusto ed equo. Invero, secondo un orientamento non trascurabile, quest'ultimo dovrebbe rappresentare un'evoluzione del *minimum standard*.

Secondo un autorevole interpretazione, seppure in riferimento all'art. 1105 del NAFTA, l'obbligo contemplato nella clausola FET non costituisce un parametro di tutela autonomo o diverso rispetto al *minimum standard*<sup>372</sup>.

---

<sup>369</sup> *US-Mexico General Claims Commission, USA c. Mexico*, in *United National Report of International Arbitration Awards*, 1926, pp. 61 ss.: "the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards...the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency."

<sup>370</sup> ROUSSEAU, *Droit International Public*, Parigi, 1970, p. 46.

<sup>371</sup> VALENTI M., *Gli Standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*, op. cit., p.55

<sup>372</sup> *Notes of interpretations of Certain Chapter 11 Provision, Part B*: "Article 1105 (1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of

Questa impostazione, poi, è stata mutuata dalla rispettiva clausola contenuta nel Model BIT statunitense del 2004 e ripresa dal recente Model BIT del 2012<sup>373</sup>.

L'anzidetta interpretazione non trova però conferme nella disciplina estranea al NAFTA. La gran parte dei BIT, infatti, non prevede una trattazione congiunta del trattamento giusto ed equo con il *minimum standard*. Inoltre, nonostante l'indubbia evoluzione del principio<sup>374</sup> i livelli di tutela delle due previsioni continuano a essere obiettivamente distanti.

Un'altra norma di diritto internazionale generale che ha avuto riconoscimento anche in relazione alla disciplina degli investimenti internazionali è individuata nella *full protection and security*. Tale norma prevede in capo agli Stati, in linea generale, l'obbligo di predisporre misure idonee a prevenire e reprimere – anche attraverso un adeguato apparato di giustizia - le offese contro la persona o i beni dello straniero<sup>375</sup>.

L'inserimento di tale previsione in diversi accordi sugli investimenti, quindi, non dovrebbe avere altro effetto che quello dichiarativo di una norma consuetudinaria già esistente<sup>376</sup>. L'effetto anzidetto sarebbe confermato

---

aliens. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105”.

<sup>373</sup> 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Article 5: Minimum Standard of Treatment: “1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security. 2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide: (a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and (b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law. [...]”

<sup>374</sup> *ADF Group Inc. c. Stati Uniti*, ICSID Case n. ARB(AF)/00/1, Award del 9 gennaio 2003, par. 184: “... At the same time, Article 1105(1) did not give a NAFTA tribunal an unfettered discretion to decide for itself, on a subjective basis, what was fair or equitable in the circumstances of each particular case. While possessing a power of appreciation, the United States stressed, the Tribunal is bound by the minimum standard as established in State practice and in the jurisprudence of arbitral tribunals. It may not simply adopt its own idiosyncratic standard of what is ‘fair’ or ‘equitable’ without reference to established sources of law.”

<sup>375</sup> *Supra*, p. 4

<sup>376</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 8 dicembre 2000, par. 84

dall'impostazione degli stessi testi convenzionali<sup>377</sup>, che si caratterizzano, tra l'altro, per una formulazione della norma particolarmente ampia, non prevedendo mai il contenuto effettivo della protezione.

Si è anche chiesto se detto principio fosse meramente riproduttivo di una norma consuetudinaria o costituisse un autonomo standard convenzionale<sup>378</sup>. Una risposta a questo interrogativo è pervenuta in occasione della citata interpretazione dell'art. 1105 del NAFTA, dove è confermato che il riferimento nel trattato alla *full protection and security* s'intende come un rinvio alla norma di diritto internazionale generale e non a una norma dal contenuto proprio. A conclusioni differenti giunge, invece, la giurisprudenza della CIG, dove viene espressamente affermato che il principio *may go further*<sup>379</sup> nonostante nella clausola esaminata fosse previsto un riferimento al diritto internazionale.

Un ulteriore interrogativo con riferimento a detto standard riguarda l'obbligazione derivante in capo allo Stato, se configurabile come un obbligo di risultato oppure, piuttosto, come un'obbligazione di mezzi. La tendenza prevalente è di ritenere che lo Stato sia soggetto a un generico obbligo di diligenza, la cui valutazione non può che riferirsi al bilanciamento tra la sua discrezionalità nell'esercizio delle proprie prerogative sovrane in rapporto con le circostanze contingenti.

È interessante notare, in conclusione, che il principio di *full protection and security* è spesso previsto in combinazione di altre previsioni convenzionali come la clausola sulla promozione degli investimenti stranieri, la previsione sulle espropriazioni e nazionalizzazioni<sup>380</sup> oppure la clausola sul trattamento giusto ed equo<sup>381</sup>. Il motivo della previsione congiunta

---

<sup>377</sup> Agreement Between The Lebanese Republic And The Italian Republic On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, Art. 4 par. 1: "Investments by investors of either Contracting Party shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party."

<sup>378</sup> DOLZER R. and SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, op. cit., p. 166

<sup>379</sup> Elettronica Sicula SpA (ELSI) (US v. Italia), ICJ Reports (1989), 15, par. 111.

<sup>380</sup> Nel citato (nota 106) Agreement Between The Lebanese Republic And The Italian Republic On The Promotion And Reciprocal Protection Of Investments, la clausola di *full protection and security* è inserita nell'articolo destinato alla *Promotion And Protection Of Investments*

<sup>381</sup> *Egypt-United Kingdom BIT*, art. 2 par. 2: "Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall at all time be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall

sembrerebbe giustificato dalla volontà di garantire una norma di chiusura valida nelle rispettive discipline in cui il principio è inserito.

---

ensure that the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of nationals or companies of the other Contracting Party is not in any way impaired by unreasonable or discriminatory measures. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting party.”

## *Conclusioni*

Le norme poste a tutela degli investimenti internazionali hanno sicuramente contribuito all'evoluzione della generale disciplina sulla protezione degli stranieri.

Non facciamo riferimento all'accennato ruolo innovatore attribuibile all'Unione europea mediante il quale, da un lato si è assistito a un effetto accentratore in favore delle istituzioni Ue per tutti quei rapporti di investimento che si risolvono all'interno del suo territorio<sup>382</sup> e, dall'altro, nella volontà di rendere il sistema maggiormente trasparente, chiaro e tipizzato come può evincersi negli accordi sulla promozione degli investimenti conclusi dalla stessa Ue con Paesi terzi,

Si fa riferimento, piuttosto, all'evoluzione favorita dagli accordi conclusi dagli Stati in materia di investimenti e alla giurisprudenza internazionale, in particolar modo dell'ICSID.

Un ruolo fondamentale in questo processo di evoluzione è dato da due clausole solitamente presenti nel trattato bilaterale di investimento: l'*umbrella clause* e la clausola sul trattamento giusto ed equo. Tuttavia, affinché si abbia effettivamente un effetto evolutivo è importante che l'interpretazione di dette clausole sia *investitor oriented*, il che corrisponde tendenzialmente a un'interpretazione teleologica o secondo il criterio dell'effetto utile.

Nelle prime applicazioni di dette clausole, infatti, i giudici hanno preferito interpretazioni che tenessero conto degli effetti della loro applicazione piuttosto che sulla effettiva portata.

Ci sembrerebbe invece più ragionevole condividere quelle interpretazioni che riconoscono un'efficacia più penetrante a queste previsioni, al fine di attribuire alla disciplina sugli investimenti una evoluzione maggiormente significativa.

Un'interpretazione estensiva delle clausole anzidette condurrebbe infatti a una maggiore tutela dei diritti degli investitori.

---

<sup>382</sup> A tal riguardo la citata sentenza CGUE, Grande Sezione, *Slovak Republic v. Achmea B.V.* (Case C-284/16), sentenza del 6 marzo 2018.



Innanzitutto, con una interpretazione estensiva delle *umbrella clauses* (contrariamente al primo filone che ancorava il loro effetto ad atti dello Stato *iure imperii*, utilizzando il criterio dell'effetto utile ed evitando dunque che a tali clausole sia riconosciuto un funzionamento analogo ad altre disposizioni del trattato), viene riconosciuta la loro applicabilità sotto forma di tutela aggiuntiva in favore dell'investitore, anche nei confronti di quegli atti dello Stato ospite compiuti *as a merchant*. In tal modo, alla violazione che in origine era qualificabile come *contract claim*, attraverso il funzionamento della clausola *de qua*, le viene riconosciuta protezione internazionale, con la possibilità, dunque, di ricorrere a un arbitrato internazionale come l'ICSID.

Poi, a questa protezione di tipo *procedurale*, diversamente il FET, garantirebbe una tutela *sostanziale* per tutti quegli atti posti in essere dallo Stato ospite che pregiudichino l'investimento.

Per quanto riguarda il suo contenuto gli elementi che contribuiscono a definirlo sono il *due process of law*, la proporzionalità e il legittimo affidamento.

La giurisprudenza internazionale, non esclusivamente ascrivibile al Centro, ha esteso la violazione del primo elemento anche in caso di mancato rispetto delle norme del procedimento amministrativo. Ma è soprattutto in tema di tutela del legittimo affidamento dell'investitore che si registrano gli sviluppi più significativi. Difatti, l'applicazione della clausola FET si traduce nell'obbligo dello Stato di trattare l'investimento in modo coerente e non arbitrario, garantendo la stabilità del regime giuridico dove l'investitore ha fino a quel momento operato. Non solo, è stato riconosciuto in violazione della clausola *de qua*, il comportamento del soggetto, riconducibile allo Stato, che avesse lasciato intendere all'investitore una situazione giuridica differente rispetto a quella effettiva, disattendendo, quindi, le sue legittime aspettative.

Il complesso percorso arbitrale affrontato dai giudici per identificarne gli elementi costitutivi e i limiti alla sua applicazione, lascia intendere che il FET

sia stato riconosciuto come un principio generale specifico del diritto internazionale degli investimenti<sup>383</sup>.

Il terzo elemento identificativo, poi, contribuirebbe a bilanciare la sua applicazione tenendo conto anche degli interessi dello Stato ospite. In tal modo verrebbe risolta positivamente anche la critica che vedeva in un'interpretazione estensiva del FET un ostacolo all'autonomia dello Stato nell'esercizio delle sue funzioni.

D'altronde il termine equità presuppone che il trattamento sia equilibrato in base alle circostanze, e queste non possono prescindere dall'interesse contingente dello Stato.

Non trascurabile è infine il ricorso da parte dello Stato all'esimente della necessità, non limitatamente all'ipotesi di procedere, in deroga alle comuni regole sul trattamento degli stranieri, alle espropriazioni e nazionalizzazioni di beni a questi appartenenti per pubblica necessità, al fine di dettare le proprie scelte economiche e produttive<sup>384</sup>, ma altresì per inadempimenti diversi che potrebbero discendere dall'invocazione da parte dell'investitore della *umbrella clause* o del FET. Difatti, la necessità è stata riconosciuta come regola di *ius non scriptum*<sup>385</sup> da parte della Corte Internazionale di Giustizia<sup>386</sup> svolgendo nella disciplina sugli investimenti un importante contrappeso alle norme poste a tutela degli investitori.

Un reale limite alla disciplina sugli investimenti, che ne pregiudica la sua autonomia, è rappresentato, invece, dall'impossibilità di imporre all'*Host State* l'obbligo di indennizzare l'investitore che ha subito un pregiudizio.

In questa circostanza ai sensi dell'art. 27 della Convenzione di Washington, eccezionalmente lo Stato dell'investitore potrebbe fare ricorso alla protezione diplomatica. Questa disposizione sembra essere stata inserita al fine di colmare, seppure con una norma eteronoma, il meticoloso ma incompleto meccanismo delineato dalla Convenzione di Washington.

---

<sup>383</sup> Altri autori parlano addirittura di *Grundnorm* del diritto internazionale degli investimenti. Cfr PALOMBINO F. M., Il trattamento giusto ed equo degli investimenti stranieri, op. cit., p. 174

<sup>384</sup> Cfr. QUADRI R. Diritto internazionale pubblico, op. cit., p. 227

<sup>385</sup> SCALESE G., La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale, op. cit., p. 140

<sup>386</sup> Cfr. ICJ, *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros project (Hungary v. Slovakia)*, pronuncia del 25 settembre 1997

Ciononostante, è interessante notare come la protezione diplomatica, definibile come il punto di partenza della disciplina sul trattamento degli stranieri, venga a configurarsi anche come norma di chiusura della disciplina specifica degli investimenti, per tentare di garantire una tutela effettiva al *vulnus* dell'investitore.

## ***Bibliografia***

ADINOLFI G., *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale*, Padova, 2012

AMERASINGHE C.F., *Investments Disputes, Convention and Centre for Settlement*, in *Encyclopedia of Public International Law*, North Holland, 1983

ASTORGA R., *The Nationality of Juridical Person in the ICSID Convention in the Lights of Its Jurisprudence*, in *11 Max Planck United Nations Yearbook*, 2007

BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Padova, 2016

BATTAGLINI, G., *Protezione diplomatica* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1991

BJORKLUND A. K., *Investment law at the crossroads of public and private international law*, in *European Society of International Law: Select proceedings of the European Society of International Law*, 5, 2014

BJORKLUND A. K., *State immunity and the enforcement of investor-state arbitral awards*, in *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford, 2009

BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977

BORTOLOTTI F., *Il contratto internazionale*, Milano, 2017

BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and nationals of other States*, in *Recueil des Cours*, 1972

CALAMITA M. R., *Sulla incompatibilità della “clausola ISDS” degli “intra-EU” BITs con il diritto dell’Unione europea: il caso Achmea*, *Diritto pubblico comparato ed Europeo*, 2018

CALVO C., *El Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*

CARBONE, *I soggetti e gli attori della Comunità internazionale*, in CARBONE-LUZZATTO-SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, IV ed., Torino, 2011

CARREAU D., JUILLARD P., *Droit International. Économique*, Parigi, 2007

CASSESE S., *Diritto internazionale*, Bologna, 2017

CATALDI G., In tema di rapporti tra autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione del trattato, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1985  
CHARNOVITZ, *Non-governmental Organizations in International Law*, in *American Journal International Law*, 2006

CICIRIELLO, Il ruolo delle organizzazioni non-governative nell'ordinamento internazionale contemporaneo, in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008

CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, 2015

COTULA L., *Foreign investment contracts, in Strengthening Citizens' Oversight of Foreign Investment: Investment Law and Sustainable Development*, a cura di *International Institute for Environment and Development (IIED)*, 2007

CRAWFORD J., *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, Vol. 24, No.3, 2008

CREMADES B. M., *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties* in, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century*, Colonia, 2001

DE STEFANI P., *Il diritto internazionale dei diritti umani*, Padova, 1994

DOLZER R., SCHREUER C., *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012

DOLZER R STEVENS M., *Bilateral Investment Treaties XII*, 1995, p. 10-11; M. WENDLANDT, *SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes*, in *43 Texas International Law Journal*, 2007-2008

DORIGO S., Sulla protezione diplomatica degli azionisti: il caso diallo di fronte alla Corte Internazionale di Giustizia, *Rivista di Diritto Internazionale.*, fasc.3, 2007

GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI*, Parigi, 2004

GALGANO F. MARRELLA F., Diritto e prassi del commercio internazionale, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2010

GECK W. K., *DIPLOMATIC PROTECTION*, IN *ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW*, VOL. I, 1992

GIOIA A., *Manuale breve di diritto internazionale*, Torino, 2019

GOLDMAN B., *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, in *Recueil des Cours*, 1963

IOVANE, *La participation de la société civile à l'élaboration et a l'application application du droit international de l'environnement*, in *RGDIP*, 2008

JUILLARD, *L'evolution des sources du droit des investissements*, in *Recueil des Cours*, 1994, VI, tome 250,

KUNOY B., *Singing in the rain. Developments in the interpretation of umbrella clauses*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2006

KURTZ, J., *The WTO and International Investment Law*, 2016

LUZZATTO R., Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale.*, 1971,

MANCIAUX S., *The Notion of Investment: New Controversies*, in *Journal of world Investment & Trade*, 2008

MAURO M.R., *Gli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti*, Torino, 2003

MATSUSHITA M, SCHOENBAUM TJ., MAVROIDIS PC., HAHN M., *The World Trade Organization: law, practice, and policy*, Oxford, 2015

MIKULKA V., *The Dissolution of Czechoslovakia and Succession in Respect of Treaties*, in *Development and International Cooperation*, 1996

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1758

MORELAND M.L., *Foreign Control and Agreement Under ICSID Article 25(2)(b): Standards for Claims Brought by Locally Organized Subsidiaries Against Host States*, in *9 Currents International Trade Law Journal*, 2000

MORTENSON J.D., *The Meaning of Investment: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2010

MUCHLINSKI, *Caveat Investor? The Relevance of the conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006

NASCIMBENE B., *il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984

NASCIMBENE B., *L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in, CARBONE M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (a cura di), *istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2016

NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, VIII ed. (a cura di DAILLIER P. e PELLET A.), Paris, 2009

PALOMBINO F. M., *Il trattamento giusto ed equo degli investimenti stranieri*, Bologna, 2012

PANEBIANCO M., *Diritto internazionale pubblico*, 2009

PARRA A. N., *History of ICSID*, Oxford, 2012

PAULSSON J., *Arbitration Without Privity*, in *10 ICSID Review: Foreign Investment Law*

POULAIN B., *L'investissement International: définition ou définitions?* in *Les Aspects Nouveaux du Droit des investissements internationaux*, a cura di P. KAHN & T. WÄLDE, Leiden Boston, 2007 *Journal*, 1995

QUADRI R., *Diritto Internazionale Pubblico*, 1968

QURESHI K., *Bilateral Investment Claims – the essential*, London, 2016

RECHENBERG, *Non-Governmental Organizations*, in EPIL, 9, 1986

REDFERN A., HUNTER M., BLACKABY N. e PARTASIDES C., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londra, 2004  
RONZITTI N., *Manuale di Diritto Internazionale*, Torino, 2019

ROUSSEAU, *Droit International Public*, Parigi, 1970

SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *Recueil des Cours*, 1997, vol. 269

SALACUSE J. W. e SULLIVAN N. P., *Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, in *46 Harvard International Law Journal*, 2005, p. 66.

SALERNO F., *L'affermazione del positivismo giuridico nella scuola internazionalista italiana: il ruolo di Anzilotti e Perassi*, in *Rivista di diritto Internazionale*, 2012

SAVAGE J., *Investment Treaty Arbitration and Asia: Review of Developments in 2005 and 2006*, in *1 Asian International Arbitration Journal*, 2007

SAVARESE E., *La legge applicabile alla questione preliminare della legittimazione ad agire in una recente pronuncia arbitrale ICSID*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, 1, p. 59

SCALESE G., *Coerenza nella condotta e diritto dei trattati: nemo protest venire contra factum proprium*, Napoli, 1996.

SCALESE G., *La rilevanza delle scusanti nella teoria dell'illecito internazionale*, Napoli, 2008

SCALESE G., *Le fonti della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione Europea*, Napoli, 2015

SCALESE G., *Qualche considerazione circa l'inquadramento dommatico delle Organizzazioni Non Governative nel diritto internazionale pubblico*, 2009



SCHREUER C., *Commentary on the ICSID Convention*, in *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1996

SCHREUER C., *The ICSID Convention: The Commentary*, Cambridge, 2001

SCHREUER C., MALINTOPPI L., REINISCH A. e SINCLAIR A., *The ICSID Convention: A Commentary*, New York, II ed., 2009, p. 128

SCHWARZENBERGER G., *International Law as Applied by International Court and Tribunals*, 1957

SCERNI, *i Principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili nella giurisprudenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale*, Padova, 1932

SCISO E., *Diritto Internazionale dell'Economia*, Torino, 2012

SERENI A.P., *Il trattamento della nazione più favorita*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1932

SINCLAIR, *The origins of Umbrella clause in the International law of investment protection*, in *Arbitration International*, 2004

SINAGRA A. BARGIACCHI P., *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 2009, Torino, p. 123

SOCINI-LEYENDECKER, *Osservazioni sulla rilevanza delle organizzazioni non governative nella comunità internazionale*, in *Studi Sperduti*, Milano 1984

TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2018

TEUBNER G., *La Bukovina globale, il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in *Sociologia e politica sociale*, n. 2, 1999

TUDOR I., *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, 2008

USTOR, *Most Favoured Nations Clauses*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1985

VALENTI M., *Gli standard di trattamento nell'interpretazione dei trattati in materia di investimenti stranieri*, Torino, 2009

VALLAR G., L'arbitralità delle controversie tra l'investitore di uno Stato membro ed un altro Stato membro. Alcune considerazioni a margine del caso *Eureko/Achmea v. the Slovak Republic*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014

VANDEVELDE K.J., *Bilateral Investment Treaties – History, policy and interpretation*, Oxford, 2010

VANDEVELDE, *United States Investment Treaties: policy and practise*, The Hague, 1992

VASCIANNIE, *fair and equitable treatment Standard in International Investment Law and Practice*, in *British Yearbook of International Law*, 1999

VINUESA R. E., *National Treatment, Principles*, in WOLFRUM R. (a cura di) *Encyclopedia of Public International Law*, 2012

VON BOGDANY, *Democrazia, Globalizzazione e futuro del diritto internazionale*, in *RDI*, 2004

WALDE, *The “umbrella (or sanctity of contract/pacta sunt servanda) clause in investment arbitration: a comment on original intentions and recent cases*, in *Transnational Dispute Management* , 2004

WEIL, *Problemes relatifs aux contrats pass.s entre un Etat et un particulier*, in *Recueil des Cours*, 1969

WESTBERG, MARCHAIS, *Pacta sunt servanda and State contracts – A commentary*, in *Foreign Investment Journal*, 1992

WONG J., in *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries* in *Foreign Investment Disputes*, 2007

ZAMUNER E., *Gli effetti della denuncia della Convenzione ICSID sul consenso all'arbitrato in materia di investimenti*, in *Diritto del commercio Internazionale*, 2017