

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Internazionale Progredito

**L'ESTENSIONE DELLA GIURISDIZIONE ICSID ALLA LUCE
DELLA GIURISPRUDENZA DEI SUOI TRIBUNALI**

RELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Angela Del Vecchio**

CANDIDATO

**Filippo Alessandro Pompei
matr. 100133**

CORRELATORE

**Chiar.ma Prof.ssa
Maria Rosaria Mauro**

ANNO ACCADEMICO 2013/2014

INDICE

pag.

Elenco delle abbreviazioni.....	1
Introduzione.....	4

Capitolo I

La tutela degli investimenti stranieri nei processi di globalizzazione

1 L'internazionalizzazione progressiva degli investimenti e i suoi effetti sulla giurisdizione internazionale.....	9
1.1 L'inadeguatezza dei preesistenti meccanismi di risoluzione delle controversie in materia di investimenti.....	9
1.2 L'istituzione dell'ICSID.....	11
1.3 Gli accordi internazionali in materia di investimenti e loro incidenza nello sviluppo dell'arbitrato ICSID.....	13
1.4 L'accentuarsi dell'istituzionalizzazione del Centro: il ruolo della giurisdizione.....	19
2 Il sistema ICSID e lo sviluppo della competenza su base regionale.....	20
2.1 Il potenziale conflitto tra arbitrato e organi regionali.....	24
2.2 Gli sviluppi futuri.....	27

Capitolo II

Il requisito *ratione materiae*: la nozione di investimento

1	La mancanza di una definizione nella Convenzione: il dibattito in dottrina.....	30
1.1	Concezione oggettiva.....	32
1.2	Concezione soggettiva.....	33
1.3	Il superamento degli orientamenti sistematici soggettivo ed oggettivo: la delineazione dell' <i>accounted-based approach</i>	34
2	La metodologia dei test.....	37
2.1	Il primo tentativo di sistematizzare la questione giurisdizionale relativa alla nozione di investimento: il caso <i>Fedax</i>	37
2.2	Il test oggettivo.....	39
2.3	Il test soggettivo.....	42
2.4	Un nuovo modello di test oggettivo: caso <i>Phoenix</i>	46
2.5	Il superamento del concetto dei test come <i>numerus clausus</i>	50
3	Gli investimenti in portafoglio.....	52
3.1	La tradizionale mancanza di una trattazione autonoma della questione.....	54
3.2	Il test <i>Enron</i>	56
3.3	I criteri elaborati dai tribunali ICSID.....	60
4	Ulteriori possibili estensioni della nozione di investimento.....	61
4.1	Il caso <i>Saipem v. Bangladesh</i>	63
4.2	Il caso <i>ATA v. Jordan</i>	65
4.3	Il caso <i>GEA v. Ukraine</i>	67
4.4	L'analisi comparata delle decisioni.....	69

Capitolo III

Il requisito *ratione personae*: lo *ius standi iudicio* delle parti

1	La definizione convenzionale di “investitore nazionale”	73
----------	--	-----------

1.1	La cittadinanza delle persone fisiche.....	75
1.2	La nazionalità delle persone giuridiche.....	77
1.3	Il contributo della giurisprudenza.....	80
2	La giurisprudenza sulle persone fisiche.....	81
3	Il requisito del <i>foreign control</i>: profilarsi di una dimensione oggettiva.....	81
3.1	Il caso limite dell'investitore <i>de facto</i> "nazionale".....	83
3.2	L'inesistenza di limiti esterni: il caso <i>Tokeos Tokeles</i>	83
3.3	Il riconoscimento di limiti esterni: il caso <i>TSA</i>	86
3.4	I due modelli a confronto.....	89
4	La responsabilità dello Stato per la condotta degli enti da esso controllati.....	90
4.1	Il caso <i>Toto Costruzioni</i>	92
4.2	Il caso <i>Bosh</i>	95
4.3	Il caso <i>EDF</i>	100
4.4	L'incidenza del progetto degli Articoli ILC sulla giurisprudenza ICSID.....	104

Capitolo IV

Il requisito *ratione voluntatis*: il consenso quale elemento fondante la giurisdizione

1	Il consenso nell'arbitrato ICSID: il fenomeno dell'<i>arbitration without privity</i>.....	107
1.1	La manifestazione del consenso.....	108
1.2	<i>Arbitration without privity</i>	110
1.3	I casi limite.....	113
2	L'incidenza dei <i>treaty-claims</i> sulla prestazione del consenso.....	113

2.1	La prevalenza dei <i>treaty-claims</i> sui <i>contract-claims</i> : il caso <i>Vivendi</i>	116
2.2	Il ruolo crescente delle <i>umbrella clauses</i> nell'estensione dell'ambito di applicazione dei <i>treaty-claims</i> : i casi <i>SGS</i>	118
2.3	L'evoluzione caotica nella giurisprudenza successiva: l'incertezza nella individuazione di regole uniformi.....	122
3	L'interpretazione delle <i>most-favoured-nations clauses</i> da parte dei tribunali ICSID.....	125
3.1	Il limite della decisione nel caso <i>Maffezini v. Spain</i>	128
3.2	La validità del modello delineato nel caso <i>Plama v. Bulgaria</i>	130
3.3	La mancanza di una prassi giurisprudenziale uniforme.....	132

Capitolo V

I ricorsi di massa nel sistema ICSID

1.	I ricorsi di massa nel diritto internazionale: il fenomeno <i>della mass investment arbitration</i>.....	137
1.1	Definizione di ricorso di massa.....	139
1.2	La procedura.....	143
1.3	I primi casi nel diritto internazionale degli investimenti.....	144
2	Il precedente: il caso <i>Abaclat</i>.....	147
2.1	La questione <i>ratione materiae</i>	148
2.2	La questione <i>Ratione personae</i>	152
2.3	La questione <i>Ratione voluntatis</i>	158
2.4	L'ammissibilità del ricorso di massa.....	165
2.5	Analisi finale.....	169
3	Il riconoscimento definitivo dell'ammissibilità dei ricorsi di massa.....	170

3.1 La conferma del modello <i>Abaclat</i> : la decisione sulla competenza del caso <i>Ambiente</i>	173
3.2 L'istituzionalizzazione del profilo procedurale.....	175
Conclusioni.....	177
Fonti normative.....	170
Fonti giurisprudenziali.....	182
Bibliografia.....	186

Elenco delle abbreviazioni

ABI: Associazione Bancaria Italiana

Articoli ILC: *Draft Articles of States for Internationally Wrongful Acts*

ASEAN: *Association of South-East Asian Nations*

BIT: *bilateral investment treaty*

CARICOM: *Caribbean Community*

CEDU: Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo

CETA: *Comprehensive economic and Trade Agreement*

Corte EDU: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

CGUE, Corte di Giustizia: Corte di Giustizia dell'Unione Europea

COMESA: *Common Market for Eastern and Southern Africa*

Commissione: Commissione Europea

Corte EDU: Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Convenzione/Convenzione ICSID: *Convention on the Settlement Disputes between States and Nationals of Other States*

CRRPD: *Commission for Resolution of Real Property Disputes*

CRT I: *Claims Resolution Tribunal*

ECT: *Energy Charter Treay*

FDI: *foreign direct investments*, investimenti esteri diretti

FTA: *Free Trade Agreement*

GATT: *General Agreement on Tariffs and Trade*

IBRD: *International Bank for Reconstruction*

ICJ: *International Court of Justice*

ICSID: *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*

ILC: *International Law Commission*

IMF: *International Monetary Fund*

IOM: *International Organization for Migration*

Iran-US CT: *Iran-United States Claims Tribunal*

MAI: *Multilateral Agreement on Investment*

MIGA: *Multilateral Investment Agreement*

MFN: *Most-favoured-nation*

NAFTA: *North American Free Trade Agreement*

ONU/UN: *Organizzazione delle Nazioni Unite/United Nations*

PCA: *Permanent Court of Arbitration*

TFA: *Task Force Argentina*

Tribunali/tribunali ICSID: tribunali arbitrali dell'ICSID

TTIP: *Transatlantic Trade and Investment Partnership*

UE: Unione Europea

UNCITRAL: *United Nations Commission on International Trade Law*

UNCC: *United Nations Claims Commission*

UNCTAD: *United Nations Conference on Trade and Development*

UNMIK: *United Nations Interim Administration Mission in Kosovo*

WTO: *World Trade Organization*

Introduzione

La giurisdizione internazionale costituisce sicuramente uno dei settori che si è maggiormente sviluppato negli ultimi decenni. I processi di globalizzazione hanno reso indispensabile una riconfigurazione completa dei meccanismi giurisdizionali riconducibili ad organismi internazionali, stante una complessiva dilatazione dello *ius standi iudicio* su tutti i livelli. Questa modifica investe primariamente la nozione stessa di soggettività internazionale, che, sempre più spesso, assegna un diritto d'azione ai soggetti privati. La Corte Internazionale di Giustizia, *International Court of Justice* ("ICJ"), il principale organo per la risoluzione delle controversie internazionali con competenza universale e generale, ha una giurisdizione limitata ai soli Stati in ragione del rigido requisito *ratione personae* previsto dal suo Statuto, essendo anacronisticamente escluse perfino le organizzazioni internazionali. Ciononostante, si è assistito all'istituzione di molteplici sistemi per la risoluzione delle controversie nell'ambito dei quali, non solo è stato riconosciuto il diritto d'azione alle organizzazioni internazionali, come nel meccanismo dei *Panels* della WTO, ma addirittura ai soggetti privati. Si pensi alla recente istituzione della Corte penale internazionale, nonché al progressivo potenziamento delle corti regionali in materia di protezione dei diritti dell'uomo. Questo è indicativo di quanto i soggetti degli ordinamenti nazionali abbiano conquistato uno spazio all'interno di un diritto che, fin dalla sua origine, li ha sempre esclusi *tout-court*. L'incremento dei flussi di capitali transfrontalieri, alla base della *globalization*, è un fenomeno prevalentemente privatistico, sostenuto particolarmente dalle multinazionali, ovvero da gruppi di società che conducono attività su larga scala. Questi trasferimenti di risorse finanziarie sono realizzati attraverso operazioni complesse di investimento, aventi una forma giuridica compatibile con l'ordinamento interno dello Stato ospite. L'esigenza di individuare un foro neutrale per dirimere le controversie in materia ha determinato la costituzione già nel 1965 di un'istituzione internazionale, l'*International Centre for the Settlement of Investment Disputes* ("ICSID") che fosse competente a dirimere specificatamente le

controversie sollevate innanzitutto dagli investitori privati stranieri. Questo Centro rappresenta pertanto uno dei primi strumenti giurisdizionali a disposizione dei privati per poter godere di una tutela realmente internazionale e neutrale in campo economico. L'incremento delle operazioni di investimento transfrontaliere ha determinato recentemente un'esplosione del numero delle istanze di arbitrato registrate innanzi all'ICSID, diventando *de facto* lo strumento privilegiato di tutela in capo ai privati investitori. Questo ha determinato una profonda modificazione della nozione di giurisdizione contenuta nella Convenzione ICSID, che deve essere costantemente resa adeguata alle varianti, sempre più complesse, degli investimenti. Questa evoluzione ha rafforzato l'elemento istituzionale del Centro che, grazie ad una prassi sempre più consolidata, ha assunto un ruolo determinante nell'interpretazione in chiave estensiva delle disposizioni convenzionali. Il recente riconoscimento dell'ammissibilità dei ricorsi di massa nell'ICSID è indice del ruolo sempre più determinante della giurisprudenza nella delineazione materiale dei parametri fissati dalla Convenzione. Nel corso di questa dissertazione si cercherà di analizzare questo fenomeno, alla luce delle più importanti recenti pronunce in materia di giurisdizione, nella consapevolezza di quanto sia importante questo ruolo. I requisiti che primariamente devono essere verificati affinché possa sussistere la competenza del tribunale sono quelli *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione voluntatis*. Questi requisiti costituiscono i parametri di riferimento di questa indagine e ciascuno di essi sarà analizzato separatamente al fine di valutare la complessiva estensione della giurisdizione ICSID. In riferimento ad essi, saranno messi in evidenza i profili rilevanti emersi nella giurisprudenza più recente, indicativi di un'evoluzione della giurisdizione ICSID. I tre requisiti, infatti, sono stati progressivamente sottoposti ad un processo di adattamento, finalizzato a recepire quelle che sono le nuove tendenze del diritto internazionale degli investimenti. Infatti, rispetto a quando è stata scritta la Convenzione le tipologie e le modalità di conduzione degli investimenti sono sensibilmente cambiate e l'adeguatezza del Centro è stata salvaguardata in ragione dell'inserimento di requisiti generali, capaci di integrarsi con le statuizioni specifiche contenute nei trattati in materia. Il pregio della flessibilità che

l'art. 25 garantisce a questi requisiti è proprio il fatto che attraverso la giurisprudenza essi possano evolversi, riadattando la giurisdizione in ragione delle innovazioni in materia di tutela degli investimenti, così come recepite dagli strumenti negoziati tra le parti. Pertanto, la valutazione dell'estensione della giurisdizione non può prescindere da come nello scenario attuale la giurisprudenza arbitrale stia interpretando materialmente questi requisiti. Particolare attenzione è dedicata allo studio dei ricorsi di massa, rivelatosi determinante per valutare l'effettiva estensione della giurisdizione, in ragione dell'influenza che hanno avuto sui requisiti giurisdizionali previsti dall'art. 25 della Convenzione, oltre che sull'intera procedura. Infatti, le recenti decisioni dichiaranti l'ammissibilità dei *mass claims* nel sistema ICSID, hanno determinato un impatto importantissimo nel progressivo allargamento della competenza giurisdizionale del Centro. I tribunali, decidendo sulla propria competenza, hanno inciso sulla giurisdizione nel suo complesso in riferimento a queste controversie, in ragione della loro peculiarità ed impossibilità di inquadrarle negli schemi giurisprudenziali elaborati fino a quel momento. La parte conclusiva della presente dissertazione è dedicata all'approfondimento dei principali profili giurisdizionali connessi a questa tipologia di ricorsi, da cui emergerà la centralità del ruolo dei tribunali, che hanno iniziato a produrre un diritto pretorio a completamento della Convenzione. Premesso che l'evoluzione della giurisdizione ICSID è un fenomeno *in fieri*, non è possibile quali potranno essere gli sviluppi giurisprudenziali futuri. Il giurista, quale studioso della realtà giuridica, non può azzardare previsioni su una materia che, come sarà agevole dedurre nel corso della lettura di questa dissertazione, è assolutamente imprevedibile nel suo sviluppo. Ciò che può fare è analizzare i parametri che allo stato attuale della giurisprudenza consentono di rilevare con certezza i confini della giurisdizione. L'obiettivo primario di questa dissertazione è infatti quello di analizzare la sua estensione e di rilevare come l'ICSID si stia rivelando come un sistema sempre più istituzionalizzato in cui i suoi tribunali, nonostante siano *ad hoc*, dimostrano sempre più di essere interconnessi. Queste profonde relazioni giurisprudenziali consentono un progressivo aggiornamento delle disposizioni giurisdizionali della Convenzione, rendendola uno strumento

adeguato a dirimere le nuove complesse controversie derivanti dall'evoluzione delle operazioni di investimento. Soltanto attraverso l'esame della giurisprudenza è pertanto possibile ricostruire il contenuto materiale della giurisdizione ICSID.

Capitolo I

La tutela degli investimenti stranieri nei processi di globalizzazione

1 L'internazionalizzazione progressiva degli investimenti e i suoi effetti sulla giurisdizione internazionale

La volontà generale della comunità internazionale di dare avvio a una serie di iniziative finalizzate alla promozione degli investimenti privati stranieri non poteva prescindere dalla predisposizione di un meccanismo delle competenze *ad hoc* in materia di controversie tra investitori e Stati ospite. La crescita progressiva dei flussi transnazionali di capitali, fondamentale per lo sviluppo degli Stati facenti parte della comunità internazionale, ha determinato un aumento sempre più importante delle controversie nascenti da questo tipo di operazioni. La mancanza di un sistema di risoluzione delle controversie a competenza universale, che potesse gestire con efficacia questo tipo di conflitti, poteva compromettere questo progressivo aumento degli investimenti condotti da privati in Stati stranieri. Infatti, gli investitori, non potendo fare affidamento ad un sistema di risoluzione delle controversie internazionale, potevano percorrere unicamente le vie giurisdizionali interne dello Stato ospite e questo rappresentava un limite evidente a causa dei rischi che gravavano sulle loro operazioni. La comunità internazionale avvertiva il pericolo derivante dalla mancanza di un sistema per le risoluzioni delle controversie a competenza universale in questa materia capace di arrestare questo fenomeno virtuoso di trasferimento di capitali. La creazione dell'*International Centre for the Settlement of Investment Dispute* ("ICSID"), ovvero di un Centro la cui unica competenza è quella di dirimere controversie in materia di investimento tra Stati e privati, è incontrovertibilmente connessa a questa situazione.

1.1 L'inadeguatezza dei preesistenti meccanismi di risoluzione delle controversie in materia di investimenti

Il diritto internazionale ha dovuto confrontarsi con le controversie in materia di investimenti già prima dell'origine della costituzione dell'ICSID. I sistemi previgenti hanno rilevato tutta la loro inadeguatezza nel dirimere controversie simili, fattore risultato determinante nella creazione di un sistema *ad hoc* per dirimere le controversie in materia di diritto internazionale degli investimenti.

Il diritto internazionale pubblico non riconosce soggettività *plena* agli individui, per cui gli eventuali diritti riconosciuti da un trattato possono essere in principio fatti valere esclusivamente dallo Stato nazionale dell'investitore¹. Il meccanismo attraverso cui gli Stati assicurano la protezione dei soggetti privati, siano esse persone fisiche o giuridiche, aventi la loro nazionalità è costituito dall'azione in protezione diplomatica, ovvero l'istituto di diritto internazionale mediante il quale uno Stato può agire a tutela del diritto o interesse di un proprio cittadino che sia stato leso dal comportamento illecito di uno Stato estero². L'azione può essere attuata attraverso molteplici meccanismi di risoluzione delle controversie, conciliative o ad esito vincolante³, come l'arbitrato o la ICJ⁴. Da questa semplice definizione, emerge il primo grande punto di debolezza del meccanismo. Infatti, non si dice che lo Stato nazionale "deve" ma che "può" agire, questo significa che non esiste un diritto giuridicamente azionabile in capo al privato leso dallo Stato estero per ottenere questo tipo di protezione. Quindi, il grado di protezione assicurato dipende esclusivamente dalla volontà politica del singolo Stato nazionale non essendovi una norma di *ius cogens* che imponga ad esso di agire comunque in protezione diplomatica⁵. Essendo il titolare dell'azione esclusivamente lo Stato, esso lo sarà anche delle eventuali somme riconosciute derivanti dall'esercizio della stessa e, quindi, ancora una volta rientrerà nella discrezionalità dello Stato di versarle al nazionale effettivamente leso.

Queste caratteristiche rendono assolutamente inadeguata l'azione in protezione diplomatica in materia di diritto internazionale degli investimenti. Infatti, per

¹ Per un approfondimento di queste tematiche connesse alla teoria generale del diritto internazionale, si raccomanda la lettura di: LOWE, V., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007; DIXON, M., *Textbook on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013; CONFORTI, B., *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

² *Ex multis*, si segnala: BORCHARD, E. M., *La protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, in *Bibliotheca Visseriana*, Lugduni Batavorum, 1924; DELBEZ, L., *Les Principes généraux du contentieux international*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962; DE HOICHEPIED, J. P., *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Paris, A. Pedone, 1965; NASCIMBENE, B., *La protezione diplomatica. Profili evolutivi*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 2013.

³ Per approfondire i meccanismi di risoluzioni delle controversie classici del diritto internazionale pubblico, si rimanda a CONFORTI, B., "L'accertamento delle norme internazionali nell'ambito della comunità internazionale", cit..

⁴ Si ricorda il celebre caso della ICJ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, ("Barcelona Traction") iniziato nel 1962 e terminato nel 1970.

⁵ Questo determina una fisiologica asimmetria tra le tutele assicurate dai vari ordinamenti nazionali.

favorire i flussi di capitali privati è necessaria la predisposizione di strumenti giurisdizionali adeguati in capo agli investitori stranieri, azionabili direttamente dagli stessi e, soprattutto, che garantiscano la risoluzione delle controversie che potrebbero sorgere in un foro neutrale. Quest'ultimo particolare è di fondamentale importanza, in quanto si può obiettare che, nonostante l'inadeguatezza dell'azione diplomatica, l'investitore potrebbe comunque adire le corti interne dello Stato ospite. Quest'ultima soluzione, anche laddove fosse effettivamente esercitabile dall'investitore, non escluderebbe la commissione di abusi da parte delle autorità giudiziarie interne che, in ragione di presumibili pressioni da parte dei governi locali, potrebbero non rivelarsi imparziali nella gestione della procedura.

La crescente necessità di predisporre un meccanismo di risoluzione delle controversie che fosse in grado di risolvere le criticità dei rimedi previsti dal diritto internazionale classico ha determinato una presa di posizione da parte della Comunità Internazionale. Si è deciso di istituire un Centro competente a risolvere le dispute in materia di investimento tra investitori stranieri e Stati ospite che superasse le inadeguatezze dei meccanismi preesistenti.

1.2 L'istituzione dell'ICSID

L'avvio delle trattative per la creazione di un sistema competente a risolvere le controversie tra Stati e privati in materia di investimenti risale alla fine degli anni '50 e all'inizio degli anni '60⁶. La *International Bank for Reconstruction and Development* ("IBRD"), la Banca Mondiale, fece proprie le istanze provenienti dalla comunità internazionale del tempo, in ragione di un interesse che aveva nella direzione di questa categoria di dispute⁷. La IBRD era l'unica organizzazione

⁶ Per ulteriori approfondimenti sulla genesi complessiva dell'ICSID, si segnala: BROCHES, A., *The convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Selected Essays*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995; PARRA, A. R., *The History of ICSID*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁷ Questo interesse dipendeva da una serie di ragioni. *In primis*, gli "Articles of Agreement" della IBRD riconoscevano in capo alla Banca la funzione di promuovere gli investimenti privati tra gli Stati membri, obiettivo che può essere ragionevolmente compromesso dalla mancanza di un regolamento delle controversie adeguato. *In secundis*, dipendendo la Banca dai finanziamenti degli Stati membri, una situazione di instabilità dipendente dalla mancanza di un'autorità capace di rendere esecutive le disposizioni sostanziali in materia, avrebbe reso incerta la possibilità di reperire queste risorse. *In tertiis*, dipendendo le risorse della *International Development*

multilaterale che appariva in grado di mediare tra gli Stati esportatori di capitali e quelli importatori, per questo entrambe le categorie riponevano fiducia in essa stante il suo ruolo neutrale. Per questo motivo, la Banca Mondiale si presentava come l'istituzione più adatta a risolvere le controversie economiche e finanziarie tra i suoi membri, attraverso un'interpretazione estensiva del suo trattato istitutivo⁸. Dopo un iniziale periodo in cui tale organizzazione ha svolto il ruolo di mediatore in via de-istituzionalizzata⁹, i Direttori Esecutivi della Banca iniziarono a lavorare su una proposta relativa alla creazione di un centro sia per la conciliazione, strumento rilevatosi di grande valore in passato, sia soprattutto per l'arbitrato, ovvero un meccanismo di risoluzione delle controversie ad esito vincolante¹⁰. Questo centro, seppur configurandosi come un'organizzazione internazionale autonoma, avrebbe fatto parte del Gruppo della Banca Mondiale e sarebbe stato composto da un piccolo segretariato, da un consiglio generale dei rappresentanti dei governi partecipanti al Centro, nonché da *panels* di commissioni di conciliazioni e tribunali arbitrali. All'esito dei negoziati successivamente intercorsi con le delegazioni governative e le formulazioni presentate dai Direttori Esecutivi, si è giunti alla formulazione di un testo finale, la "Convention on the Settlement Disputes between States and Nationals of Other States" ("Convenzione ICSID"), aperta alla ratifica da parte degli Stati a partire dal 18 marzo 1965 ed entrata in vigore il 14 ottobre 1966¹¹. Si tratta del trattato istitutivo dell'*International Centre for the Settlement of Investment Disputes* ("ICSID").

L'ICSID è un'istituzione internazionale autonoma il cui scopo è quello di dirimere le controversie in materia di investimento tra investitori privati e Stati, attraverso la conciliazione e l'arbitrato. La sua struttura rispecchia le istanze

Association ("IDA") dagli Stati avanzati, esportatori di capitali, si sarebbe rischiato possibili crolli dei finanziamenti.

⁸ Il presidente che ha determinato l'avvio di questo corso è Eugene R. Black, che l'ha sovrintesa dal 1949 al 1962.

⁹ *I.e.* si deve ricordare l'attività di mediazione svolta in seguito alla nazionalizzazione dell'Iran dell'industria petrolifera e la conseguente terminazione anticipata delle concessioni alla britannica Anglo-Iranian Oil Company, nel 1951.

¹⁰ Quest'idea era stata fortemente sostenuta dal *General Counsel* della Banca, Aron Broches.

¹¹ Il testo della Convenzione e dei Regolamenti finanziario/amministrativo e di procedura, è disponibile all'indirizzo https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

presentate dall'IBRD, ed è composta da un Consiglio di Amministrazione, formata dalle delegazioni degli Stati membri¹², presieduto *ex officio* dal Presidente della Banca, da un Segretariato che ne cura l'amministrazione e la gestione finanziaria, nonché da organi istituiti *ad hoc*: commissioni di conciliazione e, soprattutto, tribunali arbitrali. Attraverso l'istituzione di questa nuova organizzazione si è inteso rimuovere gli ostacoli ai flussi di capitali derivanti dalla mancanza di meccanismi internazionali per la risoluzione di questa tipologia di controversie. L'ICSID rappresenta un *forum neutrale* che mette a disposizione delle parti legittimate i summenzionati strumenti. L'ICSID, in ragione della sua *membership* molto estesa, della sua appartenenza al Gruppo della Banca Mondiale e del numero dei casi gestiti da esso, ha un ruolo fondamentale nel settore degli investimenti e dello sviluppo internazionale. In particolare, i suoi tribunali rappresentano uno strumento formidabile per gli investitori privati che finalmente possono iniziare *ex se* un procedimento internazionale ad esito vincolante contro gli Stati ospite.

1.3 Gli accordi internazionali in materia di investimenti e loro incidenza nello sviluppo dell'arbitrato ICSID

Le ragioni del successo del Centro deriva dal parallelo di trattati internazionali diretti alla protezione degli investimenti. La crescita di strumenti negoziati tra gli Stati in materia di investimento risponde all'esigenza di rafforzare la tutela degli investimenti attraverso la predisposizione di un livello di garanzie superiore rispetto a quello garantito dalle norme consuetudinarie. Infatti, il diritto internazionale convenzionale, rispetto a quello consuetudinario¹³, si presenta sicuramente adeguato a recepire le istanze specifiche provenienti dagli Stati, dando origine ad un sistema a tutela differenziata in ragione delle particolari

¹² Alla Convenzione ICSID partecipano più di 140 Stati membri.

¹³ Per le questioni generali riferite al diritto internazionale consuetudinario, si suggerisce: GRISEL, F., *The Sources of International Investment Law*, in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, a cura di DOUGLAS, Z., PAUWELYN, J., VIÑUALES, Oxford, Oxford University Press, 2014; TAMS, C. J., *The Sources of Rights and Obligations*, in *ibid.*; ZEITLER, H. E., *Full Protection and Security*, in *International Investment The International Law on Foreign Investment Law and Comparative Law*, a cura di SCHILL S. W., New York, Oxford University Press, 2010;

operazioni che essi vogliono proteggere¹⁴. Il successo dei trattati in materia di investimento consente di garantire standard di tutela elevati agli investimenti, con particolare riferimenti ai rischi non commerciali, esigenza avvertita non solo dagli investitori, ma soprattutto dagli Stati che desiderano, con la loro conclusione, intercettare i flussi di capitale provenienti da altri Stati.

La categoria sicuramente più importante è costituita dai trattati bilaterali in materia di investimento, ovvero i *bilateral investment treaties* (“BITs”)¹⁵. Il successo di questi strumenti negoziali, il cui *trend* di crescita è stato molto elevato nei decenni passati¹⁶, dipende dalla loro duttilità, che permette ad essi di garantire standard di protezione adeguati alle esigenze di mercato¹⁷. Questi trattati consentono a due Stati di disciplinare il regime di protezione da accordare ai rispettivi investitori nazionali. In principio, il BIT è uno strumento normativo concepito per trovare applicazione bilaterale tra le parti contraenti, configurandosi pertanto come una *lex specialis inter partes*. Ciononostante, secondo parte della dottrina la prassi dei BITS, relativa agli standard di tutela la cui *diuturnitas* è particolarmente fondata, si sta tramutando in diritto internazionale generale¹⁸.

¹⁴ Si pensi, *ex multis*, agli investimenti in strumenti finanziari.

¹⁵ Per approfondire, si consiglia: DOLZER, R., STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1995; MAURO, M. R., *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003; VANDEVELDE, K. J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, New York, Oxford University Press, 2010; SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 172-235; GAZZINI, T., *Bilateral Investment Treaties*, in *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, cit..

¹⁶ Per i dati statistici, si rimanda a *World Investment Report*, UNCTAD, 2013, p. 20 ss..

¹⁷ Le origini storiche di questa crescita esponenziale risalgono alla presentazione delle istanze del “Nuovo Ordine Economico”. Pertanto, i BITS costituivano originariamente il tentativo di preservare alcuni degli standard di tutela sviluppati dal diritto internazionale generale del tempo, ormai compromessi dall’instabilità creatasi a seguito delle istanze provenienti dai Paesi in Via di Sviluppo (“PVS”), da parte degli Stati avanzati. La ragione, inoltre, che ha determinato la proliferazione dei BITS, dipende dall’egemonia delle idee neo-liberiste degli ultimi decenni. Il neo-liberalismo ha influenzato in modo particolare i principi alla base della *World Trade Organization* (“WTO”), finalizzata alla promozione di strumenti diretti alla liberalizzazione di vasti settori riconducibili al settore del commercio internazionale. Con l’entrata in declino di questa filosofia economica si sta assistendo ad un parziale arresto comunque del *trend*, che rimane comunque in attivo, ma questo non ha minimamente inciso sulla centralità che questi strumenti conservano nell’attuale diritto internazionale generale degli investimenti. Per approfondire questi aspetti, BROWNIE, I., *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

¹⁸ Per approfondire la relazione tra BITS e diritto internazionale consuetudinario, si segnala: SCHWEBEL, S. M., *The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law*, in *Transnational ispute Management*, 2005; DUMBERRY, P., *Are BITs Representing the*

Questa idea può essere accolta solo con particolare cautele, poiché nonostante sia assolutamente vero che la struttura dei BITs seguita dagli Stati sia generalmente la stessa, o comunque somigliante¹⁹, la disciplina sostanziale può variare sensibilmente nei trattati²⁰. Pertanto, la ragione del successo di questi strumenti pare essere costituita dall'incisività che la negoziazione tra gli Stati riesce ad avere in relazione alla fissazione degli standard di tutela degli strumenti bilaterali, attraverso cui riescono a rappresentare i loro interessi particolari. In essi, infatti, gli Stati all'interno di uno schema relativamente fisso sono liberi di dare rappresentazione alle rispettive istanze e, conseguentemente, di decidere concretamente quale tipo di operazioni tutelare, nonché quale standard di tutela assicurare²¹. Abbandonato il dibattito teorico intorno al rapporto con il diritto generale che non ci interessa *ex se* in questa sede, si segnala la prassi sempre più consolidata di inserire, all'interno di questi strumenti, clausole designanti come foro competente a risolvere eventuali controversie l'arbitrato ICSID. Per questo motivo, il successo dei BITs ha determinato quello parallelo dell'ICSID, che ha visto aumentare in modo esponenziale la registrazione di istanze di arbitrato primariamente in ragione delle *forum selection clauses* sempre più utilizzate nei trattati²².

L'altra categoria principale è costituita dai trattati multilaterali, ovvero da trattati internazionali che regolamentano gli investimenti tra un numero superiore di

"New" Customary International Law in International Investment Law?, in *Penn State International Law Review*, 2010.

¹⁹ Generalmente, il BIT si apre con una dichiarazione in cui sono dichiarate le finalità del trattato, a cui segue: l'elenco delle definizioni rilevanti, *i.e.* nozione di investimento e sue eventuali limitazioni, nonché di nazionalità; lo standard di tutela, che può corrispondere al trattamento nazionale o altresì quello della nazione più favorita, nonché particolari regimi rafforzati; modalità di conduzione delle operazioni; garanzia del trasferimento dei profitti realizzati nello Stato ospite; regolamentazione delle misure espropriative; designazione del foro competente. *I.e.* gli Stati Uniti hanno elaborato un modello, il *Model BIT 2004*, in cui è riprodotta la struttura standard dei trattati da essi conclusi con Stati terzi, in <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>.

²⁰ In particolare per quanto concerne la definizione di investimento, come si mette in evidenza nel cap. II, *infra*.

²¹ Queste criticità sono analizzate in D'ASPROMONT, J. E., *International Customary Investment Law, International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, a cura di GAZZINI, T., DE BRABANDERE, E., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

²² Questo profilo è oggetto di analisi al cap. IV, *infra*.

Stati²³. Non esiste attualmente un trattato multilaterale universale in materia, ma piuttosto una serie di strumenti negoziati a livello regionale. Ci sono stati innumerevoli tentativi diretti ad adottare di adottare un accordo condiviso da un ampio numero di Stati, ma, a causa delle innumerevoli divergenze esistenti tra le posizioni degli stessi, non è stato possibile raggiungere una soluzione condivisa in merito allo standard di tutela da assicurare agli investimenti²⁴. Le istanze degli Stati avanzati confluite nei *drafts*, infatti, erano dirette ad assicurare la maggior tutela possibile in riferimento agli investimenti e, per questa ragione, si è determinato un contrasto insuperabile con i PVS²⁵, rendendo impossibile l'adozione di *multilateral agreements*. Tra i tentativi più importanti si deve annoverare il “Multilateral Agreement on Investment” (“MAI”) della *Organization for Economic Co-operation and Development* (“OECD”) il cui processo di negoziazione, iniziato nel 1994, non ha dato esito positivo. Infatti, nonostante in un primo momento sembrava essersi creato un clima favorevole grazie alla diffusione del neo-liberalismo economico agli inizi degli anni '90, la crisi di molti PVS, incapaci di trarre vantaggio da esso, ha determinato la sospensione definitiva delle trattative nel 1997²⁶. Fallito il tentativo del MAI, si iniziò a discutere in merito alla possibile adozione di un nuovo “Agreement” da inserirsi nel sistema della WTO. Nonostante gli innumerevoli tentativi avviati nel corso delle Conferenze Ministeriali dell'organizzazione²⁷. Pertanto, gli unici

²³ Per approfondimenti si consiglia: SCHILL, S. W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, cit., pp. 236-275.

²⁴ Il primo tentativo di avere una disciplina contenuta in uno strumento multilaterale universale risale all'inserimento di previsioni sul trattamento degli investimenti stranieri nella Carta dell'Avana del 1948, che, come noto, costituiva il trattato costitutivo dell'*International Trade Organization* (“ITO”). La mancata ratifica del trattato da parte degli Stati Uniti, ha impedito la costituzione di questa organizzazione, determinando la prosecuzione del GATT '47, inizialmente pensato come un meccanismo provvisorio, in cui non erano contenute disposizioni simili. Per approfondire questi aspetti storici, si rimanda a JACKSON, J. H., *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 91-103.

²⁵ L'intervento di una terza categoria di soggetti nelle negoziazioni, quella delle organizzazioni non governative (“NGOs”), ha reso ancora più complesse le negoziazioni. La più importante organizzazione rappresentativa degli interessi degli investitori è la *International Chamber of Commerce* (“ICC”).

²⁶ La crisi economica in gran parte degli Stati Asiatici, *i.e.* quella in Thailandia, determinò l'adozione di politiche protezionistiche incompatibili con il trattato in corso di negoziazione.

²⁷ La possibilità di includere gli investimenti tra le materie della WTO erano iniziate nel corso della Conferenza di Doha, per poi essere definitivamente abbandonata in seguito a quella di

trattati multilaterali entrati in vigore sono quelli a carattere regionale²⁸. Il loro numero è molto elevato, in quanto le principali organizzazioni regionali hanno proceduto ad una regolamentazione degli investimenti tra i rispettivi Stati membri²⁹. La particolarità di questi meccanismi multilaterali è che prevedono generalmente un sistema di risoluzione delle controversie *ad hoc*, per cui non eleggono come foro competente l'arbitrato ICSID³⁰. L'Energy Charter Treaty ("ECT"), trattato che costituisce un *multilateral framework* in materia di cooperazione transfrontaliera nel settore dell'industria energetica³¹, contiene, a differenza dei precedenti, una clausola giurisdizionale complessa per quanto riguarda le eventuali controversie tra investitore e Stato ospite³². La complessità della clausola deriva dalla sua struttura, contraddistinta dall'elezione di molteplici fori internazionali potenzialmente competenti a dirimere la controversia, tra cui *in primis* il sistema ICSID, opzione effettivamente esercitata come dimostrato dalla giurisprudenza esistente³³.

Il *tertium genus* è costituito da una categoria di accordi completamente nuova, che diventeranno sempre più importanti nel prossimo futuro: i trattati tra organizzazioni regionali e Stati terzi. Sono formalmente dei BITs, essendovi due

Cancun, nonostante alcuni PVS parevano essere disposti ad alcune concessioni a patto in cui fossero regolate le società multinazionali.

²⁸ L'adozione di codici di condotta in relazione alle *multinational corporations*, come "Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights" del 2003, sono atti di *soft law* non vincolanti aventi come oggetto primario il tentativo di regolare la responsabilità delle imprese multinazionali, non sono rilevanti perché solo incidentalmente e marginalmente potrebbero potenzialmente incidere sullo sviluppo futuro del regime di protezione degli investimenti.

²⁹ Tra gli accordi multilaterali regionali si ricorda: il "North American Free Trade Agreement" ("NAFTA"), 1992, contenente standard di tutela molto elevati creati sul modello dei BITs statunitensi; l'"ASEAN Investment Protection Agreement", 1987, che crea un regime di protezione degli investimenti nell'area dell'"Association of South-East Asian Nations" ("ASEAN"); l'"Investment Agreement for the COMESA Common investment Area", 2007, tra gli Stati africani facenti parte del COMESA; il Trattato istitutivo del CARICOM, 1989, la cui versione emendata contiene delle disposizioni in materia di investimento. Per una visione più completa del fenomeno, nonché per una lista più dettagliata degli accordi esistenti, si rimanda a AA.VV., *Analysis of Regional Investment Frameworks Worldwide*, OECD, 2010, in <http://www.oecd.org/mena/investment/44866454.pdf>.

³⁰ Come il già richiamato NAFTA.

³¹ L'accordo originario è stato firmato all'Aia nel 1991, ma è stato emendato per consentire una sua applicazione più estesa. Per approfondire gli aspetti connessi alla sua origine, si consiglia AA.VV., *The Energy Charter Treaty: An East-west Gateway for Investment and Trade*, a cura di T. W. WAELDE, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1996.

³² Il riferimento è all'art. 26 rubricato "Settlement of Disputes between an Investor and a Contracting Party", collocate nella Parte V intitolata "Dispute Settlement".

³³ Si veda il caso *Electrabel*, par. 2.1, *infra*.

parti contraenti, ciononostante una di esse o addirittura entrambe sono un'organizzazione regionale. Si tratta di una precisazione molto importante in riferimento alle questioni giurisdizionali che derivano dalla partecipazione agli accordi di un soggetto diverso dallo Stato³⁴. L'organizzazione che ha avviato negoziati finalizzati alla conclusione di trattati di questa nuova categoria è l'Unione Europea ("UE")³⁵, in ragione delle prerogative riconosciutele dal Trattato di Lisbona del 2009³⁶. Questo genere di *agreements* diventerà sempre più importante in ragione della progressiva acquisizione di competenze da parte delle organizzazioni regionali nel settore degli investimenti con gli Stati terzi³⁷.

In base a quanto emerge da questa breve analisi, il diritto internazionale convenzionale resta la fonte normativa principale del diritto internazionale degli investimenti. Il successo di questi trattati³⁸ è dovuto in gran parte alla tutela giurisdizionale che solo essi possono assicurare all'investitore privato, attraverso l'inserimento di clausole designanti un foro neutrale quale, *i.e.*, è l'arbitrato ICSID. Infatti, a prescindere dal dibattito esistente in dottrina intorno all'affermazione di un regime consuetudinario in riferimento agli standard di tutela in materia di investimento, i trattati rimangono comunque indispensabili per garantire una tutela giurisdizionale effettiva attraverso l'offerta preventiva di arbitrato, circostanza che non potrebbe essere di certo superata dalla consuetudine. L'importanza fondamentale dei trattati in materia di ricostruzione della giurisdizione del Centro deriva da questo aspetto, presso atto che il loro contenuto è integrativo dei requisiti giurisdizionali della Convenzione. Per questo motivo, il sistema di risoluzione delle controversie ICSID dipende profondamente dai trattati per quanto riguarda l'effettiva estensione della sua giurisdizione, che si determina mediante un raffronto con questi strumenti normativi.

³⁴ Questi aspetti saranno trattati diffusamente al par. 2, *infra*.

³⁵ I trattati più importanti sono: il "EU-China bilateral investment treaty", il "Transatlantic Trade and Investment Partnership" ("TTIP") con gli Stati Uniti; il "Comprehensive economic and Trade Agreement" ("CETA") con il Canada; il "Free Trade Agreement" ("FTA") con l'India. Inoltre, anche altre organizzazioni regionali, *i.e.* il CARICOM, hanno iniziato a stipularli.

³⁶ Si rimanda nuovamente al par. 2, *infra*.

³⁷ In ragione dell'importanza di questo fenomeno, si è scelto di dedicare un'apposita sezione di questo capitolo alla sua analisi. Si veda il par. 2.

³⁸ Oltre alla regolamentazione degli standard di tutela, la cui importanza non vuole essere assolutamente sottintesa in questa sede ma che non rientra nell'oggetto della presente trattazione.

1.4 L'accentuarsi dell'istituzionalizzazione del Centro: il ruolo della giurisdizione

I recenti sviluppi giurisprudenziali hanno dato origine a una “prassi ICSID”, determinando un rafforzamento del carattere istituzionale del Centro. I tribunali istituiti nel sistema ICSID devono necessariamente interpretare l’art. 25 della Convenzione, rubricato “Jurisdiction of the Centre”, per poter fondare la propria competenza. Questa disposizione contiene un’elencazione dei principali requisiti giurisdizionali che devono essere rispettati affinché un tribunale possa ritenersi competente a dirimere una controversia. La giurisprudenza arbitrale, ogni qualvolta che si pronuncia sulla giurisdizione, contribuisce pertanto a delimitare *de facto* l’effettiva estensione della giurisdizione delineata in queste disposizioni. Si tratta di un aspetto della massima importanza, in quanto la Convenzione delega una funzione importantissima ai tribunali, specificatamente riconosciuta dall’art. 41³⁹: la determinazione dei requisiti giurisdizionali. I tribunali svolgono un ruolo fondamentale nella loro definizione concreta, poiché non sono *de iure* puntualmente definiti nella Convenzione. Le decisioni sulla competenza, pertanto, non si limitano a decidere il caso singolo, ma contribuiscono a costituire una prassi interpretativa dei profili giurisdizionali previsti dalla Convenzione. Quando un tribunale, infatti, è chiamato a decidere sulla propria competenza, non può prescindere da iniziare un’interpretazione ermeneutica della norma, operazione che deve essere svolta conformemente alle regole previste dal diritto internazionale generale⁴⁰. Seppure non esista una regola consuetudinaria, né tantomeno una disposizione specifica, che riconosca il principio dello *stare decisis*, si deve ritenere che un’interpretazione conforme alla Convenzione non possa prescindere dalla conoscenza della prassi sviluppatasi intorno ai requisiti giurisdizionali, soprattutto preso atto della presenza di una disposizione che assegna una funzione interpretativa così importante. I tribunali hanno dimostrato

³⁹ Di seguito la disposizione: “(1) The Tribunal shall be the judge of its own competence. (2) Any objection by a party to the dispute that that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.”

⁴⁰ Si veda la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (“Vienna Convention on the law of treaties”) del 1969, con particolare attenzione agli artt. 31-32.

di dare grande importanza ai precedenti, attraverso continui richiami a essi, pertanto hanno creato un circuito virtuoso attraverso cui comunicano ai fini di realizzare un'interpretazione conforme alla Convenzione di garantire la giurisdizione su tutte quelle controversie compatibili con i suoi requisiti. Questo ha determinato un'evoluzione del carattere istituzionale dell'arbitrato ICSID, in cui i tribunali, pur continuando a essere *ad hoc*, sono inseriti in un sistema radicato nella Convenzione che contribuiscono essi stessi a alimentare. Questo processo è stato possibile, inoltre, grazie all'apporto dato dagli Stati in quanto, attraverso l'inserimento di clausole designanti l'arbitrato ICSID come foro competente nei trattati, hanno riconosciuto una primazia al Centro per le controversie sugli investimenti transnazionali, contribuendo *de facto* al rafforzamento dell'istituzionalizzazione del sistema che ha determinato la necessità di coordinare. Ulteriore aspetto che deve essere considerato, i tribunali stessi hanno iniziato ad elaborare, *motu proprio*, procedimenti logici in materia giurisdizionale finalizzati ad agevolare la loro successiva ripresa in casi analoghi e di creare, pertanto, collegamenti tra di essi. L'evoluzione del carattere istituzione del Centro si traduce in un'interpretazione sempre più creativa dei requisiti giurisdizionali, se non nella creazione di un diritto pretorio attraverso la giurisprudenza.

2 Il sistema ICSID e lo sviluppo della competenza in materia di investimenti su base regionale

Il crescente affermarsi di modelli di integrazione regionali sempre più forti sta iniziando ad avere degli effetti sempre più importanti sulla tutela internazionale degli investimenti e, *a fortiori*, sulla giurisdizione del Centro.

Il fenomeno dei regionalismi nel diritto internazionale, studiato da molti decenni⁴¹, progressivamente è diventato sempre più importante e determinante nel

⁴¹ Tra i primi autori a prendere atto del crescente fenomeno del regionalismo nel diritto internazionale, si ricorda MONACO, R., *Regionalismo internazionale e Nazioni Unite*, in *La Comunità internazionale*, 1947, e in *Scritti di diritto delle organizzazioni internazionali*, Giuffrè Editore, 1981.

contesto della globalizzazione⁴². Gli Stati singolarmente considerati non sono in grado di fronteggiare le dinamiche derivanti dalla eliminazione delle barriere che si ergevano a baluardo della loro sovranità. La liberalizzazione degli scambi commerciali e dei flussi globali d'investimento⁴³ ha rivelato l'inadeguatezza degli assetti istituzionali degli Stati sovrani *uti singuli*, rendendo inevitabile una loro positiva aggregazione su scala regionale per poter fronteggiare le nuove esigenze derivanti da questa situazione storica⁴⁴. Le organizzazioni regionali affermatesi in un sempre più crescente numero di aree del globo consentono di effettuare un'integrazione degli interessi economici condivisi da un gruppo di Stati facenti parte di una specifica area geografica, per cui, in un contesto globale caratterizzato da crescenti flussi di capitali a livello transnazionale, è facilmente prospettabile che esse assumeranno un ruolo sempre più importante nel diritto internazionale degli investimenti⁴⁵.

⁴² Si veda DEL VECCHIO, A., *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, Cacucci Editore, 2009.

⁴³ Inizialmente, con il "General Agreement on Tariffs and Trade" firmato a Ginevra nel 1947 ("GATT '47"), riguardava esclusivamente gli scambi transnazionali di merci, per i quali era prevista una progressiva eliminazione delle tariffe doganali, favorita da disposizioni del trattato come la previsione di una clausola della nazione più favorita c.d. "generalizzata". Soltanto con la nascita della *World Trade Organization* ("WTO"), il cui trattato istitutivo è stato firmato a Marrakesh nel 1994, la liberalizzazione ha contraddistinto, oltre il già richiamato settore del commercio di beni il cui trattato originario è stato comunque modificato ("GATT '94"), quello dei servizi con l'adozione del "General Agreement on Trade in Services" ("GATS") e quello della proprietà intellettuale, con l'adozione dell'"Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights" ("TRIPS"). Non avendo la presente trattazione come oggetto il sistema della WTO, si rimanda alle seguenti opere: AA.VV., *From GATT to the WTO: The Multilateral Trading System in the New Millennium*, a cura del WORLD TRADE ORGANIZATION - SECRETARIAT, The Hague, Kluwer Law International, 2000; STOLL, P. T., FRANK SCHORKOPF, F., *WTO: World Economic Order, World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006; BARTON, J. H., GOLDSTEIN, J. L., JOSLING, T. E., STEINBER, R. H., *The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*, Princeton, Princeton University Press, 2010; NARLIKAR, A., DAUNTON, M., STERN, R. M., *The Oxford Handbook on The World Trade Organization*, NEW YORK, Oxford University Press, 2012.

⁴⁴ Per approfondire la relazione tra *globalisation* e *multilateralism* si suggerisce: RAPPA, A. L., *Globalization: Power, Authority, and Legitimacy in Late Modernity*, Singapore, Institute of Southeast Asian, 2011; *Multilateralism in the 21st Century: Europe's Quest for Effectiveness*, a cura di BOUCHARD, C., PETERSON, J., TOCC, N., *Multilateralism in the 21st Century: Europe's Quest for Effectiveness*, Abingdon, Routledge, 2013; AA.VV., *Globalisation, Multilateralism, Europe: Towards a Better Global Governance?*, a cura di TELÒ, M., Farnham, Ashgate Publishing, 2014; AA.VV., *Globalization in an Age of Crisis: Multilateral Economic Cooperation in the Twenty-First Century*, a cura di FEENSTRA, R. C., TAYLOR, A. M., Chicago, University of Chicago Press, 2014.

⁴⁵ Per esaminare il rapporto tra regionalismo ed investimenti internazionali, si rimanda a TRAKMAN, L., RANIERI, N., *Regionalism in International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2013.

L'UE costituisce *de facto et de iure* l'archetipo dei sistemi di integrazione regionale⁴⁶, nonché l'organizzazione che più di ogni altra ha assunto competenze sempre più rilevanti in ambito di regolazione dei regimi normativi economici interni agli Stati, attraverso una progressiva integrazione positiva di settori chiave, tra cui, *i.e.*, quello dell'antitrust⁴⁷ e quello bancario⁴⁸. Con la ratifica del Trattato di Lisbona del 2009, l'UE ha acquisito competenza, in principio esclusiva, in materia di regolazione degli investimenti esteri diretti, ovvero i *foreign direct investments* ("FDI"). Il quadro normativo, emergente da questo nuovo disegno istituzionale, riconosce in capo all'organizzazione vasti poteri in merito all'ammissione e successiva regolamentazione degli investimenti stranieri⁴⁹, attraverso molteplici disposizioni situate in moltissime sezioni del TFUE⁵⁰. La disposizione sicuramente più importante è quella prevista all'art. 207, rubricato "politica commerciale comune"⁵¹. Questa disposizione riconosce all'UE una

⁴⁶ Per approfondire la genesi, a partire dal Trattato di Roma del 1957 istitutivo della Comunità Economica Europea, si consiglia TESAURO, G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, CEDAM, 2012.

⁴⁷ La tutela della concorrenza nel mercato unico costituisce uno dei pilastri fondamentali del diritto UE. Non essendo argomento inerente alla presente dissertazione, per approfondimenti si consiglia: WIJCKMANS, F., TUYTSCHAEVER, F., *Vertical Agreements in EU Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; VOGEL, L., *European Competition Law*, Paris, Lawlex, 2011; GORE, D., LEWIS, S., LOFARO, A., *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; PETIT, N., LOUSBERG, C., *Droit européen de la concurrence, institutions et procédures*, Brussels, Larcier, 2013; VAN DER WOUDE, M. H., JONES, C., *EU Competition Law Handbook 2014*, London, Sweet & Maxwell, 2014.

⁴⁸ Per avere un'idea generale su come è strutturata la normativa bancaria europea, si consiglia AA.VV., *European Banking and Financial Services Law*, a cura della EUROPEAN ASSOCIATION OF PUBLIC BANKS, Bruxelles, Larcier, 2008.

⁴⁹ Per approfondire il rapporto del diritto dell'UE con il diritto internazionale degli investimenti e dell'arbitrato, si segnala: DIMOPOULOS, A., *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011; BERMANN, G. A., *Reconciling European Union law demands with the demands of international arbitration*, in *A Man for All Treaties – Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

⁵⁰ *I.e.* l'art. 63 prevede specificatamente l'estensione della liberalizzazione dei movimenti di capitale anche a quelli intercorrenti da e verso Stati terzi.

⁵¹ Di seguito l'art. 207 TFUE:

"La politica commerciale comune costituisce uno dei principali strumenti delle relazioni esterne dell'UE (articolo 207 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea - TFUE). Tale politica rientra integralmente nella sfera di competenza esclusiva dell'Unione (articolo 3 del TFUE). Essa costituisce la contropartita dell'unione doganale fra gli Stati membri.

La politica commerciale comune implica una gestione uniforme delle relazioni commerciali con i paesi terzi, segnatamente tramite una tariffa doganale comune e tramite regimi comuni che regolano le importazioni e le esportazioni. Il trattato di Lisbona estende altresì la politica commerciale comune agli investimenti esteri diretti.

L'Unione persegue l'eliminazione delle restrizioni agli scambi, nonché delle barriere doganali. Per proteggere il mercato comunitario, l'Unione dispone di strumenti quali le misure antidumping e antisovvenzioni, il regolamento sugli ostacoli al commercio e le misure di salvaguardia.

competenza esclusiva in materia di politica commerciale comune, che si sostanzia in particolare, ai fini che ci interessano in questa sede, nella possibilità di contrarre trattati in materia di investimento, secondo quanto previsto al quarto comma. Si tratta di un aspetto importantissimo, soprattutto poiché si tratta come già detto di una competenza di tipo esclusivo e la conclusione di nuovi trattati o la modificazione di quelli esistenti da parte degli Stati membri è subordinata all'autorizzazione della Commissione Europea, in base alla procedura delineata nel Regolamento (UE) n. 1219/2012⁵². L'introduzione di questa inedita competenza in materia di investimenti rappresenta una novità assoluta, atteso che gli Stati sono stati privati, almeno in principio, di una prerogativa importantissima attinente alla loro sovranità, atteso che hanno perso la possibilità, salvo la richiamata deroga, di poter incidere sulla regolamentazione dei flussi di capitali in entrata⁵³.

La riforma pone delle questioni di fondamentale importanza per quanto concerne la soluzione delle eventuali controversie che potrebbero sorgere sulla base del regime di tutela previsto nei trattati sottoscritti dall'UE. L'inserimento di una clausola designante un foro competente a dirimere le controversie all'interno di un trattato in materia d'investimento⁵⁴ costituisce un aspetto della massima importanza per garantire l'effettività della protezione dei diritti specificatamente riportati negli accordi internazionali, stante la presunzione di parzialità per quanto riguarda i meccanismi giurisdizionali interni dello Stato ospite. Com'è noto, soltanto gli Stati possono essere parti della Convenzione, infatti l'art. 67 riserva esclusivamente agli Stati la possibilità di aderire alla Convenzione, per cui non

La Commissione negozia accordi internazionali di cooperazione commerciale a nome dell'Unione, nel quadro delle sue relazioni bilaterali e multilaterali. Il Consiglio conclude tali accordi deliberando a maggioranza qualificata previa approvazione da parte del Parlamento europeo, che rimane informato sullo svolgimento delle negoziazioni. Tuttavia il Consiglio decide all'unanimità per quanto riguarda gli accordi relativi al commercio di servizi, la proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, i servizi audiovisivi e culturali, i servizi sociali, l'istruzione e la salute.

La Commissione partecipa attivamente all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC).

L'Unione europea sostiene un commercio liberalizzato, equilibrato e favorevole agli interessi di tutti gli operatori internazionali. Essa sostiene in particolare l'inclusione nel commercio mondiale dei paesi in via di sviluppo tramite gli aiuti al commercio che essa fornisce a tali paesi.”

⁵² La procedura è delineata agli artt. 7 ss. del regolamento richiamato

⁵³ La novità della materia ha determinato una notevole difficoltà nell'individuazione della DG competente all'interno della Commissione, in base a testimonianze dirette da parte di funzionari conosciuti nel corso della mia permanenza a Bruxelles. Infine, è stata designata DG-Markt.

⁵⁴ Il profilo sarà approfondito nel cap. IV, *infra*.

sembrerebbe prospettabile la possibilità di adesione da parte di organizzazioni regionali⁵⁵. In relazione a questo aspetto, un'eccezione è costituita dalla *Multilateral Investment Guarantee Agency* ("MIGA"), il cui *ius standi iudicio* non dipende dall'essere parte della Convenzione quanto piuttosto dal far parte del Gruppo della Banca Mondiale⁵⁶. L'unica opzione praticabile potrebbe essere la stipula di una convenzione tra il Centro e UE che contenga una procedura *ad hoc* da seguire per le controversie sottoposte alla giurisdizione del Centro. Si tratta di una questione tuttora *in fieri* per cui, stante la mancanza di giurisprudenza in riferimento a questo aspetto, non può essere compiutamente affrontata in questa dissertazione. Il profilo che, in questa sede, appare assolutamente rilevante è relativo alla possibilità che possa configurarsi una situazione di conflitto tra un tribunale ICSID e le autorità giurisdizionali di un'organizzazione regionale, in casi caso di conflitto tra due Stati membri. Si tratta una questione assolutamente rilevante, soprattutto in riferimento all'UE in cui le sue autorità, *in primis* la Commissione e *a fortiori* la Corte di Giustizia, hanno assunto un ruolo sempre più centrale nel controllo delle attività dei suoi Stati membri in materia di investimenti transnazionali.

2.1 Il potenziale conflitto tra arbitrato e organi regionali

La questione relativa alla configurabilità di un possibile conflitto di giurisdizione tra tribunali ICSID e organi giurisdizionali, o altresì avente potere decisionale, regionali è un aspetto di fondamentale importanza in relazione ad una valutazione dell'estensione della giurisdizione ICSID in seno ai processi di globalizzazione che stanno contraddistinguendo questo periodo storico. In riferimento alla UE, c'è

⁵⁵ Secondo l'art. 67: "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."

⁵⁶ La MIGA è un'organizzazione internazionale autonoma facente parte del Gruppo della Banca Mondiale che stipula contratti di assicurazione contro i rischi non commerciali in relazione ad operazioni d'investimento realizzate da investitori stranieri nello Stato ospite. In caso di erogazione dell'indennizzo in capo all'investitore, l'organizzazione si surroga completamente nei diritti da esso vantati nei confronti dello Stato. Nel caso in cui sorga una controversia tra MIGA e lo Stato ospite, tra i meccanismi riportati nella "MIGA Convention" del 1985 si richiama la conciliazione e l'arbitrato ICSID, secondo la procedura prevista all'"Annex II". Per approfondire la procedura, si consiglia AA.VV., *The World Bank Group Guarantee Instruments 1990-2007: An Independent Evaluation*, Washington D.C., World Bank Publications, 2009.

stata una decisione da parte di un tribunale che ha analizzato i possibili rapporti tra di essi.

La prima decisione che affronta questo interessantissimo profilo è quella emessa, in riferimento alla competenza, nel caso *Electrabel v. Hungary*⁵⁷, il primo caso in cui, come terzo, è intervenuta pure la Commissione oltre all'istante e allo Stato ospite. Nel riconoscere la propria competenza, il Tribunale ha saputo tracciare le linee guida da seguire in situazioni simili. La controversia, estremamente complessa, aveva ad oggetto la potenziale espropriazione ai danni di una società belga atti da parte dell'Ungheria, in seguito alla risoluzione di un accordo di fornitura di energia elettrica, come richiesto dalla Commissione, determinante una potenziale violazione dell'ECT⁵⁸, di cui è parte l'UE stessa.

In primis, il Tribunale, nell'affermare la propria competenza a decider nel merito la controversia, rigetta le argomentazioni della Commissione Europea secondo le quali, essendo l'istante un investitore comunitario agente contro uno Stato membro, avrebbe dovuto, in ogni caso, adire in via preventiva la CGUE⁵⁹. *In*

⁵⁷ *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, 2012.

⁵⁸ Il 10 ottobre 1995, MVM, una società di fornitura di energia elettrica di proprietà dello Stato ungherese, stipulando il "Power Purchase Agreement" ("PPA") ha acquisito partecipazioni in Dunamenti, un generatore ungherese di proprietà e gestito dalla centrale omonima. MVM attraverso PPA ha esteso l'accordo anche ad altri generatori ungheresi. Il PPA prevedeva la fornitura di energia ad un canone fissato fino a dicembre 2010 (poi prorogato al dicembre 2015). Electrabel, una società belga attiva nel settore della produzione e vendita di energia belga, ha investito in Dunamenti nel periodo 1995-2001, fino ad acquisire il 74,8 % delle azioni di Dunamenti alla fine del 2001. L'Ungheria ha aderito all'UE nel maggio 2004. Un anno dopo, la Commissione europea ha avviato un'inchiesta dei PPA potendo essi costituire un aiuto di Stato contrario al diritto comunitario. L'Ungheria ha reintrodotta quindi prezzi regolamentati nel 2006, determinando una riduzione forzata del 40 % dei prezzi dell'energia prodotta da Dunamenti. La Commissione ha successivamente emesso una decisione finale, nel giugno 2008, in cui ha ritenuto che gli obblighi di acquisto di MVM nei PPA costituivano aiuti di Stato ai produttori ungheresi, incompatibili con il diritto comunitario. La Commissione ha chiesto che l'Ungheria astenersi dal fornire tali aiuti di Stato entro sei mesi dalla notifica della decisione finale. Per questi motivi, l'Ungheria terminava PPA di Dunamenti con MVM il 1 ° gennaio 2009, ovvero, prima della sua scadenza naturale. Il 27 aprile 2010 la Commissione ha comunque approvato lo schema dello Stato per compensare Dunamenti per i "costi non recuperabili" (cioè, la differenza tra i costi di Dunamenti investimento e ricavi operativi generati nel passato e da generare in futuro, fino alla fine nozionale dei PPA di termine). Electrabel ha avviato un procedimento arbitrale contro l'Ungheria nel 2007. Electrabel sosteneva che le azioni ungheresi, ma non quelli dell'UE, avessero le protezioni previste dall'ECT contro le espropriazioni e il trattamento ingiusto e iniquo. Essa ha sostenuto che la cessazione dell'Ungheria del PPA e regime di compensazione corrispondente costituissero una illegittima espropriazione dell'investimento ai danni di Electrabel, nonché una violazione di altre protezioni previste dal TCE, compreso il diritto a un trattamento giusto ed equo.

⁵⁹ Come richiamato dal Tribunale al § 5.18, cit., la Commissione sosteneva che "the Tribunal that any payment

primis, si è messo in evidenza come, nel caso di specie, non vi fosse *inconsistency* tra diritto dell'UE, ECT e Convenzione ICSID⁶⁰. *In secundis*, si è evidenziato che “the Claimant, contrary to the submissions of the European Commission is not, albeit a “Community investor”, bringing “a case against the Community before an international arbitration tribunal against a Community measure”⁶¹, per cui non poteva trattarsi di un investitore comunitario come sostenuto dalla Commissione. Quest'ultima è una precisazione molto importante, in quanto la natura dell'investitore⁶² si determina non in base a caratteristiche intrinseche, ma in forza del mezzo processuale impiegato, per cui, nel caso di specie, la registrazione di un'istanza di arbitrato ICSID esclude *ex ante* la possibilità che si tratti di un investitore comunitario essendo stato dato impulso ad un procedimento internazionale basato su un trattato⁶³. *In tertiis*, la prestazione del consenso stesso, è condizione necessaria e sufficiente per poter determinare l'esclusione di ogni altro rimedio, così come previsto dal diritto internazionale generale⁶⁴.

Il Tribunale ha concluso, perimetrando abilmente la propria competenza mediante i motivi sopra esposti, nel senso che il conflitto tra ICSID e Commissione non era nemmeno astrattamente ipotizzabile. In base a quanto messo in rilievo si può trarre delle importanti conclusioni. Il Tribunale è riuscito a scongiurare il rischio di un possibile conflitto giurisdizionale tra Commissione e arbitrato ICSID nella risoluzione di conflitti sorti tra gli Stati membri in materia di investimento. Le argomentazioni utilizzate a sostegno della decisione, infatti, sono dirette a risolverlo *ex ante* attraverso la parallelizzazione della procedura europea e di quella arbitrale ICSID. Resta da vedere se il *reasoning* di questa decisione sarà ripreso dalla giurisprudenza successiva. Il rischio maggiore, che non poteva certamente essere risolto in questa fase, è quello relativo all'atteggiamento che la

obligation by the Respondent to the Hungarian Generators based on the PPAs or their termination (be it agreed consensually or derived from an arbitration award) remains subject to EU law on State aid. Such payment can thus not take place lawfully if it would contradict the rules of EU State aid”, per cui sussisteva una competenza esclusiva dell'UE in merito.

⁶⁰ § 5.32, *ibid.*.

⁶¹ § 5.33, *ibid.*.

⁶² Interna, comunitaria o internazionale.

⁶³ In questo caso, l'ECT.

⁶⁴ § 5.37, *cit.*.

Commissione potrebbe assumere allorquando si dovrà procedere all'esecuzione di decisioni ritenute in contrasto con il diritto UE⁶⁵.

2.2 Gli sviluppi futuri

Si ritiene che, nonostante l'obiettivo di questa dissertazione sia lo studio dello stato attuale della giurisprudenza dei tribunali ICSID in riferimento alle questioni di giurisdizione, non si possa prescindere da valutazioni prospettiche che suggeriscano quali potrebbero essere le future sfide che la giurisdizione del Centro dovrà risolvere per mantenere il ruolo egemonico acquisito nella risoluzione delle controversie transnazionali in materia di investimento.

Preso atto dell'impossibilità di valutare in questa fase l'impatto che i fenomeni di localismo avranno sull'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti, è possibile solamente effettuare delle supposizioni in riferimento a quale potrebbe essere lo scenario futuro. Innanzitutto, si deve ancora una volta portare all'attenzione il pericolo connesso all'assenza di una previsione all'interno della Convenzione che consenta di permettere l'adesione delle organizzazioni regionali. Infatti, considerato che la maggior parte degli investitori che attivano l'arbitrato ICSID ha nazionalità europea, laddove nell'arco di qualche anno i trattati conclusi dall'UE cominceranno progressivamente a sostituire i BITs nazionali in relazione agli Stati terzi, potrebbe verificarsi una compromissione dell'egemonia ICSID per quanto riguarda le controversie in materia d'investimento. Infatti, si andrebbero a privilegiare altre forme di arbitrato di gran lunga meno istituzionalizzate ed incapaci di costituire una prassi simile che, *de facto*, ha un ruolo centrale nello sviluppo del diritto internazionale degli investimenti. Per questi motivi, nel caso

⁶⁵ Il rischio maggiore è che si possano verificare, anche in materia di investimenti, i conflitti simili a quelli presentatisi, in materia di commercio internazionale, tra la decisione della Corte di Giustizia e quelle dei *Panels* della WTO. Infatti, uno Stato a fronte di due decisioni tra di esse contrastanti ed entrambe emesse da organi giurisdizionali competenti, a prescindere da quella che deciderà di eseguire, sarà comunque responsabile per non aver rispettato l'altra. Considerato che l'UE dispone di meccanismi di *compliance* sicuramente effettivi, *in primis* la procedura d'infrazione ex art. 258 TFUE, gli Stati tendono a dare la precedenza ad esse: proprio per questa ragione potrebbero sussistere rischi simili pure in relazione all'eventuale conflitto con una decisione ICSID. Per i dovuti approfondimenti, si segnala GAINES, S. E., OLSEN, B. E., SØRE, K. E., "Between Constitutionalism and Dispute Settlement", *Liberalising Trade in the EU and the WTO: A Legal Comparison*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

in cui non si riuscisse ad emendare la Convenzione secondo la procedura prevista in essa indicata⁶⁶, si dovrà necessariamente seguire altre strade, tra cui quella della conclusione di un possibile accordo *ad hoc* con il Centro da parte delle organizzazioni regionali. Questo profilo diverrà, inoltre, sempre più rilevante atteso che le altre organizzazioni regionali potrebbero riprendere presto il modello UE. Per quanto riguarda invece l'ulteriore questione, ovvero quella relativa ad un possibile conflitto tra ICSID e gli organi delle organizzazioni regionali, si deve sicuramente apprezzare il tentativo riuscito del Tribunale nel caso *Electrabel* di rendere paralleli e non confliggenti i procedimenti rispettivamente a livello regionale e internazionale. Ciononostante, si deve comunque considerare che, laddove fosse stata possibile l'adesione delle organizzazioni regionali, tra cui innanzitutto dell'UE, alla Convenzione, sarebbe stato possibile risolvere con maggior chiarezza pure questo profilo. Infatti, l'adesione alla procedura arbitrale ICSID avrebbe comportato, in ogni caso, la creazione di una relazione istituzionale tra UE e Centro, nonché la conseguente possibilità di riconoscere esecutività immediata alle decisioni arbitrali⁶⁷.

⁶⁶ La procedura è indicata al cap. VIII della Convenzione, artt. 65 ss..

⁶⁷ Una questione del tutto analoga è sorta in riferimento al rapporto tra "European Convention on Human Rights", la Convenzione Europea dei Diritti Umani ("CEDU") e UE, che costituisce il modello di riferimento nel diritto internazionale per i casi di conflitto di giurisdizione. La mancanza di una forma di coordinamento tra i due sistemi, almeno fino al Trattato di Lisbona, ha determinato negli anni profonde incertezze in merito soprattutto all'efficacia delle eventuali sentenze rese dalla Corte EDU nell'ordinamento dell'UE, generando a fortiori un potenziale conflitto di giurisdizione tra le Corti dei due sistemi. Questa relazione è stata affrontata *in primis* dalla giurisprudenza, che ha tracciato di indicare i principi utili a dirimere le situazioni di conflitto giurisdizionale tra i due organi internazionali. Con l'entrata in vigore del TUE, in cui all'art. 6(2) si riconosce espressamente la possibilità di adesione della UE alla CEDU, la relazione tra i due sistemi ancora non risulta essere stata chiarificata, stante la mancanza di una disciplina di raccordo tra di essi. Considerato l'impossibilità di affrontare in questa sede il cennato rapporto tra CEDU e UE, si segnala, *ex multis*: DE BÚRCA, G., *The evolution of EU Human Rights Law*, in *The Evolution of EU Law*, a cura di CRAIG, P., DE BÚRCA, G., Oxford, Oxford University Press, 2011; POLLICINO, O., *The Relationship Between the Court of Justice of the European Union and the Court of Justice of Human Rights: The Horizontal and the Vertical Dimensions*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2010*, New York, Oxford University Press, 2012; SMITH, R., *Textbook on International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013; BESSELINK, L. F. M., *Should the European Union ratify the European Convention on Human Rights? Some remarks on the relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, a cura di FØLLESDAL, A., PETERS, B., ULFSTEIN G., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

Capitolo II

Il requisito *ratione materiae*: la nozione di investimento

1 La mancanza di una definizione nella Convenzione: il dibattito in dottrina

L'estensione della giurisdizione del Centro deve essere primariamente valutata analizzando il requisito *ratione materiae* previsto all'art. 25(1) della Convenzione:

“(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment...”

Come si evince dalla lettera della norma, la giurisdizione si estende a ogni disputa nascente direttamente da un investimento, ma di quest'ultimo non è fornita alcuna indicazione utile in merito alla sua definizione. Nel corso dei lavori preparatori, non mancarono proposte ispirate a modelli elaborate dalla letteratura economica del tempo, ma soprattutto alle soluzioni nazionali dirette a difendere o a incentivare gli investimenti così come ai trattati bilaterali contenenti disposizioni a protezione degli investimenti stranieri⁶⁸. Non si riuscì a raggiungere il consenso intorno a nessuna di esse, per ragioni di ordine tecnico ma soprattutto di ordine politico, poiché non si riusciva a conciliare le posizioni tra i gruppi più importanti di Stati. Pertanto, si decise di abbandonare l'idea di una formulazione specifica della definizione, a causa dall'impossibilità di raggiungere un compromesso tra le varie posizioni⁶⁹. E' stata quindi preferita una soluzione che concedesse un'ampia discrezionalità alle parti. Nella Convenzione si fa riferimento alla locuzione “legal dispute”, che è stata utilizzata per la prima volta nel “Preliminary Draft” inviato al “Regional Consultative Meetings”, non accompagnandola però da alcuna definizione. Solo successivamente è stato presentato un nuovo “Draft” che lo definiva come “any dispute concerning a legal right or obligation or concerning a fact relevant to the determination of a legal right or obligation”⁷⁰. Nonostante questa precisazione, il problema non verteva tanto sul significato dell'aggettivo “legal”, quanto piuttosto sulle categorie di “legal disputes” rientranti nella

⁶⁸ Per approfondimenti, si consiglia: PARRA, A. R., *The History of ICSID*, cit.; BROCHES, A., *The convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, cit..

⁶⁹ Nel *Report*, par. 27, dei lavori preparatori si giustifica l'abbandono di questo percorso “given the essential requirement of consent of the Parties”.

⁷⁰ Si ricorda il commento al primo “Draft” di BROCHE, A., distingueva le “disputes of legal character” da quelle meramente “political, economical and commercial”. Tuttavia, questo commento non era assolutamente risolutorio poiché le dispute commerciali sono idonee ad includere al proprio interno pure questioni legali.

giurisdizione del Centro. Essendo impossibile riconciliare i vari punti di vista emersi nel corso dei negoziati, preso atto che la maggior parte delle soluzioni proposte determinava una limitazione eccessiva dell'estensione della giurisdizione, si decise, con ampia maggioranza, di tenere il termine “legal dispute”. L’“Executive Director's Report”, redatto a conclusione dei negoziati ed inviato ai governi che ne avevano preso parte, contiene un breve commento di grande importanza su questa disposizione. Si specifica innanzitutto che l'espressione “legal dispute” era stata utilizzata per mettere in chiaro che “while conflicts of rights are within the jurisdiction of the Centre, mere conflicts of interests are not”⁷¹. Infatti, questo commento ha favorito l'adesione dei Paesi in via di sviluppo in quanto essi temevano che gli investitori stranieri avrebbero potuto richiedere il consenso a procedimenti arbitrari o di conciliazione anche nel caso in cui nessuna pretesa legale fosse stata lesa⁷². Si tratta di una precisazione importante nella misura in cui pone al riparo la definizione dal rischio di possibili interpretazioni ambigue, fortemente osteggiate proprio da quei Paesi che, nel corso dei negoziati, erano considerate le future controparti. La seconda parte del commento statuisce che “the dispute must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation”. Oltre queste scarse precisazioni, le delegazioni partecipanti ai negoziati non hanno dato altre indicazioni, salvo forse una che, non a caso, è stata richiamata da molte decisioni⁷³. Una delle poche indicazioni che è stata inclusa nel testo finale, è riportata nel “Preamble”, ove si fa riferimento a “the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein”. Si tratta di un'indicazione fondamentale, a cui la giurisprudenza ha fatto sempre riferimento⁷⁴, seppure la sua interpretazione non sia stata mai pacifica. Si ricorda che parte della dottrina ha interpretato flessibilmente quello che sembra essere l'unico requisito espresso nella Convenzione destinato a contraddistinguere le classi d'investimento su cui si

⁷¹ Par. 26, *Report dei travaux préparatoires*.

⁷² Si veda: LAUTERPACHT, E., *The World bank Convention on the Settlement of International investment Dispute*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1968.

⁷³ I.e. il caso *Salini* che sarà analizzato al par. 2.2, *infra*.

⁷⁴ Cfr. *Salini e Phoenix*, al par. 2.4, *infra*.

estende la giurisdizione del Centro, ovvero che l'operazione non deve necessariamente corrispondere ad un contributo in forma di proprietà, potendosi risolvere in un contributo potenziale allo sviluppo dello Stato ospite⁷⁵. Oltre queste pochissime indicazioni che sono state in parte ricostruite dai *travaux préparatoires*⁷⁶, la Convenzione tace sul contenuto della nozione di investimento.

Il silenzio della Convenzione ha inevitabilmente creato un intenso dibattito in dottrina, in merito alla possibilità delle parti di definire concretamente, con la stipulazione di BITs, l'estensione della nozione stessa. Fermo restando il principio secondo il quale alle parti non può essere certamente concesso di dare una definizione qualsiasi di investimento⁷⁷, resta il problema di individuare la nozione minima desumibile dalla Convenzione. La dottrina si è divisa in due orientamenti c.d. "sistematici", uno definito "soggettivo" e l'altro "oggettivo". In questa sede si analizzeranno brevemente le caratteristiche di questi modelli divergenti, cercando di presentarne uno alternativo ad essi, che consente di superare questa contrapposizione sicuramente anacronistica in ragione dei recenti sviluppi giurisprudenziali.

1.1 Concezione oggettiva

L'orientamento c.d. "oggettivo", sicuramente per lungo quello che ha avuto più successo, ritiene che la Convenzione sia contraddistinta da una nozione autonoma di investimento, che deve essere necessariamente verificata dai tribunali insieme

⁷⁵ Si veda DELAUME, G., *Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)*, in *Journal de droit international*, 1982: "[à] cette notion classique relevant d'une conception économique et juridique étroite se substitue aujourd'hui un autre concept, essentiellement économique dans sa nature et juridiquement malléable dans sa formulation, qui repose non plus sur l'apport en propriété mais, au contraire, sur la contribution escomptée, sinon toujours effective, de l'investissement au développement économique du pays intéressé".

⁷⁶ Cfr. MORTENSON, J. D., "The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law", in *Harvard International Law Journal*, 2010.

⁷⁷ Si veda SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 117: "The drafting history leaves no doubt that the Centre's services would not be available for just any dispute that the parties may wish to submit. In particular, it was always clear that ordinary commercial transactions would not be covered by the Centre's jurisdiction no matter how far-reaching the parties' consent".

alle altre questioni giurisdizionali⁷⁸. È utile analizzare le conseguenze di questo approccio nelle decisioni sulla giurisdizione. Com'è noto, gli Stati hanno inserito delle definizioni puntuali di investimento nei BITs, che sono espressione della volontà delle parti di voler estendere la tutela del trattato a categoria o classi di operazioni in base alle loro esigenze. Secondo questa corrente dottrina, queste definizioni non modificherebbero o altresì non ampliavano la nozione che preesiste al volere delle parti specifiche di un dato trattato. Esisterebbe dunque una rigida gerarchia tra Convenzione e BITs sul punto, non già una loro integrazione: prima ancora che verificare rispetto delle definizioni contenute nei trattati, devono essere verificate dalle condizioni che autonomamente discenderebbero dall'art. 25. Ciò detto, a causa della mancanza di una definizione nella Convenzione, è stato demandato alla giurisprudenza il compito di ricostruirne le caratteristiche fondamentali della nozione universale di investimento.

1.2 Concezione soggettiva

Il secondo orientamento c.d. “soggettivo” ritiene, in misura diametralmente opposta, che sia demandato alle parti il compito di definire concretamente quale sia la nozione di investimento destinata ad essere oggetto della valutazione del tribunale⁷⁹. Il consenso, che deve essere valutato primariamente a partire dai BITs ma non solo⁸⁰, diventa la fonte stessa della definizione, in quanto il silenzio della Convenzione sottintende la volontà di riconoscere un ruolo centrale alle parti nella definizione concreta dell'investimento. A differenza della concezione precedente, si instaura non già una rigida gerarchia tra Convenzione e BITs, ma una loro proficua interrelazione nella misura in cui la prima conterrebbe solo condizioni

78 Tra gli altri che hanno autorevolmente sostenuto questa tesi si ricorda: MCLACHLAN, C., SHORE, L., WINIGER, M., in *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2007; DOLZER, R., SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

79 Cfr. KRISHAN, D., *A Notion of ICSID Investment*, in *International Treaty Arbitration*, a cura di WEILER, T., New York, Juris Publishing, Inc, 2005.

80 Si veda il caso *Enron*, analizzato al par. 3.3, *infra*.

minime, ovvero gli “outer limits”⁸¹, mentre ai secondi sarebbe demandata la concreta definizione di investimento. Pertanto, la giurisprudenza che aderisce a questo approccio deve analizzare primariamente gli atti che palesano il consenso delle parti e solo in via successiva verificare la contabilità con i limiti della Convenzione. Da questa costruzione risulta che non avremmo una definizione “universale”, ma bensì tante definizioni “particolari” ricostruite *ad hoc* in ciascuna controversia.

1.3 Il superamento degli orientamenti sistematici soggettivo ed oggettivo: la delimitazione dell'*accounted-based approach*

Gli orientamenti richiamati non hanno consentito di adottare una soluzione realmente sistematica della definizione di investimento, creando invece un contrasto meramente ideologico e assolutamente inidoneo ad imporsi l'uno sull'altro a causa dei rispettivi limiti. L'approccio oggettivo, da un lato, ha riscosso un notevole successo in quanto si prefiggeva di colmare il silenzio della Convenzione elaborando criteri che consentissero di dare una definizione oggettivamente predeterminata di investimento, ma, dall'altro, l'eccessiva schematizzazione caratterizzante i test elaborati dalla giurisprudenza è il risultato pur sempre di un'elaborazione dottrinale che solo parzialmente può essere corroborata dalla Convenzione⁸². Secondo questa tesi, si deve riconoscere il valore aggiunto di questi orientamenti per il loro apporto concreto nell'elaborazione di specifici test in materia, piuttosto che per i loro presupposti astratti⁸³.

Il conflitto tra i due approcci sarebbe solo apparente, come è stato sostenuto da quella parte della dottrina che più di ogni altra non ha perso di vista la prassi giurisprudenziale. Essi infatti consentono la rilevazione concreta e particolare di

81 Cfr. WANG, M., LEE CHENG, J., *Definition of “Investment” - A voice from the Eye of the Storm*, in *Asian Journal of International Law*, 2011.

82 L'unico elemento che, seppur indirettamente, può essere ricavato dalla Convenzione, è il contributo allo sviluppo dello Stato ospite l'investimento, *supra* ricordato.

83 Per approfondire la questione relativa al contrasto tra i due orientamenti, LEGUM, B., MOUAWAD, C., *The meaning of “Investment” in ICSID Convention*, in *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, a cura di BEKKER, P. H. F., DOLZER, R., WAIBEL, M., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

un dato investimento, ma non possono in alcun modo pretendere di descrivere i presupposti dello stesso⁸⁴. La miopia di questi orientamenti deriva dalla loro fossilizzazione sulla forma più che sul carattere sostanziale della nozione di investimento, confondendo inevitabilmente piani che dovrebbero rimanere distinti⁸⁵.

E' stato elaborata una concezione fondata sul c.d. *accounting-based approach*⁸⁶, che consente *ab origine* di risolvere l'antinomia tra le due tesi richiamate⁸⁷. Nessuno dubita che un'operazione internazionale d'affari possa configurarsi come un susseguirsi di transazioni commerciali *in fieri* oppure come una serie fissa di *assets*, già creatisi a seguito di una pregressa attività. Ciò che contraddistingue queste operazioni sono i movimenti di capitale a livello contabile, seppur in modo diverso in quanto nel primo caso si rappresenta il flusso dei profitti e delle perdite

⁸⁴ E' interessante ricordare il paragone che l'Avv. HEISKANEN, V., Partner dello Studio Legale Lalive, fa al riguardo con la fisica quantistica nell'articolo *Of Capital Import: The definition of "Investment" in International Investment Law*, in *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration*, a cura di Hoffman, A. K., Genève, Association Suisse de l'Arbitrage, 2010: "Indeed, on reflection, rocket science - or perhaps more accurately, quantum physics - seems to provide a parallel that might be of some assistance. Namely the conflict between the "objective" and "subjective" approaches to the concept of investment in the field of international investment law seems rather similar to the debate that has been going on for the last eighty years or so in the field of quantum physics, where the debate has focused on the dual nature of a particle such as a photon or an electron, or indeed any baryonic (massive) particle. They all can be characterized, precisely, as particles - as localized "units" with a certain local effect - or as an unobservable wave propagating in space. The two notions seem conceptually incompatible, but physicists have resigned to accept that, in a sense, both are "correct" - when not observed or interfered with, particles behave like a wave; but when you try to measure them, they turn into a localized particle. The scientific jury is still out as to whether only one of these descriptions - that is, the local effect - can be considered as "real" and, accordingly, whether the wave nature of particles - that is, their unobservable modality - is simply a matter of mathematical symbolism with no underlying "reality," or whether their wave nature represents another, "virtual" form of reality - or indeed whether both may be true in the sense that, what we are used to refer to as the "nature," in fact exists, somewhat unnaturally, in a superposition of two contradictory states".

⁸⁵ In uno studio dell'OECD si fa riferimento peculiare al fatto che è nella natura degli investimenti assumere forme diverse, in linea con quella che è l'evoluzione materiale delle vesti giuridiche delle operazioni: "Most multilateral and bilateral investment treaties and trade agreements with investment chapters include a broad definition of investment. They usually refer to "every kind of asset" followed by an illustrative but usually non-exhaustive list of covered assets. Most of these definitions are open-ended and cover both direct and portfolio investment. Their approach is to give the term "investment" a broad, non exclusive definition, recognising that investment forms are constantly evolving. However, there are some agreements which provide a different approach to defining investment, setting forth a broad but exhaustive list of covered economic activities." YANNACA-SMALL, C., LIBERTI, L., *Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements*, in *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, Paris, OECD, 2008.

⁸⁶ La traduzione letterale "approccio a base contabile" ci è sembrata inappropriata.

⁸⁷ Il primo a parlare di questa nuova concezione è l'Avv. HEISKANEN, V., nella sezione dedicata alle conclusioni "analysis" dell'opera citata *supra*.

in un dato periodo, nel secondo il valore del patrimonio cristallizzatosi nell'arco temporale considerato⁸⁸. Ciò che distingue l'investimento da una mera transazione commerciale è l'utilizzo del capitale patrimoniale dell'investitore⁸⁹, destinato a non trovare una compensazione nel breve periodo⁹⁰. In altri termini, solo quando vi è traccia dell'utilizzo delle risorse patrimoniali di un dato soggetto, con la connaturale assunzione del rischio che a ciò consegue, si può correttamente parlare di investimento ai sensi della Convenzione. Questo approccio non negherebbe né quello soggettivo né quello oggettivo, che in principio potranno continuare ad essere seguiti dai tribunali, ma, focalizzandosi più sulla sostanza che sulla forma dell'investimento, contribuisce ad eliminare le distorsioni che potrebbero derivare dall'una o dall'altro approccio. In relazione a quell'oggettivo, sarebbe possibile introdurre un nico criterio sostanziale, anziché una moltitudine di elementi che, non essendo possibile una loro astrazione *plena*, rischiano di essere arbitrari, rendendo paradossale la presunzione stessa che essi siano oggettivamente predeterminati e necessari⁹¹. Si consentirebbe di perfezionare anche l'approccio soggettivo, in quanto si eviterebbe il rischio che i tribunali, aderenti a questo indirizzo, si dichiarino competenti anche di fronte a semplici transazioni commerciali, abusando *de facto* della valorizzazione della volontà delle parti. Al tempo stesso, non si limiterebbe nemmeno la volontà delle parti poiché l'*accounting-based approach* si risolverebbe come un criterio da prendere in considerazione solo come il limite estremo che esse devono in ogni caso rispettare⁹².

⁸⁸ Per approfondire, si veda HOUTHAKKER, H. S., WILLIAMSON, P. J., "The role of financial statements analysis", *The Economic of Financial Markets*, New York, Oxford University Press, 1996.

⁸⁹ Il contributo di capitali determinerebbe indirettamente lo sviluppo nello Stato ospite, rispettando così pure l'indicazione nel "Preamble" della Convenzione. Per approfondire si veda lo studio redatto dai componenti dell'*International Monetary Fund Staff*, "The Role of Foreign Direct Investment in Development", in *Foreign Direct Investment in Developing Countries*, Paris, IMF, 1985.

⁹⁰ La NAFTA pare avere accolto questo criterio all'art. 1139. L'articolo in esame contiene, diversamente dalla Convenzione istitutiva dell'ICSID, definisce l'investimento operando una distinzione con le operazioni commerciali. Il criterio che le distingue è che l'impiego del capitale proprio dell'investitore, nel caso dell'investimento, non è direttamente riconducibile ad una transazione.

⁹¹ Ciononostante essi sono elementari corollari all'utilizzo del capitale, di cui spesso ne indicano l'utilizzo.

⁹² Com'è noto, la teoria soggettiva stessa riconosce un contenuto minimo, a livello convenzionale che essa deve rispettare per poter essere accettata sul piano logico. Ciò che essa non fa è delimitare

In base a queste considerazioni, si ritiene che la tesi da ultimo presentata sia quella maggiormente idonea a rappresentare una possibile interpretazione della Convenzione per garantire una tutela adeguata degli investimenti, stante la mutevolezza delle loro forme che il diritto stenta a rincorrere. In particolare, essa non ostacolerebbe non solo una coesistenza dei suddetti approcci, ma ne razionalizzerebbe l'utilizzo da parte dei tribunali. Solo mediante un loro coordinamento, infatti, è possibile prospettare una sistematizzazione della materia. Il pregio maggiore di questa tesi è quello non solo di risolvere i conflitti dottrinari illustrati, ma di risolverne pure di nuovi. In particolare, si segnala fin da ora che nell'ultimo capitolo della presente trattazione sarà analizzato, in riferimento ai ricorsi di massa, un ulteriore test, un *unicum* nel diritto internazionale degli investimenti, che non ha quasi nulla in comune con quello soggettivistico e quello oggettivistico, ma che, ciononostante, rispetta il presupposto fondamentale su cui si fonda la dottrina dell'*accounting-based approach*⁹³. Nei paragrafi successivi, saranno illustrati, *in primis*, i principali test elaborati dalla giurisprudenza, che acquisiscono ciascuno un ruolo peculiare alla luce della tesi da noi appoggiata, e, *in secundis*, alcune fattispecie che hanno creato maggiori problemi utilizzando gli approcci classici: gli investimenti indiretti e le pretese economiche fondate su lodi arbitrali o clausole compromissorie.

2 La metodologia dei test

2.1 Il primo tentativo di sistematizzare la questione giurisdizionale relativa alla nozione di investimento: il caso *Fedax*

Nella decisione sulla competenza del caso *Fedax*⁹⁴, si assiste al primo tentativo di predisporre un test in riferimento al requisito *ratione materiae*. Nel caso di specie, il Tribunale si è riconosciuto competente a dirimere nel merito una controversia sorta tra una società olandese e il Governo venezuelano in relazione

chiaramente quelli che sono i suoi *outer limits*. Il criterio del contributo in capitale consente dunque di colmare una lacuna che può compromettere funzionalmente la tesi soggettivistica.

⁹³ L'approccio utilizzato prende il nome di *double-barreled test*, si veda il cap. II, par. 2, *infra*.

⁹⁴ *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, 1997.

all'acquisizione di pagherò cambiari emessi da quest'ultimo⁹⁵. Il Tribunale identifica cinque elementi oggetto della sua verifica⁹⁶: (i) una durata minima; (ii) la regolarità dei profitti; (iii) assunzione del rischio; (iv) l'impegno economico; (v) l'apporto allo sviluppo dello Stato ospite.

Quello in esame non può certamente configurarsi come un vero e proprio test, in quanto il Tribunale si è limitato ad elencare una serie di elementi ricavabili dal caso concreto, dunque si tratta di un'operazione di gran lunga diversa rispetto a quella seguita nei casi che saranno esaminati successivamente. Inoltre, il fatto che non siano stati esplicitati i criteri ermeneutici che dovrebbero guidare l'organo giudicante nel momento in cui esso è chiamato ad applicare il presunto test rende estremamente difficile la sua astrazione. Questo risulta sicuramente difficoltoso in quanto due degli elementi riportati, ovvero l'assunzione del rischio e la regolarità dei profitti, sono potenzialmente conflittuali tra di essi⁹⁷. Ciononostante, questo tentativo di creazione di un procedimento fondato su criteri predeterminati per verificare l'esistenza di un investimento assume rilevanza in quanto è stato ripreso per elaborare il test *Salini*.

⁹⁵ Le "promissory notes" erano state originariamente emesse dal Governo per formalizzare il credito vantato da una società venezuelana (Industrias Metalurgicas Van Dam C.A.). Questi titoli, potendo essere commercializzati nel mercato secondario, erano stati rivenduti successivamente alla società olandese Fedax N.V., che decideva di citare il Venezuela in quanto non aveva ottemperato alle obbligazioni monetarie in essi contenute.

⁹⁶ "The status of the promissory notes under the Law of Public Credit is also important as evidence that the type of investment involved is not merely a short-term, occasional financial arrangement, such as could happen with investments that come in for quick gains and leave immediately thereafter - i.e. "volatile capital." The basic features of an investment have been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host State's development. The duration of the investment in this case meets the requirement of the Law as to contracts needing to extend beyond the fiscal year in which they are made. The regularity of profit and return is also met by the scheduling of interest payments through a period of several years. The amount of capital committed is also relatively substantial. Risk is also involved as has been explained. And most importantly, there is clearly a significant relationship between the transaction and the development of the host State, as specifically required under the Law for issuing the pertinent financial instrument. It follows that, given the particular facts of the case, the transaction meets the basic features of an investment.", § 43, cit.

⁹⁷ Cfr. STERN, B., *The Contours of the Notion of Protected Investment*, in ICSID, 2013. Come l'autrice saggiamente rileva, l'assunzione del rischio implica l'impossibilità di prevedere con certezza il profitto da una determinata operazione e, viceversa, prospettare un profitto assolutamente certo escluderebbe l'elemento di rischio.

2.2. Il test oggettivo

Con il test *Salini*⁹⁸ la giurisprudenza ha inaugurato un indirizzo che si rivelerà determinante nello sviluppo di criteri che diano concretezza alla definizione generale di investimento. Il suo contributo è stato così determinante da essere stato ripreso non solo dalla giurisprudenza ICSID, ma anche da quella di altri sistemi di risoluzione delle controversie in materia di investimento⁹⁹. Nella celeberrima decisione sulla competenza del caso *Salini*, il Tribunale ha elaborato una serie di criteri che consentono di identificare, in modo oggettivo, un investimento protetto, nel caso di specie un appalto in materia di costruzioni¹⁰⁰. Questi elementi, già oggetto di studio della più autorevole dottrina¹⁰¹ nonché già parzialmente richiamati nella già richiamata decisione del caso *Fedax*¹⁰², sono stati formalizzati in un schema logico coerente con la corrente dottrina che ha ritenuto esistere una nozione di investimento predeterminata nel sistema ICSID. In particolare, il Tribunale nega che la volontà delle parti possa incidere sul contenuto minimo della nozione, il quale deve comunque essere rispettato dalle parti, allorquando esse decidono di stipulare BIT in cui specificano il significato di investimento¹⁰³.

⁹⁸ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 2001.

⁹⁹ *I.e. Romak S.A.(Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, 2009. In questa decisione, il cui procedimento si è tenuto innanzi alla Corte Permanente di Arbitrato seguendo le regole procedurali UNCITRAL, il Tribunale nel riconoscersi competente ha applicato il test *Salini*, § 209 ss., *ibid.*

¹⁰⁰ La *Société Nationale des Autoroutes du Maroc* ("ADM"), gestiva autostrade e varie opere stradali per conto dello Stato del Marocco. Nell'agosto 1994, ADM emetteva un bando di gara internazionale per la costruzione di un'autostrada. *Salini Costruttori S.P.A. e Italstrade SPA*, società italiane, si sono aggiudicati una costruzione di una sua parte. I lavori sono durati 36 mesi, 4 mesi in più di quanto originariamente indicato nel contratto. Le aziende italiane si giustificavano adducendo una serie di cause giustificanti il ritardo, ma sono state respinte dal capo ingegnere di ADM. A seguito di questo, le imprese italiane inviavano una nota relativa al conto finale al Ministro delle Infrastrutture. Nessuna risposta perveniva né dal Ministro delle Infrastrutture né da ADM. Le imprese italiane, quindi, depositavano una richiesta di arbitrato contro il Marocco con ICSID relativo a violazioni del BIT Italia-Marocco.

¹⁰¹ La dottrina già in GAILLARD, E., in *Chronique de la jurisprudence CIRDI*, in *Journal du droit international*, 1999, fa riferimento specifico a tre di essi: "contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction".

¹⁰² Cfr. par. 2.1, *supra*.

¹⁰³ "The Tribunal notes that there have been almost no cases where the notion of investment within the meaning of Article 25 of the Convention was raised. However, it would be inaccurate to consider that the requirement that a dispute be "in direct relation to an investment" is diluted by the consent of the Contracting Parties. To the contrary, ICSID case law and legal authors agree that the investment requirement must be respected as an objective condition of the jurisdiction of the Centre (cf in particular, the commentary by E. Gaillard, in *JDI* 1999, p. 278 et seq., who cites the

Attraverso la disamina del testo della decisione, è stato possibile individuare i seguenti elementi che compongono il test: (i) un contributo finanziario o in altri *assets*¹⁰⁴; (ii) una durata minima¹⁰⁵; (iii) il rischio¹⁰⁶; (iv) un contributo allo sviluppo dello Stato ospite¹⁰⁷. Rispetto al caso *Fedax*, scompare il riferimento alla regolarità dei profitti derivante dall'operazione, ed è un aspetto estremamente importante poiché, come era stato messo in luce precedentemente, questo requisito è contraddittorio a quello del rischio. Ciò detto, l'ultimo degli elementi ovvero la prova positiva di un incremento dello sviluppo economico derivante dall'operazione, merita di essere approfondito. Innanzitutto, nel caso *Salini* è il Tribunale stesso a specificare che "... 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.", dunque a relegare questo aspetto in un piano secondario. Ciononostante, non si deve dimenticare che la rilevazione della sua mancanza ha costituito motivo di annullamento del lodo emesso nel caso *MHS*¹⁰⁸, pertanto sono sorti dei contrasti nella giurisprudenza non solo in merito

award rendered in 1975 in the *Alcoa Minerals vs. Jamaica* case as well as several other authors).”, § 52, cit..

¹⁰⁴ “The contributions made by the Italian companies are set out and assessed in their written submissions. It is not disputed that they used their know-how, that they provided the necessary equipment and qualified personnel for the accomplishment of the works, that they set up the production tool on the building site, that they obtained loans enabling them to finance the purchases necessary to carry out the works and to pay the salaries of the workforce, and finally that they agreed to the issuing of bank guarantees...”, § 52, *ibid.*.

¹⁰⁵ “Although the total duration for the performance of the contract, in accordance with the CCAP, was fixed at 32 months, this was extended to 36 months. The transaction, therefore, complies with the minimal length of time upheld by the doctrine, which is from 2 to 5 years, § 54, *ibid.*..

¹⁰⁶ “With regard to the risks incurred by the Italian companies, these flow from the nature of the contract at issue... Notably, among others, the risk associated with the prerogatives of the Owner permitting him to prematurely put an end to the contract, to impose variations within certain limits without changing the manner of fixing prices; the risk consisting of the potential increase in the cost of labour in case of modification of Moroccan law; any accident or damage caused to property during the performance of the works; those risks relating to problems of co-ordination possibly arising from the simultaneous performance of other projects; any unforeseeable incident that could not be considered as force majeure and which, therefore, would not give rise to a right to compensation; and finally those risks related to the absence of any compensation in case of increase or decrease in volume of the work ...”, § 55, *ibid.*.

¹⁰⁷ “Lastly, the contribution of the contract to the economic development of the Moroccan State cannot seriously be questioned... It cannot be seriously contested that the highway in question shall serve the public interest. Finally, the Italian companies were also able to provide the host State of the investment with know-how in relation to the work to be accomplished.”, § 57, *ibid.*..

¹⁰⁸ “It is its considered conclusion that the Tribunal exceeded its powers by failing to exercise the jurisdiction with which it was endowed by the terms of the Agreement and the Convention, and that it “manifestly” did so, for these reasons:(b) its analysis of these criteria elevated them to jurisdictional conditions, and exigently interpreted the alleged condition of a contribution to the

all'essenzialità di tale elemento, ma pure in relazione alla sua esatta definizione che, forse per la sua eccessiva astrattezza e generalità, non vi è una *communis opinio*. Infatti, tralasciando le decisioni che non hanno approfondito questo profilo¹⁰⁹, la giurisprudenza lo ha, inizialmente, inteso come sviluppo economico e sociale dello Stato¹¹⁰, ma, successivamente, ha iniziato a focalizzarsi prevalentemente sull'analisi dell'impatto economico dell'investimento¹¹¹.

Una delle critiche che *prima facie* potrebbe essere mossa a questo test è un possibile irrigidimento delle condizioni che dovrebbero essere cumulativamente soddisfatte. La verifica condotta dal Tribunale è di carattere tecnico e richiede un raffronto che il BIT di riferimento, come è stato fatto nella presente decisione, e ciò potrebbe rendere difficile la riproposizione di uno schema identico in relazione ad una fattispecie potenzialmente molto diversa. Tale critica, dopo una lettura più approfondita del testo, può comunque essere facilmente respinta in quanto è stato il Tribunale stesso a precisare che¹¹²:

“In reality, these various elements may be interdependent... As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here.”

Questa precisazione, che costituisce l'elemento di maggior successo del test, ha introdotto un elemento di flessibilità che ha consentito di adattare lo schema a

economic development of the host State so as to exclude small contributions, and contributions of a cultural and historical nature...”, § 80, decisione sull'annullamento, *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 2009.

¹⁰⁹ In alcune decisioni, la definizione è assolutamente tautologica. *I.e.* In *Fedax*, il Tribunale ha definito il contributo allo sviluppo come “a significance for the host State's development”.

¹¹⁰ *I.e.*, “a contribution to the economic and social development of the host state.”, § 240, *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, 2011.

¹¹¹ Si ricorda la decisione sulla competenza relative al caso *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, 2004, in cui il Tribunale afferma sì che un investimento “should constitute a significant contribution to the host State's development” (§ 53), ma in altre parti del testo fa riferimento specifico a “the contribution made to Egypt's economic development” (§ 40). Dal combinato disposto di queste parti, è possibile dedurre che il contributo allo Stato ospite deve essere valutato primariamente in base agli effetti economici prodotti dall'investimento.

¹¹² § 52, cit..

fattispecie diverse da quella originaria¹¹³. Esso non si basa su una rigida complementarietà di tutti gli elementi ma piuttosto su una loro valutazione complessiva, permettendo la sua applicazione in relazione a fattispecie estremamente diverse rispetto a quella su cui è stato originariamente modellato¹¹⁴. Un test con una struttura rigida, che non ammetta adattamenti alla realtà contingente, non è assolutamente idoneo a trovare applicazione in questa materia, stante la nota mutevolezza dell'oggetto del contendere, tenuto pure conto delle differenti materie e settori giuridici che possono essere coinvolti. Il pregio del test *Salini* è quello di prevedere una serie di requisiti che devono essere sicuramente tutti oggetto di un'apposita verifica, ma senza escludere possibili deroghe alla luce di considerazioni complessive dipendenti dalla peculiare situazione del caso di specie. Inoltre, dalla lettura combinata di requisiti quali il contributo finanziario o di altri *assets* e l'elemento di rischio, si può considerare rispettata la condizione minima del contributo in termini di capitale di rischio da parte del privato.

2.3 Il test soggettivo

La decisione sulla competenza del caso *CSOB*¹¹⁵ presenta una soluzione estremamente diversa rispetto a quella delineata nella decisione sulla competenza del caso *Salini*, applicando una concezione di tipo soggettivo alla nozione di investimento. Nel caso di specie non si disconosce del tutto la dimensione oggettiva dell'investimento, che però si determina in base alla manifestazione di volontà delle parti della controversia. Infatti, sarebbe essa a dare concretezza alla definizione generalissima prevista dalla Convenzione, negandosi *a fortiori* l'esistenza di una serie di principi internazionalistici predeterminati¹¹⁶. Il concetto di base è che si deve primariamente valutare il BIT di riferimento concluso tra le

¹¹³ Il test è stato ripreso in modo quasi identico nella decisione sulla competenza, § 91, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, 2006.

¹¹⁴ In questa sede, non si ritiene necessario stillare un elenco. Alcuni saranno segnalati a titolo esemplificativo nel corso della trattazione.

¹¹⁵ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, 1999.

¹¹⁶ “The concept of an investment as spelled out in that provision is objective in nature in that the parties may agree on a more precise or restrictive definition of their acceptance of the Centre's jurisdiction...”, § 68, *ibid.*.

parti, prima di rifarsi ad astratte costruzioni dottrinarie, analizzando la definizione in esso delineato¹¹⁷. La fattispecie differisce nettamente da quella del caso *Salini*, in quanto l'oggetto del contendere è costituito dalla mancata copertura di una parte delle perdite di una banca, CSOB, che lo Stato ospite, la Repubblica Slovacca, era impegnata a sopportare finanziariamente¹¹⁸. Il test delineato dal Tribunale ha previsto la verifica delle seguenti condizioni: (i) L'assenza di una dichiarazione ex art. 25(4) che escluda la giurisdizione del Centro in relazione all'investimento oggetto del contendere¹¹⁹; (ii) la compatibilità dell'operazione con la definizione contenuta nel BIT¹²⁰.

La prima delle condizioni esaminate costituisce sicuramente un punto di forza delle argomentazioni sostenute dal Tribunale, il quale riconosce innanzitutto l'ampiezza della definizione stante la mancanza di limiti posti nella Convenzione¹²¹. L'art. 25, prevedendo espressamente la possibilità dello Stato di

¹¹⁷ Questo aspetto sarà ripreso nella giurisprudenza successiva. Nel paragrafo sui c.d. *portfolio investments* analizzeremo una decisione (caso *Enron*) in cui il Tribunale non si è limitato ad esaminare il contenuto del BIT per determinare la sussistenza dell'investimento, ma pure di altri atti posti in essere dallo Stato ospite.

¹¹⁸ *Československá Obchodní Banka, A.S.* ("CSOB"), una banca commerciale ceca, sosteneva la violazione da parte della Repubblica slovacca del cosiddetto "Consolidation Agreement" chiedendo un risarcimento pari a circa \$ 1,4 miliardi. L'accordo di consolidamento è stato concluso nel 1993 dalla Repubblica Ceca, la Repubblica Slovacca e CSOB, al fine di ristrutturare la Banca prima della sua privatizzazione. In base all'accordo, la Repubblica Ceca e la Repubblica Slovacca istituivano ciascuna delle specifiche *collection companies* a cui CSOB assegnava crediti c.d. *non-performing*. Per consentire a queste società di pagare i crediti ceduti, CSOB estendeva a ciascuna di esse un prestito per un importo pari al valore nominale dei crediti *non-performing* assegnati. Poiché non ci si aspettava che essi avrebbero prodotte entrate sufficienti da pareggiare le perdite, nell'accordo di consolidamento le Repubbliche Ceca e Slovacca concordavano di coprire le eventuali perdite delle rispettive società. La Repubblica Slovacca, tuttavia, non riusciva a coprirle, causando così l'inadempimento della società slovacca in relazione alle proprie obbligazioni con CSOB.

¹¹⁹ "The Slovak Republic bases its objection to the jurisdiction of the Centre and the competence of this Tribunal on the ground that the dispute in the instant case is not related to an "investment" and, moreover, that it does not arise "directly" out of an investment within the meaning of Article 25(1) of the Convention.", § 62, cit..

¹²⁰ "It follows that an important element in determining whether a dispute qualifies as an investment under the Convention in any given case is the specific consent given by the Parties. The Parties' acceptance of the Centre's jurisdiction with respect to the rights and obligations arising out of their agreement therefore creates a strong presumption that they considered their transaction to be an investment within the meaning of the ICSID Convention.", § 66, *ibid.*.

¹²¹ "This statement also indicates that investment as a concept should be interpreted broadly because the drafters of the Convention did not impose any restrictions on its meaning. Support for a liberal interpretation of the question whether a particular transaction constitutes an investment is also found in the first paragraph of the Preamble to the Convention, which declares that "the Contracting States [are] considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein." This language permits an inference that an international transaction which contributes to cooperation designed to promote

limitare l'estensione della giurisdizione del Centro al momento dell'adesione, indicherebbe la volontà dello stesso di non porre limiti *ex ante* alla protezione degli investimenti¹²². Una volta verificato che la categoria a cui appartiene l'investimento oggetto della controversia non sia stata esclusa, si deve verificare che l'operazione sia compatibile con il BIT di riferimento, il quale generalmente contiene una definizione più puntuale di investimento¹²³. A questo punto, si deve interpretare il trattato per verificare che esso comprenda l'operazione della fattispecie¹²⁴. Ciò detto, è possibile rilevare come il perno di questo test sia costituito dalla volontà dello Stato parte, valutato su due piani paralleli. Il primo è costituito dalla verifica dell'atto di adesione dello Stato all'ICSID, che, in assenza di condizioni, non limita le categorie di investimenti sottoponibili ad arbitrato¹²⁵. Il secondo ha a oggetto il "consenso bilaterale", ovvero le specificazioni che gli Stati hanno aggiunto in relazione ad uno specifico accordo che esaurirà la sua portata solo tra di essi. Si ritiene che questa struttura introduca un elemento di

the economic development of a Contracting State may be deemed to be an investment as that term is understood in the Convention.”, § 64, *ibid.*

¹²² “It is worth noting, in this connection, that a Contracting State that wishes to limit the scope of the Centre’s jurisdiction can do so by making the declaration provided for in Article 25(4) of the Convention. The Slovak Republic has not made such a declaration and has, therefore, submitted itself broadly to the full scope of the subject matter jurisdiction governed by the Convention.”, § 65, *ibid.*

¹²³ Nel caso di specie, il BIT Repubblica Ceca–Repubblica Slovacca, 1992, comprenderebbe pure i prestiti contemplati nel “Consolidation Agreement”. L’art. 1 prevede che: “‘Investment’ shall mean any asset invested or obtained by an investor of one Party in the territory of the other Party in accordance with the laws of the other Party, including, without limitation: ... c) monetary receivables or claims to any performance related to an investment; ... e) any rights under an act or under any contract, license or permit issued under an act, including any concession to search for, cultivate or exploit natural resources.”

¹²⁴ In questo caso la verifica ha dato esito positivo: “Although loans are not expressly mentioned in this list, terms as broad as “assets” and “monetary receivables or claims” clearly encompass loans extended to a Slovak entity by a national of the other Contracting Party. Loans as such are therefore not excluded from the notion of an investment under Article 1(1) of the BIT. It does not follow therefrom, however, that any loan and, in particular, the loan granted by CSOB to the Slovak Collection Company meets the requirements of an investment under Article 25(1) of the Convention or, for that matter, under Article 1(1) of the BIT, which speaks of an “asset invested or obtained by an investor of one Party in the territory of the other Party”, § 77, *cit.*

¹²⁵ Si ricorda che troveranno applicazione le norme di Diritto Internazionale dei Trattati codificate nella *Vienna Convention on the law of the treaties*, dunque pure quelle contenute nella sez. 2 “Reservations”. In particolare si vuole evidenziare l’art. 20 par. 2: “A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the other contracting States unless the treaty so provides”. Il combinato disposto di questa disposizione e quella prevista ex art. 25 par. 4, implica che gli Stati possono porre quel tipo di riserve unilateralmente senza il previo consenso degli altri Stati. Questa precisazione è importante perché rappresenta un ulteriore riconoscimento del potere degli Stati di incidere materialmente nella concreta estensione della giurisdizione del Centro.

notevole flessibilità, consentendo in principio a ciascuno Stato parte della Convenzione di differenziare il proprio consenso su più livelli, permettendogli di realizzare compiutamente i propri interessi. La dottrina prevalente pare aver sottovalutato questo *reasoning*, limitandosi a mettere in evidenza come esso si risolva in una valutazione generale del consenso prestato dallo Stato ospite, senza indagare gli ulteriori aspetti delineati nella decisione¹²⁶. Ciò detto, pure un'altra condizione deve essere verificata, ovvero che il credito vantato dal ricorrente nel caso di specie costituisca non già una transazione ma un investimento. Avendo sottostimato l'importanza del punto, il Tribunale solo a livello di *obiter dictum* pare aver preso in considerazione questa condizione, la cui verifica indiretta ha, in ogni caso, dato esito positivo in quanto l'operazione oggetto della controversia ha richiesto un impiego di capitale da parte dell'investitore¹²⁷.

Nonostante questo test abbia una posizione relativamente marginale nella prassi ICSID, non sono mancati casi in cui esso sia stato, almeno indirettamente, ripreso per affermare la giurisdizione del Centro in relazione a determinate fattispecie¹²⁸. Infatti, conserva un'importanza molto elevata poiché consente di superare ostacoli formali che potrebbero impedire di estendere la tutela giurisdizionale del Centro a casi limiti ma meritevoli di tutela in base al trattato di riferimento.

¹²⁶ A titolo esemplificativo, si ricorda come la prof.ssa Stern sia stata uno dei professori più autorevoli ad aver fatto riferimento ad un "subjective test" in relazione al caso *CSOB* (*The Countours of the Notion of Protected Investment*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2009). Mentre ha sviluppato compiutamente la trattazione dei test oggettivi, ha vistosamente sottovalutato la struttura del test *CSOB*, non considerando i due piani che sono chiaramente riconoscibili analizzando le statuizioni del Tribunale.

¹²⁷ "The Slovak Republic submits that loans as such do not qualify as investments under Article 25(1) of the Convention, nor under Article 1 of the BIT. It contends further that the loan in the instant case is not an investment because it did not involve a transfer of resources in the territory of the Slovak Republic. As to the first point, the Tribunal considers that the broad meaning which must be given to the notion of an investment under Article 25(1) of the Convention is opposed to the conclusion that a transaction is not an investment merely because, as a matter of law, it is a loan. This is so, if only because under certain circumstances a loan may contribute substantially to a State's economic development. In this connection, Claimant correctly points out that other ICSID Tribunals have affirmed their competence to deal with the merits of claims based on loan agreements", § 76, cit..

¹²⁸ Nel caso *Enron*, che sarà analizzato successivamente, il Tribunale utilizzerà un test mutuato da quello analizzato in questa sede.

2.4 Un nuovo modello di test oggettivo: il caso *Phoenix*

Nella decisione del caso *Phoenix*¹²⁹ il Tribunale ha ripreso il test *Salini*, ampliandone i requisiti. La configurazione tetrarchica, derivante dalla necessità di evitare di vincolare eccessivamente i tribunali, è reputata eccessivamente semplicistica poiché non coglierebbe alcune caratteristiche importantissime che possono costituire un aspetto della massima importanza per la risoluzione di particolari questioni. Nel caso di specie, doveva essere valutato se il congelamento delle partecipazioni azionarie detenute dal ricorrente in due società costituite nello Sato ospite poteva costituire una violazione di un investimento protetto ai sensi del BIT di riferimento¹³⁰, requisito che, secondo il Tribunale, non è stato rispettato.

Nella decisione è ripresa la tesi oggettiva relativa alla nozione di investimento, in particolare si nega l'esistenza di un principio secondo il quale le parti sarebbero completamente libere di dare una definizione di investimento nei BIT, essendoci delle caratteristiche indefettibili che devono pur sempre essere verificate per poter ritenere sussistente la giurisdizione del Centro¹³¹. Come già detto, il Tribunale riprende il test *Salini*, ma mette in evidenza la necessità di modificarlo, non potendo essere adattato *tout court* al caso di specie¹³². La sua applicazione “pura”, infatti avrebbe risolto positivamente la questione giurisdizionale, ed è il collegio stesso a riconoscerlo espressamente a più riprese. In particolare esso ha ritenuto

¹²⁹ *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 2009.

¹³⁰ Si riporta una breve descrizione del fatto per fornire una panoramica sulla vicenda, utile a far comprendere la diversità con il caso *Salini e, a fortiori*, l'inadeguatezza del test. Un cittadino ceco era proprietario di due società ceche attive nel commercio di ferroleghie. Esso promuoveva alcune cause civili contro un altro cittadino ceco, in lotta per il controllo di queste società, tuttavia soccombendo. Durante queste procedure nazionali, le autorità ceche sospettavano la commissione di frodi fiscali dunque decidevano di avviare un procedimento penale contro il ricorrente. Per questo motivo, il ricorrente lasciava la Repubblica Ceca trasferendosi in Israele, doveva costituiva *Phoenix* per il mezzo della quale acquisiva le società oggetto delle richiamate controversie. *Phoenix* presentava una richiesta di arbitrato all'ICSID per la continua violazione dei suoi diritti come investitore estero, principalmente per il congelamento degli *assets* bancari e il sequestro dei documenti della società da parte dello Stato, che era stato ordinato nel corso del procedimento penale.

¹³¹ “The Tribunal cannot agree with the general statement of the Claimant proffered during the Hearing to the effect that “it was the intent of the convention's drafters to leave to the parties the discretion to define for themselves what disputes they were willing to submit to ICSID.” There is nothing like a total discretion, even if the definition developed by ICSID case law is quite broad and encompassing. There are indeed some basic criteria and parties are not free to decide in BITs that anything – like a sale of goods or a dowry for example – is an investment...”, § 82, cit..

¹³² “...*Salini* test is not entirely relevant and has to be supplemented.”, *ibid.*.

che: (i) un contributo poteva essere riconosciuto in ragione del pagamento sostenuto da Phoenix per l'acquisizione delle due società¹³³; (ii) l'elemento del rischio era presente, poiché il ricorrente non poteva certamente avere la certezza che lo Stato non intervenisse¹³⁴; (iii) la durata minima poteva considerarsi raggiunta¹³⁵. In riferimento al quarto elemento, ovvero il contributo allo sviluppo, poteva anch'esso considerarsi rispettato in quanto lo Stato ospite aveva permesso la continuazione delle operazioni del ricorrente¹³⁶. Tuttavia, nella decisione non si è fatto più riferimento a un contributo, in senso lato, allo sviluppo, ma a un contributo realizzato tramite la conduzione di un'attività economica nello Stato ospite, che costituirebbe la *ratio* stessa della Convenzione¹³⁷. Anche questo requisito, così come modificato, sarebbe stato rispettato, poiché non è necessario che il contributo sia attuale ed effettivo, in quanto può essere pure potenziale¹³⁸. Si

¹³³ “Although some aspects of the transactions are not crystal clear and will be re-discussed later in a broader context, it can be admitted for the time being that the Claimant has, at the time of the purported investment, contributed some money for the purchase of the shares of BP and BG.”, § 120, *ibid.*

¹³⁴ “Overall, the Tribunal concludes so far that there are not sufficient objective elements to disqualify the existence of an apparent investment under the Washington Convention in this case, as there was clearly possession, during approximately six years, by an Israeli company of equity in two Czech companies, which according to the Claimant involved a risky operation. But this is not the end of the inquiry, § 128, *ibid.*”

¹³⁵ “The Tribunal is therefore not convinced that this element of duration constitutes a bar to the qualification of the purchase of BP and BG as an apparent investment, if all other elements of the definition of an investment are satisfied.”, § 125., *ibid.*

¹³⁶ “The Tribunal is therefore inclined to accept that, although there were no significant activities performed by the Czech companies owned by Phoenix since it acquired them, this alone would not be sufficient to disqualify the operation as an investment, provided that, and this caveat is fundamental, the Claimant had really the intention to engage in economic activities, and made good faith efforts to do so and that its failure to do so was a consequence of the State’s interference.”, § 133.

¹³⁷ The Tribunal wishes to recall that the object of the Washington Convention is to encourage and protect international investment made for the purpose of contributing to the economy of the host State. At the time of the adoption of the Washington Convention, this purpose was clearly in the forefront, and it still is today: “... adherence to the Convention by a country would provide additional inducement and stimulate a larger flow of private international investment into its territories, which is the primary purpose of the Convention.” This has to be read in light of the first words of the Preamble of the ICSID Convention, referring to “... the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein.”, § 87, *ibid.*

¹³⁸ “The development of economic activities must have been foreseen or intended, but need not necessarily be successful, especially when the problems an investor faces in the development of its activities come from the host State’s actions. It is true that an investment that has come to a standstill, because of the host State’s actions would still qualify as an investment, otherwise the international protection of foreign investment provided by the BITs would be emptied of its purpose. The Tribunal is therefore inclined to accept that, although there were no significant activities performed by the Czech companies owned by Phoenix since it acquired them, this alone would not be sufficient to disqualify the operation as an investment, provided that, and this caveat

tratta di una precisazione importantissima, poiché consente di agevolare enormemente la verifica di quello che si è rivelato il requisito più controverso nel caso *Salini*, essendo sufficiente la dimostrazione meramente in potenza dell'incisione nello sviluppo economico.

Se il Tribunale si fosse fermato alla verifica di questi requisiti, sarebbe stato impossibile mettere in evidenza il reale scopo dell'operazione, ovvero esclusivamente di avere accesso al meccanismo di risoluzione delle controversie internazionale, poiché non sarebbero stati considerati altri due principi in materia, derivanti dal principio generale di liceità che deve essere rispettato in sede di conduzione di operazioni di investimento¹³⁹. Il primo implica che l'investimento debba essere condotto nel rispetto delle leggi dello Stato ospite per ricevere protezione dallo Stato, il secondo che esso sia condotto in buona fede. Nella fattispecie, da un lato l'investimento del ricorrente ha rispettato la normativa nazionale, dunque il primo dei summenzionati principi¹⁴⁰, ma non il secondo, in quanto l'operazione costituiva un abuso del diritto, essendo esclusivamente

is fundamental, the Claimant had really the intention to engage in economic activities, and made good faith efforts to do so and that its failure to do so was a consequence of the State's interference...”, § 133, *ibid.*.

¹³⁹ La dottrina maggioritaria ritiene che siano esclusi dalla giurisdizione ICSID gli investimenti condotti tramite operazioni illegali, anche nel caso si tratta di abuso del diritto. *I.e.* SCHREUER, C., sostiene in *Investments, International Protection*, disponibile a http://www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/investments_Int_Protection.pdf, che: “*Investment tribunals have decided repeatedly that investments brought about by illegal means will not enjoy the protection of the law. This applied where the investor had presented false information about its financial condition and about its experience and ability (Inceysa Vallisoletana SL v El Salvador [Award of 2 August 2006] paras 184– 264). Bribery of the host State's head of State in bringing about an investment contract prevented the claimant from complaining about the violation of the contract (World Duty Free Company Ltd v Kenya [Award of 4 October 2006] paras 128–88). Arrangements to circumvent restrictions under the local law on shareholding and management of public utility enterprises by foreigners meant that there was no investment ‘in accordance with law’ under the applicable BIT. This meant that the tribunal had no jurisdiction (Fraport v Philippines [Award of 16 August 2007] paras 300–404). Fraudulent misrepresentation about the identity of the investor precluded the application of the protections under the ECT, despite the fact that the ECT does not contain an explicit provision requiring the conformity of the investment with host State law (Plama v Bulgaria [Award of 27 August 2008] paras 96–146). In one case, the tribunal found that the attempt to channel a domestic investment through a foreign registered company after a dispute had arisen, for the sole purpose of gaining access to international arbitration was an abuse of rights (Phoenix Action Ltd v Czech Republic [Award of 15 April 2009] paras 135–45).*”

¹⁴⁰ “In the present case, there is no violation of a rule of the Czech Republic legal order, and not even of the principle of good faith as embodied in the national legal order, as it has not been contended that the acquisition was against Czech laws, or was performed with dissimulation or otherwise contestable methods. Phoenix duly registered its ownership of the two Czech companies in the Czech Republic. The investment could certainly be considered as an investment under the Czech legal order.”, § 134, *ibid.*.

finalizzata all'accesso al meccanismo di protezione assicurato dalla Convenzione¹⁴¹. Questi principi diventano, nella decisione, criteri che devono essere verificati al pari degli altri entrando nel c.d. test *Phoenix*.

Il Tribunale ha fornito direttamente un elenco in cui riporta analiticamente tutti gli elementi oggetto del suo scrutinio, costituenti il test *Phoenix*¹⁴²: (i) un contributo finanziario o di altri *assets*¹⁴³; (ii) una durata minima¹⁴⁴; (iii) un elemento di rischio¹⁴⁵; (iv) un'operazione determinante un contributo allo sviluppo economico del paese ospite¹⁴⁶; (v) *assets* investiti in accordo con le leggi dello Stato ospite¹⁴⁷; (vi) *assets* investiti in *bona fide*¹⁴⁸.

E' importante rilevare che gli ultimi tre requisiti elaborati nella presente decisione, sebbene possano essere ricavati direttamente dal BIT di riferimento¹⁴⁹, non modificherebbero in alcun modo la nozione oggettivamente predeterminata nel sistema ICSID. Il BIT si limiterebbe esclusivamente a dare riconoscimento espresso a principi che sarebbero comunque implicitamente previsti dalle regole interpretative del Centro¹⁵⁰. Si tratta di un test sicuramente utile a dirimere quelle controversie in cui emergono dei profili potenzialmente estranei alla giurisdizione del Centro, come l'eventuale commissione di illeciti da parte dell'investitore. Infatti, il riconoscimento di una competenza a dirimere fatti illeciti, *i.e.* fenomeni di corruzione¹⁵¹, esorbiterebbe dalla giurisdizione ICSID, pertanto questo

¹⁴¹ In questa sede è impossibile approfondire il *reasoning* del Tribunale. Ci si limita a segnalare che esso ha utilizzato una serie di criteri da cui giungere a questa conclusione. In particolare, *the timing of the investment* (§ 136), *the initial request to ICSID* (§ 137), *the timing of the claim* (§ 138), *the substance of the transaction* (§ 139), *the true nature of the operation* (§ 140), *ibid.*.

¹⁴² § 114, *ibid.*

¹⁴³ “1 – a contribution in money or other assets;”, *ibid.*

¹⁴⁴ “2 – a certain duration;”, *ibid.*

¹⁴⁵ “3 – an element of risk;”, *ibid.*

¹⁴⁶ “4 – an operation made in order to develop an economic activity in the host State;”, *ibid.*

¹⁴⁷ “5 – assets invested in accordance with the laws of the host State;”, *ibid.*

¹⁴⁸ “6 – assets invested *bona fide*;”, *ibid.*

¹⁴⁹ Art. 1, *Agreement between the Government of the Czech Republic and the Government of the State of Israel for the Reciprocal Promotion and Protection of Investment*, 1997.

¹⁵⁰ “At this stage, it is now possible to analyse the definition of an “investment” given in the BIT. It is the Tribunal’s view that in referring expressly to the necessity to invest “in connection with economic activities” and to make the investment “in accordance with the laws and regulations” of the host State, the BIT does not modify in any way the ICSID notion, but only explicitly expresses two necessary elements of the test – 4 and 5 – implicit in the rules of interpretation.”, § 116, *cit.*

¹⁵¹ I fenomeni di corruzione costituiscono la fattispecie sicuramente più frequente di illeciti che possono essere commessi nel corso della conduzione di operazioni di investimenti. Tuttavia, si deve segnalare la decisione finale di *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, 2006. Infatti, il tribunale, seppur rigettando nel merito le richieste

reasoning può rivelarsi molto utile a trattare fattispecie non definite che possono determinare un uso dei rimedi previsti dalla Convenzione.

Questa decisione si è posta direttamente in linea di successione con quella resa al caso *Salini*. L'obiettivo del Tribunale non è certamente quello di rivoluzionario, ma piuttosto di curarne l'evoluzione materiale tenuto conto delle peculiari caratteristiche degli investimenti contemporanei, nel pieno rispetto delle regole interpretative in esso elaborato¹⁵².

2.5 Il superamento del concetto dei test come *numerus clausus*

Nella presente analisi sono state esaminate le caratteristiche di tre test espressione dei due orientamenti discussi in apertura: i test *Salini* e *Phoenix* derivano da un approccio di tipo oggettivo alla definizione, il test *CSOB*, da uno di tipo soggettivo. Si ritiene che i tre modelli riportati, a prescindere dall'approccio di riferimento, siano tutti assolutamente idonei a definire, con argomenti giuridicamente validi e mai vaghi, il contenuto della nozione di investimento concretamente prospettabile nelle differenti fattispecie esposte¹⁵³. E' possibile definirli come degli strumenti concreti messi a disposizione di tutti quei tribunali chiamati a dover risolvere questioni giurisdizionali notevolmente complesse, in ragione delle peculiarità delle potenziali fattispecie prospettabili. Si intende mettere in evidenza come le pretese di gran parte della dottrina di indirizzo oggettivo di imporre il modello *Salini* si siano rilevate assolutamente infondate alla luce della giurisprudenza più recente. Nella decisione sulla competenza del

dell'istante, reo secondo il convenuto di aver corrotto il presidente kenyota per aggiudicarsi un appalto, non ha affrontato compiutamente i profili giurisdizionali connessi alla questione.

¹⁵² Così come in *Salini*, anche in questo test vale la regola interpretativa in base alla quale la verifica dei requisiti deve essere svolta tenuto conto della complessiva situazione: "The Tribunal wants to emphasize that an extensive scrutiny of all these requirements is not always necessary, as they are most often fulfilled on their face, "overlapping" or implicitly contained in others, and that they have to be analyzed with due consideration of all circumstances.", § 115, *ibid.*.

¹⁵³ Così come il test *Salini* si adatta meglio degli altri a fattispecie riconducibili all'appalto, lo stesso non si può dire del test *CSOB* che è in grado meglio di inquadrare gli elementi riconducibili ad operazioni finanziarie flessibili, così come nel caso in cui si discuta di eventuali profili di legalità il test *Phoenix* è determinante.

caso *Philip Morris v. Uruguay*¹⁵⁴, il Tribunale ha precisato quanto segue¹⁵⁵:

“...In the Tribunal’s view, the four constitutive elements of the *Salini* list do not constitute jurisdictional requirements to the effect that the absence of one or the other of these elements would imply a lack of jurisdiction. They are typical features of investments under the ICSID Convention, not “a set of mandatory legal requirements”...”

Lungi dal sottovalutare la portata innovativa inaugurata dal test *Salini*, i componenti del Consiglio Arbitrale hanno riconosciuto come i requisiti individuati siano certamente idonei ad identificare le caratteristiche tipiche di quegli investimenti rientranti nella giurisdizione del Centro, ma che non costituiscono condizioni giurisdizionali che devono essere necessariamente verificate. Non si può che appoggiare l'interpretazione del Tribunale, poiché qualificare non già come “condizioni” ma come “indici” gli elementi del test rappresenta l'interpretazione più conforme a quanto stabilito dalla Convenzione. Se durante i negoziati si fossero effettivamente individuati dei criteri oggettivi, valevoli non solo per alcune categorie di investimenti, ma per tutti, sarebbero stati presumibilmente inseriti nel testo finale¹⁵⁶. L'assenza di precisazioni simili riconosce un ruolo centrale agli Stati, ai quali è la Convenzione stessa ad assegnare *obiter dictum* il ruolo di definire concretamente le caratteristiche “formali” dell'investimento. Con quest'ultima statuizione non si vuole riferirci ad argomentazioni astratte e non si vuole con essa fare alcun riferimento alla tesi soggettivistica, ma prendere atto della prassi consolidata di includere nei BIT delle definizioni autonome di investimento¹⁵⁷. La possibilità di utilizzare uno dei test non potrà prescindere, pertanto, dal trattato di riferimento e, nel caso in cui non saranno previste norme specifiche in tal senso, i loro requisiti non potranno che essere considerati che come meri indici la cui valorizzazione dipenderà

¹⁵⁴ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (precedentemente, *FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*), 2013.

¹⁵⁵ § 206, cit..

¹⁵⁶ Si è già discusso al riguardo, cfr. par. 1 del presente capitolo.

¹⁵⁷ Considerando che la quasi totalità dei BIT successivi alla Convenzione prevedono una definizione specifica di investimento, generalmente al primo articolo, risulta assolutamente superfluo riportare degli esempi in nota.

esclusivamente dalla particolare visione degli arbitri¹⁵⁸.

Comunque, si deve ricordare che tutti i test richiamati, come si è avuto occasione di rilevare nel corso della loro trattazione, condividano l'elemento del movimento di capitale di rischio da parte di un investitore privato, che attraverso le regole contabili è possibile distinguerlo da quello di una transazione commerciale, trattandosi dell'unico vero requisito oggettivamente predeterminato su cui il volere degli Stati non può incidere. Riprendendo la tesi sostenuta dall'*accounting-based approach* non solo è possibile giustificare sul piano interpretativo la coesistenza dei due principali approcci che contraddistinguono la maggior parte dei casi, ma pure di aprire ad eventuali nuovi approcci alla questione¹⁵⁹. Rendendo flessibile la definizione, il cui unico limite è costituito dal contributo di capitale di rischio nell'operazione, e prendendo atto dell'assenza di un *numerus clausus* di test, si consente alla giurisdizione ICSID di prendere atto dell'evoluzione materiale delle forme giuridiche degli investimenti internazionali.

3 Gli investimenti in portafoglio

La liberalizzazione dei flussi di capitali nel contesto della globalizzazione ha determinato una crescita esponenziale degli investimenti indiretti in strumenti finanziari¹⁶⁰, gli investimenti in portafoglio (*portfolio investments*)¹⁶¹. Rispetto

¹⁵⁸ Anche se non è ad oggetto della presente dissertazione, si deve ricordare l'importanza della scelta dei componenti del consiglio, in principio spettante alle parti, attraverso cui esse possono prevedere *ex ante* la particolare visione dei singoli arbitri in merito a questioni specifiche. Pertanto, l'utilizzo di uno o di un altro test dipende prepotentemente dalla scelta operata dalle parti ancor prima che il tribunale sia costituito. Per approfondire, si prenda visione di FIELD, H. D., UPCHURCH, J. J., *Preparation for and Presentation during Alternative Dispute Resolution*, in *Alternative Dispute Resolution: The Litigator's Handbook*, a cura di ATLAS, N., IUBER, S. K., TRACHTE-HUBER, E. Q., Chicago, American Bar Association Publishing, 2003

¹⁵⁹ Si veda il già menzionato caso *Abaclat*, nonché *Ambiente*, trattati diffusamente al cap. V, *infra*.

¹⁶⁰ Per approfondire l'impatto economico di questo fenomeno: AA.VV., *Portfolio Investment Funds Assessing the Impact on Emerging Markets*, Washington D.C., The World Bank Group, 1996; BRENNAN, M. J., CAO, H. H., *International Portfolio Investment Flows*, in *The Journal of Finance*, The American Finance Association, 1997; OBSTFELD, M., TAYLOR, A. M., "Globalization and Capital Markets", *Globalization in Historical Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 2003; GOLDIN, I., REINERT, K., "Finance", *Globalization for Development: Meeting New Challenges*, New York, Oxford University Press, 2012.

alla categoria dei FDI, questo genere di investimenti si risolvono nell'acquisizione di titoli finanziari al fine del conseguimento di un profitto. Non si tratta quindi di operazioni destinate ad avere necessariamente una certa durata temporale o altresì realizzanti una forma di controllo effettivo su determinate entità legali operanti nello Stato ospite¹⁶². Negli investimenti in portafoglio è pertanto comune che vi sia una separazione tra investitore, ovvero il titolare dei capitali utilizzati per realizzare l'investimento, e l'amministratore, ovvero il soggetto che concretamente gestisce i capitali messi a disposizione dell'investitore¹⁶³. Per questa ragione le operazioni di questo genere sono definite come forme di investimento indiretto, in quanto risulta minimo il coinvolgimento da parte dell'azionista nel controllo delle operazioni. Essendo nota l'importanza finanziaria di questa tipologia di investimenti a livello internazionale¹⁶⁴, si intende analizzare in questa sede il suo rapporto con la giurisdizione ICSID. Nel corso della trattazione della definizione di investimento si è messo in evidenza come debbano concorrere una serie di requisiti fondamentali secondo gli indirizzi oggettivi, sviluppati in specifici test, per poter parlare di investimenti ai sensi dell'art. 25. Questi requisiti, che *de facto* rappresentano i tratti distintivi dei FDI, non potrebbero essere certamente rispettati dagli investimenti in portafoglio. Inoltre, e questo è l'aspetto della massima importanza, la possibilità di negoziare i titoli finanziari virtualmente in tutti i mercati rende sicuramente difficile individuare con certezza perfino il soggetto che li detiene¹⁶⁵, e dunque ricostruire un collegamento giuridicamente rilevante con lo Stato ospite. Questo renderebbe del tutto impossibile, *a fortiori*, ricostruire l'eventuale regime di responsabilità dello

¹⁶¹ "Portfolio investment is the category of international investment that covers investment in equity and debt securities, excluding any such instruments that are classified as direct investment or reserve assets", definizione in *Glossary of Statistical Terms*, OECD.

¹⁶² In dottrina, si discute dell'esistenza di un regime di "protezione internazionale degli azionisti", si veda MAURO, M. R., *Investimenti stranieri*, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè Editore, 2011.

¹⁶³ Si veda SORNARAJAH, M., "The distinction between portfolio investments and foreign direct investments", *The International Law on Foreign Investment*, cit..

¹⁶⁴ Per avere una panoramica della crescita del valore monetario dei *portfolio investments*, si suggerisce di prendere visione del monitoraggio di ciascuna nazione realizzato su base triennale dalla World Bank a partire dal 1980, disponibile all'indirizzo <http://data.worldbank.org/indicatore/BN.KLT.PTXL.CD>.

¹⁶⁵ Si ricorda che i titoli di credito possono essere acquistati e rivenduti in un arco temporale molto breve dando luogo a *short term investments*, la cui natura esclusivamente speculativa sarebbe in contrasto con la *ratio* stessa della Convenzione.

Stato ospite, non potendo essere ricostruito il nesso causale tra investimento e controversia¹⁶⁶. Ciononostante, vi sono BIT che qualificano specificatamente i titoli finanziari come investimenti protetti¹⁶⁷, e pertanto le controversie aventi ad oggetto questi diritti rientrerebbero nell'ambito della giurisdizione ICSID. Adottando il principio secondo cui la *lex specialis derogat generali*, la nozione di investimento generale così come strutturata nella giurisprudenza dei tribunali ICSID, in presenza di disposizioni specifiche contenute in un trattato, ricomprenderebbe pure questa tipologia di investimenti. Non si deve tuttavia dimenticare che il consenso delle parti che confluisce nei trattati incontra una serie di limiti che discendono dalla Convenzione già messi in evidenza nella parte introduttiva del capitolo. In questa sede saranno esaminati alcuni casi al fine di ricostruire l'estensione della giurisdizione ICSID nel settore degli investimenti indiretti. Questa categoria di operazione rientrerà nella competenza dei tribunali nel caso in cui essi siano specificatamente annoverati nelle disposizioni del trattato rilevante e sia rispettato il requisito essenziale dell'utilizzo del capitale da parte dell'investitore privato.

3.1 La tradizionale mancanza di una trattazione autonoma della questione

I tribunali si sono tradizionalmente trovati in una situazione di oggettiva difficoltà nell'affermare la propria competenza in caso di investimenti di questo tipo, non riuscendo ad elaborare criteri oggettivi tali da poter guidare la giurisprudenza successiva. Si tratta di pronunce isolate, la maggior parte delle quali affronta marginalmente il punto, spesso trattato come una questione marginale all'interno

¹⁶⁶ Com'è noto, l'esistenza di una disputa concernente l'investimento protetto è una circostanza che deve essere positivamente provata ai sensi dell'art. 25.

¹⁶⁷ Si richiama in questa sede l'art. 1 del BIT concluso tra Italia ed Argentina nel 1990, che sarà analizzato nella disamina del caso *Abaclat and others v. Argentina*, in cui sono specificatamente richiamati: "...b. azioni, quote societarie e ogni altra forma di partecipazione, anche se minoritaria o indiretta, in società costituite nel territorio di un delle parti contraenti; c. obbligazioni, titoli pubblici o privati o qualsiasi altro diritto per prestazioni o servizi che abbiano un valore economico, come altresì redditi capitalizzati...". Il BIT Germania-Cina, 2003, all'art. 1 contiene una definizione più specifica che consentirebbe di proteggere specificatamente gli investimenti effettuati tramite un'entità costituita in uno Stato terzo: "The term 'investment' means every kind of asset invested directly or indirectly by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party". Un elenco esemplificativo di BIT che prevedono una protezione generica di questi *assets*, a prescindere se controllati direttamente o indirettamente: BIT Canada-Ecuador, 1996; BIT USA-Kazakistan, 1992; BIT Paesi Bassi-Cina, 2001.

di argomenti più ampi. Una delle prime decisioni in cui il Tribunale si è riconosciuto competente è quella presa nel caso *SOABI*¹⁶⁸, in cui un investitore belga aveva adito il Centro lamentando una violazione del suo investimento indiretto realizzato nello Stato africano¹⁶⁹. La questione giurisdizionale concernente l'ammissibilità di un investimento simile è stata affrontata in seno a quella relativa alla nazionalità dell'investitore¹⁷⁰, pertanto la possibilità di configurare la giurisdizione del Centro in relazione ad investimenti condotti per il tramite di entità intermedie è stata riconosciuta solo di riflesso¹⁷¹. Inoltre, si deve ricordare la decisione sulla competenza, già richiamata, resa nel caso *Fedax*¹⁷², il cui Consiglio Arbitrale non è riuscito a isolare la questione dell'investimento indiretto in rispetto agli altri profili giurisdizionali¹⁷³ e, soprattutto, perde di vista il quadro probatorio della vicenda lanciandosi in pericolose analisi comparatistiche sia della giurisprudenza precedente sia del contenuto di altri trattati, cercando di specificare la definizione, estremamente vaga, contenuta nel BIT Paesi Bassi-Venezuela¹⁷⁴. Solo nella parte finale della decisione sono sommariamente riportate le argomentazioni *strictu sensu* in base alle quali il Tribunale ha ritenuto sussistere un investimento protetto, che, facendo riferimento allo *status* riconosciuto ai pagherò cambiari dalla “Law of Public Credit” venezuelana, non configurerebbe un c.d. *volatile investment* ma un investimento strutturato in modo simile a quelle dei FDI¹⁷⁵. Nel caso di specie,

¹⁶⁸ Decisione sulla competenza, *SOABI c. la République du Sénégal*, AIU3/82/1, 1984.

¹⁶⁹ In particolare, il governo senegalese aveva rescisso unilateralmente un contratto, avente ad oggetto la costruzione di alloggi sociali, concluso con una società panamense, FLEXA, detentrice la totalità delle quote di SOABI e, a sua volta, controllata dall'investitore belga. Quest'ultimo lamentava una violazione del BIT Belgio-Senegal, non essendo a quel tempo Panama parte della Convenzione.

¹⁷⁰ “Sur le moyen pris de ce que la SOABI ne remplit pas la condition de nationalité requise par la Convention”, § 28 ss, cit..

¹⁷¹ “Or, il est évident que tout comme pour des raisons provenant de l'Etat-hôte, la forme juridique de société nationale peut être choisie pour l'entité réalisant l'investissement, les investisseurs peuvent être amenés pour des raisons qui leur sont propres, à investir leur fonds à travers des entités intermédiaires, tout en gardant le même degré de contrôle sur la société nationale, contrôle qu'ils auraient pu exercer en tant qu'actionnaires directs de cette société.”, § 37, *ibid.*.

¹⁷² *Fedax N.V. v. the Republic of Venezuela*, cit..

¹⁷³ Nella decisione in esame manca una trattazione analitica dei differenti profili giurisdizionali della vicenda, che sono trattati “discorsivamente” nella sezione “Considerations”, § 15 ss., *ibid.*.

¹⁷⁴ *I.e.* § 34-36 *ibid.*.

¹⁷⁵ “...The basic features of an investment have been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host State's development. The duration of the investment in this case meets the

pare che la questione relativa ai profili indiretti dell'investimento, primariamente quelli relativi alla cessione dei titoli da parte dell'investitore originario ad un terzo, sia stata affrontata solo marginalmente. Un ulteriore caso in cui un tribunale ha riconosciuto meritevole di protezione un investimento indiretto è *Tza Yap Shum*¹⁷⁶, realizzato da un cittadino cinese per il tramite di una società con sede nelle Isole Vergini Britanniche. Pure in questa decisione, seppur recentissima, è mancata una trattazione autonoma della questione in quanto il Tribunale si è limitato ad escludere che il BIT Cina-Perù contenga una definizione così ristretta di investimento da escludere gli investimenti indiretti, soprattutto se la società stabilita in un paese terza è soggetta al controllo prevalente dell'investitore¹⁷⁷.

3.2 Il test *Enron*

Nel decisione sulla competenza relativa al caso *Enron*¹⁷⁸, il Tribunale nel riconoscerci competente, ha predisposto un test di tipo soggettivo¹⁷⁹ che potrebbe essere forse uno dei pochi validi strumenti per fare chiarezza in relazione a questa tipologia di investimenti, perlomeno in relazione a *joint-ventures* che necessariamente suppongono, com'è noto, un ruolo attivo dei soggetti in esse partecipanti¹⁸⁰. La controversia vede come attori due società statunitensi, che

requirement of the Law as to contracts needing to extend beyond the fiscal year in which they are made. The regularity of profit and return is also met by the scheduling of interest payments through a period of several years. The amount of capital committed is also relatively substantial. Risk is also involved as has been explained. And most importantly, there is clearly a significant relationship between the transaction and the development of the host State, as specifically required under the Law for issuing the pertinent financial instrument. It follows that, given the particular facts of the case, the transaction meets the basic features of an investment.”, § 43, *ibid.*.

¹⁷⁶ Decisione sulla competenza, *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, Case No. ARB/07/6, 2009.

¹⁷⁷ “De acuerdo con lo expuesto con anterioridad, el Tribunal considera que el APPRI protege las inversiones indirectas de las personas naturales de nacionalidad china en el territorio del Perú. Tal como ha quedado explicado con anterioridad en ausencia de lenguaje expreso en el APPRI, no se puede presumir sin más que la intención del mismo es excluir las inversiones indirectas de personas naturales cuando estas ejercen la propiedad y en control de las mismas.”, § 111, *ibid.*.

¹⁷⁸ *Enron Creditors Recovery Corp. (formerly Enron Corp.) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, 2004.

¹⁷⁹ Cfr. test *CSOB*, par. 2.3, *supra*.

¹⁸⁰ Si riporta la seguente definizione di *joint-venture*, evidenziando, senza approfondire il punto, che essa possa essere costituita in forma societaria: “Accordo tra due o più imprese che si impegnano a collaborare per il perseguimento di uno specifico obiettivo. Le j. v. possono avere scopo industriale, come la costruzione d’impianti o infrastrutture, lo sviluppo di nuove tecnologie o prodotti particolarmente costosi e complessi che necessitano di capacità finanziarie e competenze non ascrivibili a una sola impresa. Possono avere scopo commerciale, quando vanno a

hanno acquisito quote di partecipazione in TGS, società argentina attiva nel settore del trasporto del gas, per il tramite di una società costituita ad hoc per una *joint-venture* con un altro partner. Negli anni '90 l'Argentina avviava un processo di privatizzazione, nel corso del quale è stata creata TGS, e contestualmente disponeva varie forme di incentivazione per attrarre investitori esteri, *i.e.* il calcolo delle tariffe in dollari. Enron Corporation e Ponderosa Assets L.P. possedevano il 50% circa di un'altra società argentina, Compañía de Inversiones de Energía S.A. (“CIESA”), *joint-venture* costituita indirettamente con Petrobras, che a sua volta controllava TGS avendone acquisito il 55% circa delle quote di partecipazione, potendo beneficiare del sistema di incentivazione argentino così come accordato nella Licenza con scadenza il 2027. Scoppiata la crisi economica, l'Argentina nel 2002 promulgava la legislazione emergenziale che prevedeva l'eliminazione delle tariffe in dollari, convertendole in pesos al tasso fisso di un dollaro per peso, nonché l'indicizzazione ai prezzi americani. Questi provvedimenti diminuivano considerevolmente i profitti e il valore di TGS, costringendo CIESA a cedere le quote in TGS. A questo punto, le società statunitensi decidevano di iniziare un procedimento ICSID essendo stati violati i diritti garantiti dal BIT concluso tra Stati Uniti ed Argentina¹⁸¹.

Nella decisione sulla competenza, innanzitutto il Tribunale ha riconosciuto un ruolo determinante alle parti nel definire compiutamente la nozione, sulla base della mancanza di una definizione puntuale nella Convenzione¹⁸². Nel caso di specie gli Stati firmatari hanno espressamente richiamato all'art. 1 del trattato gli strumenti di *equity*, anche detenuti indirettamente¹⁸³, senza escludere le quote di partecipazione degli azionisti di minoranza. Pertanto, il Tribunale ha ritenuto che

costituire una nuova rete distributiva, o finanziario. La j. v. può avere una semplice forma contrattuale o una forma societaria”, *Treccani.it - L'Enciclopedia Italiana*, Treccani.

¹⁸¹ BIT USA-Argentina, 1991.

¹⁸² “As the ICSID Convention did not attempt to define “investment”, this task was left largely to the parties to bilateral investment treaties or other expressions of consent. It has been aptly commented that there is, however, a limit to this discretion of the parties because they could not validly define as investment in connection with the Convention something absurd or entirely incompatible with its object and purpose...”, § 42.

¹⁸³ All’art. 1: “a) “investment” means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation: ...

(iii) a claim to money or a claim to performance having economic value and directly related to an investment;”.

le quote di partecipazione degli azionisti di minoranza (“claims by minority or non-controlling shareholders”)¹⁸⁴ rientrano nella nozione di investimento protetto¹⁸⁵:

“This Tribunal must accordingly conclude that under the provisions of the Bilateral Investment Treaty, broad as they are, claims made by investors that are not in the majority or in the control of the affected corporation when claiming for violations of their rights under such treaty are admissible...”.

Ciò detto, Il Tribunale doveva comunque individuare il nesso giuridico tra investitore privato e Stato ospite, altrimenti sarebbe impossibile ricostruire il regime di responsabilità stesso di quest'ultimo nei confronti del primo. Il metodo utilizzato è costituito da varie fasi che hanno ad oggetto la disamina del consenso prestato dallo Stato ad accordare protezione ad una determinata categoria di investitori¹⁸⁶. La prima fase ha ad oggetto la valutazione della base del consenso, ovvero l'analisi del trattato di riferimento già ampiamente svolta che estende la giurisdizione del Centro agli investimenti in forma indiretta. La seconda fase impone di prendere in considerazione tutti quegli atti e dichiarazioni poste in essere dallo Stato in una fase successiva che definiscono materialmente l'estensione del consenso, consentendo concretamente l'individuazione di quegli investitori a cui garantirebbe il regime di protezione del BIT. Innanzitutto l'Argentina, con una serie di atti¹⁸⁷, richiedeva espressamente agli investitori stranieri di costituire società locali con cui successivamente investire nelle compagnie privatizzate nel settore energetico. Inoltre, per partecipare al procedimento di acquisizione delle quote, i requisiti tecnici fissati dal governo dovevano essere rispettati non solo dalla società locale che acquisiva direttamente le partecipazioni, ma anche dalle eventuali altre società che partecipavano in

¹⁸⁴ Al § 44, cit., il Tribunale richiama l'interpretazione estensiva utilizzata nei casi *Lanco*, *Compañía de Aguas del Aconquija* e *Vivendi*. Altresì, nei punti successivi, rigetta le argomentazioni del convenuto, dirette ad escludere la competenza, fondate su un'indagine comparata di alcuni Trattati in materia di investimento (*i.e.* NAFTA, Algiers Claims Settlement Declaration, BIT UK-Argentina), secondo cui la mancanza di una disposizione specifica designante i limiti dell'investimento escluderebbe la configurabilità dell'investimento indiretto.

¹⁸⁵ § 49, *ibid.*.

¹⁸⁶ § 52, *ibid.*.

¹⁸⁷ *I.e.* “Information Memorandum”, 1992.

essa¹⁸⁸. Il legame tra gli attori e CIESA non si esauriva pertanto in un mero rapporto di partecipazione societaria, essendo quest'ultima una persona giuridica creata ad hoc per costituire una *joint-venture* con Petrobas al fine di rispettare i requisiti specifici fissati dall'Argentina stessa. Per questi motivi il Tribunale è giunto alla seguente conclusione¹⁸⁹:

“The conclusion that follows is that in the present case the participation of the Claimants was specifically sought and that they are thus included within the consent to arbitration given by the Argentine Republic. The Claimants cannot be considered to be only remotely connected to the legal arrangements governing the privatization, they are beyond any doubt the owners of the investment made and their rights are protected under the Treaty as clearly established treaty-rights and not merely contractual rights related to some intermediary. The fact that the investment was made through CIESA and related companies does not in any way alter this conclusion.”

Lo Stato ospite richiedeva esso stesso la costituzione di società *ad hoc* quale requisito necessario per partecipare al programma di privatizzazione, *a fortiori* non poteva non prevedere che gli investitori stranieri acquisissero quote attraverso società di diritto argentino. Per queste ragioni, l'Argentina ha prestato il proprio consenso alla tutela di questa categoria di investitori in quanto sono stati oggetto di uno specifico riconoscimento in base agli atti complessivamente adottati, soddisfacendo il secondo dei requisiti individuati. Il test elaborato dal Tribunale ricorda da vicino quello utilizzato nel caso *CSOB*, che lo riprende, seppur non facendo riferimento diretto ad esso, nella misura in cui la nozione d'investimento in base ad una valutazione specifica del consenso prestato dallo Stato ospite in tutte le sue fasi¹⁹⁰. Al tempo stesso, sarebbe rispettato l'*outer limit* costituito dall'utilizzo di capitali di rischio da parte dell'investitore privato, consentendo di

¹⁸⁸ § 55, cit..

¹⁸⁹ § 56, *ibid.*.

¹⁹⁰ Cfr. par. 2.3, *supra*.

riportare il *portfolio investment* nell'alveo della nozione di investimento convenzionale, al pari dei FDI.

3.3 I criteri elaborati dai tribunali ICSID

Non si intende in questa sede riconoscere un principio secondo il quale tutti gli investimenti indiretti rientrerebbero nella giurisdizione del Centro, essendo possibile prospettare una simile possibilità soltanto nel caso in cui l'investitore detenga quote di maggioranza dell'entità a cui formalmente possono essere imputate le operazioni oggetto della controversia¹⁹¹. In situazioni simili, garantire la protezione agli investimenti risponde a una necessità materiale di favorire flussi di capitali destinati allo sviluppo economico, sarebbe pertanto discriminatorio effettuare distinzioni tra gli investimenti esclusivamente in base alla loro forma¹⁹². Appare quindi difficile non solo distillare un principio in materia che risolva positivamente o negativamente la questione giurisdizionale, ma anche individuare una serie di regole chiare che delimiti l'ambito della giurisdizione stessa. I tribunali, in ragione dello scarso approfondimento della struttura giuridica degli investimenti in portafoglio, hanno generalmente affrontato la questione attraverso la sua sussunzione in altri profili, principalmente a quello della nazionalità¹⁹³, continuando i test creati per i FDI *tout court*. Un clima di incertezza simile non consente di individuare in modo preciso e puntuale i confini della giurisdizione ICSID di fronte a questa categoria di investimenti. Questo deriva dall'aleatorietà della soluzione adottabile in ragione della particolare visione che i componenti del consiglio arbitrale hanno in riferimento ad una disposizione di un trattato. I tribunali nel decidere le questioni giurisdizionali devono necessariamente interpretare la Convenzione attraverso criteri oggettivi, essendo sì un organo

¹⁹¹ E' utile richiamare la tesi sostenuta in KLEMM, U., *Investment through Third Countries: State Practice and Needs of Investors*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2009.

¹⁹² Questo è uno dei punti a favore analizzati in SORNARAJAH, M., *Portfolio Investments and the Definition of Investment*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2009. Tuttavia, l'autore è estremamente critico rispetto ad una possibile apertura *plena* agli investimenti indiretti ed annovera tra gli elementi a sfavore: la loro volatilità potrebbe non determinare uno sviluppo economico nello Stato ospite; non sono compatibili con l'idea della c.d. "privity of arbitration"; non si adatterebbero ai criteri sviluppati dalla giurisprudenza dominante per identificare le caratteristiche di un investimento; non sarebbe ammissibile una loro protezione allorché un trattato stabilisce che essi debbano essere condotti nel rispetto delle leggi interne dello Stato ospite.

¹⁹³ I.e. nei casi richiamati *SOABI* e *Tza Yap Sum*.

arbitrale, con tutte le conseguenze derivanti da questa qualifica, ma allo stesso tempo soggetti che operano all'interno di un sistema istituzionale basato su un determinato trattato istitutivo. Pertanto, bisogna apprezzare il caso *Enron* poiché il Tribunale ha innanzitutto isolato accuratamente la questione in esame dalle altre, evitando un'inopportuna sovrapposizione di piani tra le stesse, e soprattutto ha elaborato un test a due fasi che, salvo il rispetto dell'esistenza di un contributo in termine di capitali come previsto dalla dottrina dell'*accounting-based approach*, tiene in debita considerazione la volontà delle parti del trattato rilevante¹⁹⁴. Questo procedimento logico ha il pregio di consentire l'estensione della giurisdizione del Centro agli investimenti indiretti ogni qual volta in cui lo Stato ospite abbia effettuato una determinazione favorevole in tal senso nel trattato e che sia confermata successivamente dagli atti posti in essere dallo stesso. Questo metodo, attraverso cui si completa la disposizione generale della Convenzione, permette di identificare in modo sicuramente più chiaro i confini della giurisdizione ICSID in riferimento agli investimenti in portafoglio.

4 Ulteriori possibili estensioni della nozione di investimento

Come emerge dalle analisi e dalle rilevazioni precedentemente effettuate, la giurisprudenza dei tribunali ICSID tende ad estendere sempre più la propria

¹⁹⁴ In apertura si fa riferimento al principio *lex specialis derogat generali*, ma si deve pur essere consapevoli del fatto che la qualificazione di norma speciale non discende meramente dalla sua collocazione all'interno di un particolare trattato o convenzione, ma deve rispettare primariamente le regole ermeneutiche del Diritto Internazionale dei Trattati, le quali impongono di prendere in considerazione di tutti i possibili elementi che la circoscrivono. Queste regole sono state codificate nella *Section 3* del Trattato più importante in materia, Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. In particolare, si deve far riferimento agli art. 31-32 della suddetta Convenzione. L'art. 31, rubricato "General rule of interpretation", impone al par. 3 impone di tenere in debita considerazione una serie di circostanze esterne alla conclusione propria del contratto, come ad esempio "any subsequent practice in the application of the treaty" (lett. b). L'art 32, rubricato "Supplementary means of interpretation", rende ancora più flessibile quanto specificato nella disposizione precedente fissando, come criterio complementare, la considerazione di ogni possibile ulteriore circostanza che consenta di superare ogni dubbio scaturito dall'interpretazione dei trattati. A titolo esemplificativo si può richiamare la prassi giurisprudenziale dell'*Appellate Body* della WTO interpretato estensivamente le disposizioni in esame, imponendo di tenere in debita considerazione tutti gli atti posti in essere da uno Stato nei casi in cui non sia possibile interpretare *de plano* un Trattato internazionale ("I.3.1 General rules of treaty interpretation — Articles 31 and 32 of the Vienna Convention", *Appellate Body Repertory*).

giurisdizione, considerando sempre più spesso elementi e circostanze di fatto nuovi nella progressiva ridefinizione della nozione di investimento. In questa sede, si deve cercare di capire se una decisione resa nel corso di un procedimento arbitrale, o *ex ante* la clausola compromissoria che ne costituisce la base giuridica, possano costituire una forma di investimento¹⁹⁵, e se di conseguenza il diniego dell'*exequatur* possa configurare una violazione dei diritti degli investitori stranieri.

Il ruolo sempre più rilevante dei meccanismi di risoluzione delle controversie internazionali, *in primis* degli arbitrati internazionali come foro neutrale della risoluzione delle controversie in materia di investimenti transnazionali, ha determinato una sempre maggiore connettività tra di essi, testimoniata dai sempre più frequenti riferimenti nelle decisioni di altri sistemi di risoluzione delle controversie in materia degli investimenti¹⁹⁶. La recente giurisprudenza ICSID, sicuramente influenzata da quella parte della dottrina che guarda con favore al riconoscimento di un *ordre juridique arbitral international*¹⁹⁷, sta rafforzando ancora di più il suo ruolo di meccanismo di risoluzione delle controversie di riferimento in materia di investimento¹⁹⁸. In forza del principio di prevalenza della giurisdizione ICSID rispetto a quella degli ordinamenti interni¹⁹⁹, i tribunali hanno iniziato a riconoscere un'autonoma rilevanza a questo diritto nel caso in cui sia negata l'esecuzione della decisione, ai sensi dell'art. 25 della Convenzione e delle disposizioni del BIT rilevante, e riconoscendosi competente a dirimere la questione²⁰⁰. Il riconoscimento di questo principio contribuisce a rafforzare la rilevanza del sistema ICSID, quale meccanismo di risoluzione delle controversie gerarchicamente sovraordinato alle giurisdizioni locali in caso in cui sia

¹⁹⁵ CLAYPOOLE, C., *Recent Developments in the Jurisprudence of Investment Arbitration Tribunals*, in *European and Middle Eastern Arbitration Review*, 2012.

¹⁹⁶ Si pensi al test *Salini* ripreso nel già richiamato caso *Romak v. Uzbekistan*, par. 2.2, *supra*.

¹⁹⁷ GAILLARD, E., "L'ordre juridique arbitral", *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

¹⁹⁸ Com'è noto, la ICJ ha gradatamente perso questo ruolo a partire dal caso *Barcelona Traction*, cit.

¹⁹⁹ Il principio di "indipendenza" dell'ICSID rispetto alle giurisdizioni interne, come regime *self-contained*, è stato tradizionalmente ricostruito a partire dagli art. 26 e 44. La dottrina rilevante ha iniziato ad interpretare flessibilmente queste disposizioni, ammettendo delle aperture. Per ulteriori approfondimenti si rimanda all'articolo di DELAUME, G. R., *ICSID Arbitration and The Courts*, *The American Journal of International Law*, 1983.

²⁰⁰ Si veda MISTELIS, L. A., *Award as an Investment: The Value of an Arbitral Award or the Cost of Non-Enforcement*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2013.

competente *ratione voluntatis*.

Preso atto dell'importanza nonché dell'attualità della questione, si procederà all'analisi di tre recenti casi in cui è emerso questo profilo, valorizzando la ricostruzione della fattispecie al fine di agevolare la comprensione delle sue peculiarità intrinseche. Si avverte che il contributo dell'*accounting-based approach* si rileverà fondamentale ai fini dell'inquadramento giuridico dello *ius standi iudicio* quale diritto tutelabile in quanto forma particolare di investimento²⁰¹.

4.1 Il caso *Saipem v. Bangladesh*

Il precedente è senz'altro costituito dal caso *Saipem v. Bangladesh*²⁰², di cui è opportuno ricostruirne brevemente le complesse vicende prima di esaminare la decisione sulla competenza. Saipem S.p.A. ("Saipem"), società italiana attiva nel settore della prestazione di servizi petroliferi, ha stipulato con Petrobangla²⁰³, compagnia petrolifera nazionale del Bangladesh, un contratto per la costruzione di un gasdotto. Dopo il completamento del progetto, nasce una disputa in relazione al pagamento e Saipem deferisce la risoluzione della controversia ad un arbitrato ICC, come previsto dal contratto. Mentre era in corso il procedimento arbitrale in questione, Petrobangla iniziava una serie di procedimenti innanzi alle corti interne. Nonostante le sentenze rese dai tribunali interni a favore della compagnia petrolifera nazionale, il tribunale arbitrale emetteva finalmente la decisione, non ritenendo valide le argomentazioni sul conflitto di competenza sollevate dal convenuto. Petrobangla decideva infine di rivolgersi alla *High Court Division of the Supreme Court of Bangladesh*, che, sebbene rigettasse le richieste così come formulate, si è rifiutata di riconoscere l'esistenza della decisione del tribunale arbitrale²⁰⁴. Questo determinava l'impossibilità di eseguire il dispositivo.

²⁰¹ L'analisi economica del diritto ha dimostrato che una decisione giuridicamente vincolante abbia un impatto economicamente rilevante *ex se*. Per approfondire il punto, SHAVELL, S., "General Topics on the Legal Process", *Foundations of Economic Analysis Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2004.

²⁰² *Saipem S.p.A v. The People Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, 2007.

²⁰³ Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation.

²⁰⁴ In questa sede non si intende approfondire le ragioni che hanno determinato la mancata esecuzione della decisione del tribunale ICC, pertanto si segnala esclusivamente che il diritto

A questo punto, Saipem decideva di registrare un'istanza di arbitrato ICSID, sulla base della violazione del divieto di espropriazione contenuta nel BIT concluso tra Italia e Bangladesh²⁰⁵.

Il Tribunale, innanzitutto, è ricorso al già richiamato test *Salini*²⁰⁶. Accanto alla verifica dei requisiti classici delineati nello schema del test, si è richiamata l'importanza della decisione dell'arbitrato ICC ai fini della valutazione complessiva dell'operazione:

“Finally, the Tribunal wishes to emphasize that for the purpose of determining whether there is an investment under Article 25 of the ICSID Convention, it will consider the entire operation. In the present case, the entire or overall operation includes the Contract, the construction itself, the Retention Money, the warranty and the related ICC Arbitration.”²⁰⁷

E' interessante analizzare il procedimento logico seguito dal Tribunale. *In primis*, esso ha riconosciuto l'importanza dell'art. 25(1) della Convenzione, secondo cui la controversia deve sorgere direttamente da un investimento. *In secundis*, tale disposizione è valutata alla stregua delle vicende intercorse tra le parti. Esse avevano specificamente riconosciuto nel contratto di voler sottoporre eventuali controversie ad arbitrato ICC, riconoscendone specificatamente la supremazia della decisione²⁰⁸, pertanto il Tribunale non poteva ragionevolmente non considerare questa circostanza. Tuttavia, si nega che la controversia nel caso di specie nasca direttamente ed esclusivamente dal mancato rispetto della decisione ICC, in quanto quest'ultima circostanza costituisce un indice solo indiretto

internazionale convenzionale ammette un margine di apprezzamento in capo agli Stati nel caso in cui si verificano casi di conflitto di giurisdizione. Si veda: CUNIBERTI, G., *Divergence d'appréciation entre juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention d'arbitrage*, in *The Paris Journal of International Arbitration*, 2011.

²⁰⁵ Art. 5, BIT Italia-Bangladesh, 1990.

²⁰⁶ Si veda par. 2.2, *supra*.

²⁰⁷ § 110, *cit.*

²⁰⁸ “Any rights arising out of the contractual dispute [...] would not survive an award. So, if the award is a valid award, those rights would be replaced by rights arising out of the award itself.”, Tr. J. II 28:21-29:2.

dell'esistenza di un investimento²⁰⁹. Nelle conclusioni sul requisito *ratione materiae*, si è fatto nuovamente riferimento pure all'art. 25 nella misura in cui imporrebbe di far riferimento a tutti gli elementi della vicenda per ricostruire la nozione di investimento²¹⁰:

“However, as already mentioned, the notion of investment pursuant to Article 25 of the ICSID must be understood as covering all the elements of the operation, that is not only the ICC Arbitration, but also *inter alia* the Contract, the construction itself and the Retention Money (*see above No. 110*). Hence, in accordance with previous case law, the Tribunal holds that the present dispute arises directly out of the overall investment.”

Nel caso di specie, il Tribunale ha adottato sicuramente un approccio interpretativo esteso alla nozione di investimento, diretto a considerare tutti gli elementi che lo compongono, diretto a rilevare tutti i fattori che contraddistinguono un potenziale movimento di capitale, come in questo caso una precedente decisione arbitrale. Del resto, si era già visto come l'adozione di metodi ermeneutici flessibili sia necessaria per inquadrare correttamente la fattispecie, così come dimostrato in *Salini* in cui la decisione finale non può prescindere da un'“overall valuation”²¹¹. Tuttavia, non si può trascurare quello che è l'elemento di novità introdotto nella decisione, ovvero quello di annoverare specificatamente la decisione resa nel corso dell'arbitrato ICC. Il Tribunale è riuscito a creare una forma di coordinamento tra le due decisioni, assegnando un ruolo fondamentale all'ICSID che non può astenersi dal valutare le decisioni rilevanti emesse nel corso di altri procedimenti originariamente designati a dirimere la controversia, nel rispetto del quadro normativo di riferimento.

4.2 Il caso *ATA v. Jordan*

E' necessario pure in questo caso fare una breve descrizione dei fatti del caso *ATA*

²⁰⁹ § 113, cit..

²¹⁰ § 114, *ibid.*.

²¹¹ § 2.2, *ibid.*.

*v. Jordan*²¹², che contrappone, come ricorrente, una società di costruzione turca, ATA Construction, Industrial and Trading Company (“ATA”) e, come convenuto, il Regno Hashemita di Giordania (“Giordania”). Il ricorrente stipulava con un soggetto controllato dal convenuto, Arab Potash Company (“APC”), un Contratto per la costruzione di una diga. Nel corso dell’operazione di riempimento del vaso, una parte della diga crollava ed APC conveniva ATA innanzi ad un tribunale arbitrale, come previsto dalla clausola compromissoria del Contratto. Poiché il lodo arbitrale emesso a conclusione di tale procedimento escludeva una responsabilità dell’impresa costruttrice, APC iniziava un procedimento innanzi agli organi giurisdizionali giordani affinché annullassero la decisione secondo la legge arbitrale giordana. La Corte di Appello procedeva all'annullamento del lodo, successivamente confermato dalla Cassazione. ATA sulla base di questa decisione adiva l'ICSID, sostenendo che l'annullamento in questione violava le disposizioni del BIT concluso tra Turchia e Giordania entrato in vigore successivamente²¹³ nella misura in cui espropriava *de facto* l'investimento posto in essere dalla società turca.

Tralasciando la questione *ratione temporis*, si deve analizzare il ragionamento del Tribunale in riferimento alla nozione di investimento, il quale ha ritenuto che il diritto ad adire un tribunale arbitrale costituisca un'autonoma forma di investimento ai sensi del BIT²¹⁴:

“At this juncture, the Tribunal observes that the right to arbitration is a distinct “investment” within the meaning of the BIT because Article I(2)(a)(ii) defines an investment inter alia as “claims to [...] any other rights to legitimate performance having financial value related to an investment”. The right to arbitration could hardly be considered as something other than a “right [...] to legitimate performance having financial value related to an investment”...”

Il diritto di risolvere una controversia mediante arbitrato, riconosciuto da un

²¹² *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan* ICSID Case No. ARB/08/2, 2010.

²¹³ Art. III, BIT Turchia-Giordania, 1993.

²¹⁴ § 117, cit..

contratto, costituirebbe una prestazione finanziariamente rilevante e, quindi, suscettibile di essere qualificabile *ex se* come investimento, pure alla luce degli *standards* fissati nel caso precedente e direttamente richiamati nel testo del lodo²¹⁵. La sentenza della Corte Suprema giordana, confermando la nullità della clausola compromissoria contenuta nel contratto, ha determinato una lesione attuale e diretta di questo diritto²¹⁶, tutelato dalle disposizioni del BIT e, pertanto, rientrante nella giurisdizione del Centro²¹⁷. La mancanza di una previsione che tuteli specificatamente lo *ius standi iudicio* degli investitori non risulta essere stata ancora recepita non solo dal diritto internazionale generale, ma nemmeno dalla prassi arbitrali. Il tribunale che effettua una simile deduzione in assenza di parametri giuridici rilevanti rischia di incorrere in un'ipotesi di eccesso di potere²¹⁸.

La decisione diverge nettamente da quella analizzata precedentemente, poiché apre alla possibilità di adire l'ICSID sulla base esclusiva di una simile violazione, senza richiedere ulteriori elementi di fatto. Il Consiglio pare non aver debitamente considerato che effettuare una simile deduzione richiederebbe un riconoscimento più specifico nel BIT.

4.3 Il caso *GEA v. Ukraine*

In ragione della complessità della decisione del caso *GEA v. Ukraine*²¹⁹, la ricostruzione dei fatti sarà svolta in modo sommario. GEA Group Aktiengesellschaft (“GEA”), società costituita secondo il diritto tedesco e capogruppo di entità attive nei più svariati settori tecnologici, ha chiesto la

²¹⁵ “Now, measured by the standards in Saipem, the Final Award at issue in the present arbitration would be part of an “entire operation” that qualifies as an investment...”, § 115, *ibid.*

²¹⁶ E' noto come nel diritto della giurisdizione internazionale l'*arbitration clause* tenda a presentarsi come un elemento autonomo rispetto al contratto in cui è incorporato. Il Diritto Internazionale Convenzionale ha riconosciuto esplicitamente questa caratteristica, come testimoniato dal riferimento ad essa contenuta all'art. II della “Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards” di New York, 1958. Il Tribunale, nel caso di specie, ha isolato questa clausola rispetto al resto del contratto individuando in essa un diritto distinto ed indipendente, in linea con quanto sostenuto da autorevole dottrina.

²¹⁷ § 118, *cit.*

²¹⁸ Si ricorda che l'eccesso di potere costituisce una delle ipotesi per cui può essere chiesta la costituzione del comitato *ad hoc* per l'annullamento della decisione ex art. 52, Convenzione.

²¹⁹ *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, 2011.

costituzione di un tribunale ICSID sulla base del BIT concluso tra Germania e Ucraina²²⁰. In questo caso si assiste ad un apparente ribaltamento dell'orientamento che sembrava essersi consolidato nella giurisprudenza precedente.

Una delle società facenti parte del gruppo di GEA concludeva con una compagnia pubblica ucraina, OJSC Oriana, un contratto concernente la conversione di nafta liquido. Si verificavano successivamente dei problemi nel corso dell'esecuzione dello stesso, pertanto le due entità concludevano un accordo con cui rinegoziavano il debito dovuto dalla controllata ucraina, contenente una clausola compromissoria designante l'arbitrato ICC per la risoluzione di eventuali controversie. Lo Stato non autorizzava il pagamento della quarta *tranche*, dunque GEA chiedeva la costituzione di un tribunale ICC il quale, all'esito del procedimento, condannava a pagare la parte restante del credito. Il governo ucraino non accordava l'ordine di *exequatur* e la capogruppo tedesca decideva pertanto di avviare un procedimento innanzi alle corti interne per il suo ottenimento. Avendo avuto questo tentativo esito negativo, GEA richiedeva la costituzione del Tribunale ICSID lamentando una violazione dei diritti di investitore che dovevano essergli garantiti.

Il Tribunale ha negato la sussistenza della propria competenza, ritenendo che non fosse stato effettuato un investimento ai sensi dell'art. 25 della Convenzione e della normativa contenuta nel BIT. Ignorando i profili costituenti anch'essi motivo di rigetto della tesi complessiva del ricorrente²²¹, si deve analizzare l'ultimo profilo su cui si è soffermato il Tribunale, ovvero se la decisione ICC possa essere determinante per risolvere positivamente la questione giurisdizionale. Il Tribunale ha definito la decisione arbitrale come uno strumento che è in grado di veicolare i diritti e le obbligazioni nascenti da un accordo, ma rimanendo comunque sostanzialmente vincolato ad esso²²²:

“Properly analysed, it is a legal instrument, which provides

²²⁰ BIT Germania-Ucraina, 1993.

²²¹ Il Tribunale ha negato in primo luogo che non concretasse un investimento né il primo contratto stipulato per la conversione, § 146-153, né tantomeno il *repayment agreement*, § 154-157, cit..

²²² § 161, *ibid.*.

for the disposition of rights and obligations arising out of the Settlement Agreement and Repayment Agreement...”

La decisione arbitrale riconosce il fondamento di una pretesa giuridica fondata su un accordo, ma, secondo il *reasoning* del Tribunale, non aggiungerebbe alcun elemento utile al fine di riconoscere la sussistenza di un investimento. Non essendo stati rispettati i requisiti minimi nei due accordi, come per esempio quelli del contributo allo sviluppo o di condurre un'attività economica nello Stato, *a fortiori* l'allegazione della decisione ICC sarebbe del tutto superflua²²³.

Il Tribunale si è contrapposto in modo deciso a quanto affermato nella decisione sulla competenza resa nel caso *Saipem v. Bangladesh*, a cui l'istante ha fatto riferimento il ricorrente nelle sue memorie. Esso afferma che le argomentazioni del suo omologo siano “statements that are difficult to reconcile”²²⁴, e che, pertanto, non costituirebbero il disegno unitario di un principio che conferirebbe autonomo rilievo di investimento ad una decisione arbitrale, data la presunta mancanza di un collegamento giuridicamente rilevante tra le decisioni stesse.

4.4 I criteri elaborati dai tribunali ICSID

Come è già emerso nel corso della trattazione²²⁵, il progressivo aumento degli investimenti, in un contesto di liberalizzazione globale della circolazione di capitali, ha determinato la necessità di estendere la gamma di *assets* oggetto della tutela internazionale degli investimenti assicurata dalla Convenzione e dai BIT. Dall'analisi delle soluzioni adottate dai tribunali è impossibile negare la rilevanza della questione nell'ottica di una progressiva estensione della giurisdizione del Centro. Tali decisioni hanno dimostrato come diritto di rivolgersi ad un foro neutrale inizierebbe ad essere considerato meritevole di una tutela *ad hoc*, in quanto consentirebbe la realizzazione in potenza di un interesse finanziariamente rilevante.

Nel caso *Saipem v. Bangladesh* si è potuto osservare come il Tribunale, seppur

²²³ § 162, *ibid.*.

²²⁴ § 163, *ibid.*.

²²⁵ Cfr. cap. I, *supra*.

non arrivi a sostenere che la decisione ICC debba essere tutelata come investimento in quanto tale, lo inserisce tra gli elementi che devono essere primariamente utilizzati nel test *Salini*. Questa decisione ha consentito di estendere la giurisdizione ICSID ad un elemento che fino ad allora non era mai stato considerato adottando un approccio più estensivo del test più utilizzato in materia. Per questa ragione, la soluzione adottata è sicuramente equilibrata e ragionevole, in quanto l'estensione della protezione al nuovo *asset* non ha determinato alcuna rottura con l'impianto tradizionale con cui questa tipologia di questioni giurisdizionali è generalmente analizzata. Considerando la novità della fattispecie nel diritto internazionale degli investimenti, il Tribunale ha evitato di effettuare una dichiarazione di principio, preferendo agire piuttosto a livello di *obiter dictum*. In *GEA v. Ukraine*, il diritto di rivolgersi all'arbitrato è stato espressamente riconosciuto come un *asset* autonomamente rilevante su cui si estende la giurisdizione ICSID. Nel riconoscersi competente a dirimere la questione, interpretando in modo assolutamente innovativo l'espressione "rights to legitimate performance having financial value" utilizzata nel BIT di riferimento²²⁶, il Tribunale è arrivato ad affermare un principio completamente nuovo in materia che potrebbe costituire un clamoroso "precedente" per la giurisprudenza futura. Tuttavia, la decisione del caso *GEA Aktiengesellschaft v. Ukraine* va in direzione opposta e potrebbe essere interpretata come una chiusura ad ulteriori evoluzioni in materia stante l'approccio restrittivo adottato dal Tribunale nella definizione di investimento. E' impossibile allo stato attuale prevedere con certezza gli sviluppi della questione nella giurisprudenza futura, a maggior ragione considerando che nemmeno la dottrina ha ancora affrontato compiutamente il problema²²⁷. In questa sede, si deve prendere le distanze da entrambe le decisioni, perché entrambe richiamano il medesimo *casus belli* e lo estremizzano, esasperandone alcuni aspetti senza tuttavia coglierne il significato complessivo. In quel caso, il Tribunale è perfettamente consapevole che sarebbe stato del tutto arbitrario qualificare una decisione resa in un arbitrato precedente, e *a fortiori* il diritto di adirne uno che ne costituisce la base giuridica, come una forma di investimento *tout court*, in assenza di una specifica disposizione del BIT,

²²⁶ Art. I(2)(a)(ii), BIT Germania-Ucraina.

²²⁷ Soltanto il già citato MISTELIS, L. A., cit..

preferendo assegnarle un ruolo, per così dire, ancillare essendo inserita in un quadro più ampio in concorso con altri elementi. Anche in questo caso, invocare il criterio del contributo del capitale di rischio può essere molto utile considerando che, e a buon ragione, tutti i tribunali hanno preso in considerazione l'impatto economico della decisione arbitrale o altresì della clausola compromissoria. Essi non possono essere certamente come un movimento di capitali, ciò sarebbe profondamente illogico, ma come indici che rileverebbero un contributo di quel genere, pertanto sarebbe lecito parlare di una valutazione di riflesso dell'investimento fondata su questi meccanismi²²⁸. Trattandosi di una rilevazione di tipo indiretto, in assenza di disposizioni convenzionali è impossibile inquadrare autonomamente questo fenomeno, che per adesso non può che essere relegato ad una posizione accessoria, seppur potenzialmente determinante. In un contesto globale contraddistinto dalla moltiplicazione delle controversie a più livelli in materia di investimenti, sarà interessante analizzare se e in che misura il diritto internazionale convenzionale prenderà atto di queste situazione.

²²⁸ In particolare, la valutazione principale inerisce il costo della mancata esecuzione.

Capitolo III

Il requisito *ratione personae*: lo *ius standi iudicio* delle parti

1 La definizione convenzionale di investitore nazionale

L'estensione della giurisdizione del Centro deve tenere conto del requisito *ratione personae* previsto all'art. 25(2) della Convenzione:

“(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.”

La disposizione richiamata si informa ad un principio, in apparenza, molto semplice: soltanto gli investitori privati aventi una nazionalità di uno Stato aderente alla Convenzione, che non sia quella dello Stato ospite, possono adire il Centro. Il requisito della nazionalità si compone quindi di un elemento positivo, la nazionalità di uno Stato parte della Convenzione, ed uno negativo, che non sia la medesima dello Stato ospite.

È una domanda legittima chiedersi perché, nel testo finale raggiunto al termine

delle negoziazioni, si sia optato per questi due elementi²²⁹. In relazione a quello negativo, la risposta risiede nella natura stessa del meccanismo delle risoluzione delle controversie, essendo l'intento principale dei negozianti quello di creare un sistema che consentisse agli investitori privati esteri di proteggere le operazioni condotte in uno Stato estero. Sarebbe stato assolutamente irragionevole prevedere una procedura che consentisse di adire il Centro in relazione a controversie squisitamente interne, anche su base facoltativa. Per quanto concerne quello positivo, è più difficile dare una spiegazione precisa come la precedente²³⁰. Si può già immaginare che questo requisito possa creare notevoli difficoltà in determinate circostanze, in modo particolare in riferimento alle caratteristiche della nazionalità delle persone giuridiche, anche se possono essere superate. Esso risponde essenzialmente all'esigenza di bilanciare, da un lato, gli interessi dello Stato ospite e, dall'altro, quelli dell'investitore. L'art. 27(2)²³¹ esclude la possibilità di ricorrere alla protezione diplomatica di uno Stato allorquando gli investitori provenienti da esso abbiano prestato il proprio consenso ad adire il Centro e l'art. 54(1)²³² obbliga uno Stato parte a riconoscere la decisione arbitrale resa dai

²²⁹ Per approfondire, si rimanda a: PARRA, A. R., *The History of ICSID*, cit.; DOUGLAS, Z. "Jurisdiction *ratione personae*", *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; AMERASINGHE, C. F., *Jurisdiction of International Tribunals*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 643 ss.; BROCHES A., *The convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Selected Essays*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

²³⁰ Soprattutto considerato che con le *Additional Facility Rules* questo limite può essere potenzialmente superato. Infatti, l'art. 2(a) prevede che: The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer,

subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories:(a) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes arising directly out of an investment which are not within the jurisdiction of the Centre because either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is not a Contracting State. Ciò detto, le questioni giurisdizionali relative a queste regole non sono oggetto della presente dissertazione e quindi non saranno approfondite.

²³¹ Secondo l'art. 27(2): "(1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nation- als 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."

²³² "(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pur- suant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obliga tions 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 judgment of the courts of a constituent state."

tribunali ICSID come immediatamente esecutiva²³³. La prima disposizione è posta a salvaguardia dello Stato ospite poiché evita che lo stesso possa essere esposto pure ad un'eventuale azione diplomatica intentata dallo Stato di provenienza dell'investitore, mentre la seconda è predisposta nell'interesse non solo dell'investitore ma pure dello Stato stesso, il quale non dovrà procedere all'*exequatur* per colpire i beni dell'investitore in caso della sua soccombenza. L'obiettivo della prima disposizione potrebbe essere facilmente compromesso se lo Stato che esercita l'azione diplomatica non fosse esso stesso parte della Convenzione; in riferimento a quello della seconda, sarebbe frustrato nel caso in cui lo Stato di provenienza dell'investitore non fosse parte della Convenzione, e dunque non riconoscere l'esecutività immediata della decisione. In virtù di queste considerazioni, la *ratio* della disposizione in esame è quella di evitare pericolosi sbilanciamenti a danno degli Stati parti, che vedrebbero la loro responsabilità estendersi universalmente nei confronti di qualunque investitore privato, senza alcun tipo di garanzia.

Dopo aver esaminato la parte generale della definizione, è opportuno concentrarci su quella particolare che distingue in due categorie i privati investitori: persone fisiche e persone giuridiche. Si tratta di una distinzione importantissima in quanto la Convenzione prevede due regimi specifici per l'identificazione della nazionalità delle rispettive categorie, che saranno esaminati di seguito.

1.1 La cittadinanza delle persone fisiche

Innanzitutto, si deve premettere che per quanto concerne le persone fisiche, il termine “nationality” coincide con quello italiano di cittadinanza. L'art. 5(2)(a) si apre prevedendo che la persona fisica deve soddisfare questo criterio non solo nel momento in cui essa ha prestato il proprio consenso, ma pure quando la disputa è formalmente sorta mediante la registrazione della richiesta di arbitrato. Questa

²³³ La realizzazione di questo obiettivo si scontra con il principio dell'immunità dello Stato. La prassi ha dimostrato che l'adesione di uno Stato all'ICSID non comporta una modifica delle leggi interne sull'immunità “sovrana”, le quali rimangono immutate e possono impedire *de facto* l'esecuzione di una decisione resa da un tribunale del Centro. Per approfondire, REED, L., PAULSSON, J., BLACKABY, N., “Execution of ICSID Awards – Sovereign Immunity from execution”, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.

disposizione impedisce possibili ed abusivi cambi di cittadinanza all'unico fine di adire il Centro.

La Convenzione considera espressamente l'ipotesi della doppia cittadinanza prevedendo una disciplina specifica che rigetta il principio di effettività²³⁴. La previsione esclude la possibilità di adire il Centro al ricorrente che ha la cittadinanza di uno degli Stati parti, ma che in una delle due delle date rilevanti, ovvero la data in cui è prestato il consenso o quella in cui è stato presentato il ricorso, aveva anche la cittadinanza dello Stato ospite. Si tratta di una soluzione diversa rispetto a quella originariamente pensata nel corso delle negoziazioni ed infatti al “Regional Consultative Meeting” era stata presentata inizialmente una versione completamente diversa, essendo richiesto semplicemente richiesto che l'investitore privato avesse la cittadinanza di uno Stato parte; inoltre, non conteneva una definizione di cittadinanza ma prevedeva che una una conferma scritta rilasciata dallo Stato di origine costituiva una prova determinante allorquando fosse incerta. Per quest'ultima ragione, questa versione è stata rigettata poiché una dichiarazione simile poteva solo costituire un indice da cui ricostruire la nazionalità dell'investitore, non già porre una presunzione assoluta. Si avvertiva la necessità di evitare *ex ante* i problemi connessi alla doppia cittadinanza in quanto impossibile trovare una soluzione compatibile con la Convenzione, e soprattutto di evitare il sorgere di procedimenti al fine di stabilire quale fosse la nazionalità effettiva, tenuto conto pure di eventuali conflitti che sarebbero potuti sorgere tra gli Stati. Dopo estenuanti trattative nel corso degli incontri della *Legal Commission* il cui scopo era quello di presentare soluzioni fattibili ai *Executive Directors*, si è giunti alla soluzione che poi è stata ripresa nel testo definitivo. E' importante sottolineare come i Direttori Esecutivi, nel redigere il “Report” accompagnante la Convenzione, abbiano specificato che il divieto

²³⁴ Com'è noto, il diritto internazionale a partire dal celeberrimo caso della ICJ *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)* (“*Nottebohm*”), 1955, che accoglie il criterio della nazionalità effettiva in caso di doppia cittadinanza, secondo il quale è dirimente il legame effettivo positivamente dimostrato con uno degli Stati. Pertanto, il criterio della *nationalité utile* consente di superare le situazioni di conflitto. Per approfondire, si veda: CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 516 ss.; RUGARD, M. J., *Diplomatic Protection*, in *Yearbook of the International Law Commission 2000*, New York – Genève, United Nations, 2010, pp. 229-230; HAMBRO, E. I., *Jurisprudence de la Cour Internationale*, Leiden, Brill Archive, 1960, p. 810 ss..

della doppia cittadinanza sia assoluto e quindi non derogabile per volontà delle parti, nemmeno con il consenso dello Stato ospite. Il divieto è comunque destinato ad operare solo allorché la doppia cittadinanza è riconducibile a due Stati parti della Convenzione, non quando una di esse sia riconducibile ad uno Stato terzo.

Ciò detto, la *Legal Commission* si è rifiutata di dare una definizione del termine “nationality”, nemmeno i requisiti minimi che dovranno essere osservati dall'investitore che voglia adire il Centro. Pertanto, i tribunali sono chiamati a risolvere *case by case* eventuali controversie aventi ad oggetto possibili cittadinanze di convenienza, o altresì involontariamente acquisite, da parte di una persona fisica.

1.2 La nazionalità delle persone giuridiche

Il criterio della nazionalità cambia sensibilmente in relazione alle persone giuridiche, ed è disciplinato all'art. 25(2)(b). La prima importante differenza inerisce il momento in cui questo criterio deve essere soddisfatto dalla persona giuridica, ovvero esclusivamente quando è prestato il consenso. A differenza delle persone fisiche, non è richiesto il suo rispetto pure nella fase successiva della registrazione della richiesta, essendo dunque del tutto irrilevanti variazioni della nazionalità. La ragione di questa differenza risiede principalmente nella eterogeneità sostanziale tra le due categorie di soggetti, che giustifica questa importante differenza nonché quella che analizzeremo di seguito.

Le persone giuridiche che soddisfano il requisito così come delineato dalla Convenzione sono quelle che hanno la nazionalità di uno Stato contraente diverso da quello contro cui stanno promuovendo un procedimento, e quelle che hanno la nazionalità dello Stato ospite ma che, in virtù del controllo esercitato da soggetti stranieri, le parti hanno deciso di considerare come aventi la nazionalità di uno Stato parte. E' interessante analizzare il motivo che ha indotto gli Stati partecipanti ai negoziati ad includere quest'ultima ipotesi. Accade sovente che siano gli stessi Stati ospite a richiedere agli investitori stranieri di costituire società secondo le

loro leggi, per poter condurre determinate operazioni²³⁵. Prendendo atto di questa prassi, si è deciso di includere nel testo definitivo una doverosa eccezione al divieto di estendere la giurisdizione alle dispute tra gli Stati e i soggetti del loro ordinamento²³⁶. La mancanza di questa ipotesi avrebbe potuto compromettere la credibilità del meccanismo di risoluzione delle controversie, escludendo un settore importantissimo a causa di un tecnicismo. Se non fosse stata prevista specificatamente quest'ipotesi, l'unico altro modo per riconoscere la competenza dell'ICSID sarebbe stato la conclusione di accordi tra gli azionisti di controllo e lo Stato ospite, con l'inconveniente che avrebbero esteso i loro effetti solo ai contraenti, creando discriminazioni tra gli investitori nella stessa società, e con il rischio di incompatibilità con il diritto interno dello Stato ospite. Tuttavia, affinché una società possa adire il Centro sarà comunque necessario un accordo tra essa e lo Stato ospite, altrimenti non sarebbe comunque possibile non essendo sufficiente *ex se* la soggezione al controllo di uno Stato estero.

Come per le persone fisiche, così per le persone giuridiche il termine “nationality” non è definito dalla Convenzione. Un tentativo di definire compiutamente quale criterio si dovesse sottintendere era stato espletato nel già richiamato “Preliminary Draft”, in cui era definibile “national of a Contracting State” una persona giuridica o fisica avente la nazionalità di uno State parte, compreso una società “which under the domestic law of the State is its national” e ogni altra società “in which the nationals of that State have a controlling interest”, accogliendo tanto il criterio della sede di costituzione quanto quello del controllo. Tuttavia, la definizione si esponeva facilmente a critiche, essendo troppo vaga, soprattutto nella parte in cui si fanno riferimento a “controlling interests” senza prevedere espressamente l'ipotesi di azionariato riconducibile ad investitori di differenti nazionalità. Non essendo pertanto possibile trovare una soluzione ampiamente condivisa per risolvere le criticità che contraddistinguevano questo modello, si preferì abbandonare una rigida definizione in modo tale da assicurare un ampio margine alle parti di decidere quanto rendere estesa la disposizione. Ancora una volta, si è

²³⁵ Si tratta di una condizione spesso necessaria per poter ottenere determinati appalti o altresì specifici incentivi finanziari. Si pensi al caso *Enron* in cui l'Argentina garantiva *i.e.* il pagamento delle tariffe in dollari anziché in pesos agli investitori stranieri, patto che costituissero una società locale. Cfr. cap II, par. 3.2, *supra*.

²³⁶ Si tratta di un'eccezione fondata sul principio di prevalenza della sostanza sulla forma.

deciso di valorizzare la volontà degli Stati Parte i quali sono liberi di scegliere quali criteri adottare per identificare la nazionalità di una persona giuridica, e il criterio applicabile di default in mancanza di scelta dovrebbe essere quello del luogo di incorporazione (*incorporation*), ripreso, come rilevato dalla dottrina²³⁷, dalla maggior parte dei BITs. Vi sono autori che, riprendendo il *Barcelona Traction Case*²³⁸ concernente però la protezione diplomatica, sono addirittura arrivati a sostenere che esso sia l'unico criterio ammissibile²³⁹, mentre altri che hanno adottato un approccio più flessibile che fa riferimento alla mera esistenza di una qualche connessione tra persona giuridica e Stato ospite²⁴⁰. Si ritiene che il riferimento al caso risolto dalla ICJ non possa essere determinante nella risoluzione della questione, infatti esso inerisce la protezione diplomatica che, come noto, è destinata ad operare su un piano completamente diverso da quello dell'ICSID²⁴¹; tuttavia, non si può nemmeno annullare del tutto la rilevanza del testo della Convenzione trasformando il criterio della nazionalità in un principio soggetto alla totale arbitrarietà delle parti. Si può ragionevolmente ritenere che lo scopo della Convenzione sia quello di garantire certamente un notevole margine di flessibilità in capo alle parti, ma comunque entro dei limiti ben precisi²⁴², che parte della giurisprudenza identificano con l'effettività del controllo straniero previsto dall'art. 25(2)(b)²⁴³. Le parti hanno il diritto di concludere accordi che

²³⁷ Cfr. DOLZER, R., M. STEVENS, *Scope of application*, in *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp 34 ss..

²³⁸ *Barcelona Traction*, cit..

²³⁹ DELAUME, G. R., *ICSID Arbitration and the Courts*, in *The American Journal of International Law*, 1983; HIRSCH, M., *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, New York, Springer, 1993, p. 85; LAVIEC, J. P., *Protection et Promotion des Investissements*, Paris, Presse Universitaires de France; SUTHERLAND, P. F., *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1979; FELDMAN, M. *The standing of state-controlled entities under the ICSID Convention*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy*, a cura di K. § SAUVANT, New York, Oxford University Press, 2012.

²⁴⁰ AMERASINGHE, C.F., *The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, in *Indian Journal of International Law*, 1979, pp. 212–214.

²⁴¹ Considerando che l'art. 7 della Convenzione esclude la possibilità di ricorrere alla protezione diplomatica una volta avviato un procedimento arbitrale, può essere *a fortiori* dedotto che si tratta di due regimi distinti per cui è improprio confondere le regole proprie all'uno con quelle dell'altro.

²⁴² “The purpose of that provision... is to indicate the outer limits within which disputes may be submitted to conciliation or arbitration under the auspices of the Centre with the consent of the parties thereto.”, BROCHES, A., cit..

²⁴³ I.e. le decisioni nei casi: *Vacuum Salt Products Ltd v. Republic of Ghana* Case No. ARB/92/1, 1994; *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, 2008.

modifichino questo criterio, purché siano logicamente espressi, e, in mancanza di una manifestazione di volontà simile, sarà pur sempre possibile richiamare il principio elaborato nel caso della ICJ. Da ciò consegue che, nel caso in cui l'accordo definente la nazionalità della persona giuridica sia ritenuto invalido o comunque viziato dal tribunale²⁴⁴, si possa applicare in via sussidiaria il criterio della *siège sociale*.

1.3 Il contributo della giurisprudenza

Sebbene la Convenzione, a differenza dell'art. 25(1), cerca di dare una disciplina sicuramente più specifica al requisito della “nazionalità”, tralascia inevitabilmente alcune questioni, relative a profili sicuramente particolari ma ciononostante di fondamentale importanza. Fermo restando le possibili difficoltà concernenti la questione del controllo esercitato da soggetti stranieri su una società locale, che meriterà un breve approfondimento giurisprudenziale, non è specificato se sussista la giurisdizione del Centro nel caso in cui sia adito da una persona giuridica formalmente straniera, in quanto costituita secondo le regole di un altro Stato parte, ma che *de facto* è controllata da soggetti aventi la nazionalità dello Stato ospite. L'ulteriore profilo, anch'esso non considerato, è quello relativo al caso in cui un'entità legale formalmente indipendente, ma *de facto* controllata dallo Stato ospite, possa determinare una lesione del diritto degli investitori privati stranieri azionabile innanzi all'ICSID, in forza di tale controllo. Per entrambe queste situazioni, si deve valutare se i tribunali possano superare lo schermo della personalità giuridica, per identificare chi è il soggetto agente dietro di esso, sia esso un investitore o uno Stato, e soprattutto se ci siano dei limiti che oggettivamente predeterminati nella Convenzione. In questa sede, ci concentreremo, dopo una breve disamina dei principi elaborati relativi alle persone fisiche, sulla giurisprudenza rilevante in materia di quelle giuridiche in riferimento alle situazioni descritte, con l'obiettivo di cercare di definire con maggior chiarezza i limiti della giurisdizione del Centro *ratione personae*.

²⁴⁴ Nonché pure da una commissione di conciliazione.

2 La giurisprudenza sulle persone fisiche

In relazione alle persone fisiche non vi sono, allo stato attuale della giurisprudenza, particolari profili problematici. Infatti, la questione giurisdizionale più rilevante che poteva sorgere è quella della doppia cittadinanza, ma, come è già stato visto, la Convenzione, anziché rimandare al principio internazionalistico della “cittadinanza effettiva”²⁴⁵, che sarebbe stato sicuramente foriero di innumerevoli problemi interpretativi, ha escluso *tout court* la competenza dei tribunali in situazioni del genere. L’unico elemento necessario è che l’istante dimostri di avere la nazionalità, ovvero la cittadinanza, di uno Stato parte della Convenzione²⁴⁶. Nel caso di un’istanza proposta innanzi all’ICSID è comunque necessario che il ricorrente non abbia la cittadinanza dello Stato convenuto, seppur, come è stato sostenuto²⁴⁷, non sia in principio rilevante il fatto che esso abbia più cittadinanze riconducibili a Stati diversi da quello convenuto. La giurisprudenza rilevante ha stabilito che il requisito della nazionalità delle persone fisiche deve essere valutato in base alle disposizioni dell’ordinamento interno dello Stato su cui si basa l’istanza²⁴⁸.

3 Il requisito del *foreign control*: profilarsi di una dimensione “oggettiva”

La seconda clausola dell’art 25(2)(b) stabilisce che la giurisdizione del Centro sussiste nel caso in cui un soggetto avente la nazionalità dello Stato ospite sia sottoposto al controllo di un investitore straniero, a condizione che vi sia il consenso delle parti. Questa disposizione ha storicamente generato molteplici problemi di ordine interpretativo, soprattutto nell’ottica di aggirare possibili abusi di tale previsione. La necessità di porre un limite al possibile abuso della

²⁴⁵ Questo principio è riconosciuto dalla principale giurisprudenza delle Corti Internazionali. Si veda: *Nottebohm*, cit.; molteplici decisioni dell’ Iran-US CT, (i.e. *Esphanian v. Bank Tejerat*, 1983, *Islamic Republic of Iran v. USA*, 1984).

²⁴⁶ Ciononostante, alcuni Stati estendono la propria protezione in situazione di *permanent residence*. I.e. BIT Australia-Cina, 1988; BITs conclusi dal Canada con URSS, 1989, Repubblica Ceca, 1990, e Argentina, 1991.

²⁴⁷ Cfr. *Champion Trading v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, 2009.

²⁴⁸ Tale verifica deve comunque essere effettuata dal Tribunale, come è stato stabilito nella decisione finale del caso *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, 2004.

personalità giuridica delle società di capitali in diritto internazionale²⁴⁹ è stata affrontata fin dalla già richiamata decisione del caso *Barcelona Traction*, che si inserisce nello sviluppo della dottrina internazionale del *corporate veil-piercing*²⁵⁰. Infatti, lo schermo giuridico della personalità giuridica che caratterizza le società di capitali potrebbe costituire un mezzo elusivo che consentirebbe a cittadini di costituire società all'estero al fine di adire l'arbitrato internazionale anziché le vie giurisdizionali interne. Per queste ragioni, sono stati adottate interpretazioni stringenti riguardo le modalità con cui deve manifestarsi il consenso delle parti in ipotesi simili. In particolare, il consenso delle parti dovrebbe essere contenuto in un accordo in cui le parti dichiarino che una data società avente la stessa nazionalità dello Stato ospite sia considerata straniera in forza del controllo esercitato da un soggetto straniero²⁵¹, e di cui sia possibile fornire prova di tale accordo²⁵². In base alle prime pronunce, si riteneva che la competenza dei tribunali non potesse sussistere in assenza di un accordo in forma espressa. Tra i casi storicamente più importanti si ricorda inoltre *AMCO v. Indonesia*²⁵³, nella cui decisione sulla competenza il Tribunale ha stabilito che una clausola compromissoria ICSID all'interno di un contratto tra un investitore straniero e lo Stato ospite, o una sua entità, sia sufficiente a desumere il consenso dello Stato a trattare la società locale come straniera²⁵⁴. Una manifestazione *ex ante* del consenso si rinverrebbe in alcuni BIT, in cui gli Stati parte hanno inserito alcune norme specifiche che garantiscono l'accesso alla giurisdizione ICSID da parte di questa categoria di società. Ciò detto, in questa sede si analizzerà il caso

²⁴⁹ Fin dall'inizio del secolo scorso la giurisprudenza nazionale di molteplici ordinamenti ha tentato di mettere un freno a possibili usi distorsivi della personalità giuridica, elaborando questa dottrina. Si veda BLUMBERG, I., "Piercing the veil jurisprudence", *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality*, New York, Oxford University Press, 1993.

²⁵⁰ It is in this context that the process of "lifting the corporate veil" or "disregarding the legal entity" has been found justified and equitable in certain circumstances or for certain purposes. The wealth of practice already accumulated on the subject in municipal law indicates that the veil is lifted, for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as a creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations.", § 56, *ibid.*.

²⁵¹ Si veda la decisione del caso *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and other*, ICSID Case No. ARB/81/2, 1983.

²⁵² Cfr. *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/92/1, 1994.

²⁵³ *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, 1983.

²⁵⁴ Si veda SCHREUER, C. H., *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 174 ss..

limite del c.d. investitore “nazionale”, ovvero di un soggetto, o un gruppo di essi, che costituisce all'estero una società al fine di poter adire il proprio Stato innanzi ad un organismo di risoluzione delle controversie internazionale.

3.1 Il caso limite dell'investitore *de facto* “nazionale”

La mancanza di una disposizione *ad hoc* che disciplini fattispecie in cui il l'investitore è una persona giuridica costituita in uno Stato parte ma controllata da soggetti aventi la nazionalità dello Stato ospite, ha obbligato la giurisprudenza a trovare soluzioni *case by case* per risolvere questa lacuna. Lo schermo giuridico della personalità giuridica che caratterizza le società di capitali potrebbe costituire un mezzo elusivo che consentirebbe a cittadini di costituire società all'estero per la finalità di adire l'arbitrato internazionale anziché le vie giurisdizionali interne. La giurisprudenza è divisa in merito a come affrontare la questione e, soprattutto, se dare comunque un'autonoma rilevanza alle disposizioni dei BITs per trovare una soluzione. Di seguito si esamina due casi le cui decisioni sono state assolutamente divergenti, ma che, ciononostante, una di esse secondo la nostra opinione è più coerente con il dettato convenzionale.

3.2 L'inesistenza di limiti esterni: il caso *Tokeos Tokeles*

Nella decisione sulla competenza presa nel caso *Tokeos Tokeles*²⁵⁵, il Tribunale ha rigettato la possibilità sostenuta dal convenuto, il governo ucraino, di pervenire ad una declaratoria d'incompetenza, non ritenendo ammissibile la possibilità di spezzare lo schermo della personalità giuridica che nasconderebbe dietro di sé cittadini ucraini²⁵⁶.

Le argomentazioni del convenuto erano dirette a dimostrare che la proprietà sia il

²⁵⁵ *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, 2004.

²⁵⁶ Il ricorrente, Tokios Tokeles, aveva creato una società sussidiaria in Ucraina, Tokios Spravy, per condurre attività editoriali. Il procedimento era stato iniziato in quanto l'Ucraina avrebbe leso i diritti di Tokios Spravy, in violazione delle obbligazioni previste dal BIT Lituania-Ucraina, in quanto era stata sanzionata dopo aver pubblicato un libero che rappresentava in modo favorevole un leader dell'opposizione ucraina. Il governo aveva posto un'obiezione sulla competenza del Tribunale, fondata sul fatto che il ricorrente era controllato chiaramente da cittadini ucraini e dunque non poteva considerarsi rispettato il requisito *ratione personae*, detenendo partecipazioni pari al 99 % e i 2/3 dei componenti del CdA.

CdA fossero controllati da cittadini ucraini, e che, soprattutto, il ricorrente non svolgesse le sue attività in Lituania. *A fortiori*, l'istante non poteva avere alcun legame economicamente rilevante con quello Stato²⁵⁷. In ragione di questo, il governo ucraino sosteneva che la creazione della società in Lituania non fosse stato altro che un espediente per adire utilizzare come strumento di risoluzione delle controversie l'arbitrato internazionale, e che dunque, preso atto del testo del trattato, era possibile applicare la dottrina del *corporate veil piercing* essendo, secondo la sua ricostruzione, una diretta espressione della Convenzione²⁵⁸.

Il Tribunale non ha ritenuto ammissibili queste argomentazioni, ed ha seguito un ragionamento molto diverso. Il presupposto da cui partire è che la Convenzione non fissa un sistema per identificare la nazionalità delle persone giuridiche, e preso atto della discrezionalità in materia riconosciuta alle parti²⁵⁹, non si potrà prescindere primariamente da una valutazione del trattato concluso tra gli Stati contraenti²⁶⁰. Il BIT riconosce protezione a “any entity established in the territory of the Republic of Lithuania in conformity with its laws and regulations”²⁶¹. L'ambito di applicazione del trattato *ratione personae* comprende qualsiasi persona giuridica all'unica condizione che essa sia stata costituita secondo le sue leggi e regolamenti. Non essendo richiesto il rispetto di ulteriori condizioni, *i.e.* relative alla nazionalità dell'azionariato di controllo, è stata accolta una versione “pura” del criterio di incorporazione. Ciononostante lo Stato ospite metteva in evidenza che il trattato consentiva di estendere il suo ambito di applicazione soggettivo a tutte quelle persone giuridiche costituite in uno Stato terzo ma sottoposte al controllo di cittadini lituani o altresì aventi in Lituania la loro *siège sociale*²⁶². Con un'argomentazione *a contrario*, esso sosteneva che così come questa disposizione poteva essere utilizzata per estendere l'ambito soggettivo, così poteva essere utilizzata per restringerlo in quanto i criteri del controllo effettivo e della sede sociale, essendo speciali, derogherebbero quello generale dello Stato di incorporazione. Il Tribunale non ha ritenuto fondata questa eccezione in quanto in

²⁵⁷ § 21, cit..

²⁵⁸ § 22, *ibid.*.

²⁵⁹ § 23, *ibid.*.

²⁶⁰ § 24, *ibid.*.

²⁶¹ Art. 1(2)(b), BIT USA-Argentina.

²⁶² Art. 1(2)(c), *ibid.*.

materia si applica il principio *expressius unius est exclusius alterius*. Il sistema di verifica previsto dalle parti non avrebbe l'obiettivo di limitare l'ambito di applicazione del trattato ma bensì di estenderlo:

“The object and purpose of the Treaty are also reflected in the Treaty text. Article 1, which sets forth the scope of the BIT, defines “investor” as “any entity” established in Lithuania or Ukraine as well as “any entity” established in third countries that is controlled by nationals of or by entities having their seat in Lithuania or Ukraine. Thus, the Respondent’s request to restrict the scope of covered investors through a control-test would be inconsistent with the object and purpose of the Treaty, which is to provide broad protection of investors and their investments.”²⁶³

Per questi motivi, la tesi del convenuto non poteva essere accolta. Nemmeno è stata ritenuta ammissibile l'eccezione fondata sul fatto che le attività economiche complessive sarebbero svolte prevalentemente in Ucraina anziché in Lituania. Il governo ucraino nelle sue memorie difensive aveva citato innumerevoli BITs che davano rilevanza specifica a questo criterio al fine di determinare la nazionalità di una persona giuridica²⁶⁴. Il Tribunale al riguardo ha stabilito che:

“The Ukraine-Lithuania BIT, by contrast, includes no such “denial of benefits” provision with respect to entities controlled by third-country nationals or by nationals of the denying party. We regard the absence of such a provision as a deliberate choice of the Contracting Parties. In our view, it is not for tribunals to impose limits on the scope of BITs not found in the text, much less limits nowhere evident from the negotiating history. An international tribunal of defined jurisdiction should not reach out to exercise a jurisdiction

²⁶³ § 32, cit..

²⁶⁴ *I.e.* al § 35, *ibid.*, si fa riferimento al BIT USA-Argentina che prevede all'art. 1(2) “[e]ach Party reserves the right to deny to any company of the other Party the advantages of this Treaty if (a) nationals of any third country, or nationals of such Party, control such company and the company has no substantial business activities in the territory of the other Party....”.

beyond the borders of the definition. But equally an international tribunal should exercise, and indeed is bound to exercise, the measure of jurisdiction with which it is endowed.”²⁶⁵

Il tentativo di richiamare una prassi seguita da alcuni BITs non può modificare i confini della giurisdizione andando contro la volontà degli Stati parte. Nel BIT rilevante nel caso di specie, Lituania e Ucraina avrebbero potuto riconoscere questi criteri speciali per derogare alla regola generale del luogo di incorporazione, in ossequio alla dottrina del *corporate veil piercing*, ma non l'hanno fatto. Considerando, come già detto, che la Convenzione assicura la massima libertà alle parti di definire queste situazioni, interpretare il silenzio delle parti in tal senso determinerebbe una violazione della loro discrezionalità, nonché un abuso dei poteri del tribunale.

Nell'esame di questo caso, si è potuto constatare come il Tribunale si sia concentrato esclusivamente sulla volontà delle parti, non considerando gli eventuali limiti immanenti alla Convenzione che impedirebbero di utilizzare lo schermo della persona giuridica per superare il divieto ex art. 25(2).

3.3 Il riconoscimento di limiti esterni: il caso TSA

Nella decisione relativa al caso *TSA*²⁶⁶, il Tribunale riconosce l'insussistenza della propria competenza nel dirimere la controversia, sorta tra il ricorrente, società olandese ma di proprietà argentina, e il governo argentino²⁶⁷. Ribaltando la decisione del caso precedentemente analizzato, riconosce l'esistenza di limiti oggettivamente predeterminati nel sistema che impedirebbero la possibilità di eludere il summenzionato divieto mediante lo schermo della personalità giuridica.

²⁶⁵ § 36, *ibid.*

²⁶⁶ *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, 2008.

²⁶⁷ TSA, società argentina, è una filiale di TSI Spectrum International N.V., società costituita nei Paesi Bassi. TSA si aggiudica un contratto per la fornitura di servizi radio per conto di una stazione appaltante argentina. Il governo argentino rescinde unilateralmente il contratto lamentando una violazione da parte di TSA degli obblighi di informazioni nonché per un indebito arricchimento conseguito nel corso dell'esecuzione dello stesso. Dopo aver tentato invano di risolvere la questione per vie extra-giudiziali, TSA decideva infine di ricorrere all'Arbitrato ICSID.

Tralasciando le argomentazioni delle parti²⁶⁸, si deve considerare direttamente il contenuto delle analisi svolte dal Tribunale. In apertura, esso mette in evidenza quale sia lo scopo del Centro assegnatogli dalla Convenzione, ovvero “the settlement of investment disputes between States and nationals of other States”²⁶⁹. Il divieto di dirimere controversie interne, non discenderebbe pertanto esclusivamente dall’art. 25, essendo un principio fondamentale su cui si regge l’architettura dell’intero sistema. Dopo questa precisazione, il Tribunale analizza la differenza tra le due clausole dell’art. 25(2)(b)²⁷⁰. La prima si rifa ad un criterio legale formale, quello della nazionalità, la seconda ad un criterio materiale, ovvero quello del controllo straniero, che implica *ex se* la necessità di andare a vedere oltre cosa c’è dietro la persona giuridica²⁷¹. Conseguentemente le parti della controversia, una volta fatto riferimento a quest’ultimo criterio, rimarrebbero vincolati alle sue regole a cui non sarebbe possibile ammettere eccezioni²⁷². Il “controllo straniero” non potrebbe risolversi in un mero criterio formalistico, non potendosi accogliere il *reasoning* di altre decisioni secondo cui si dovrebbe avere riguardo esclusivamente alla nazionalità formalmente individuata²⁷³. Ma nella decisione in esame, si è aggiunto un ulteriore passaggio:

“The situation is different, however, when it comes to the second clause of Article 25(2)(b) of the Convention. Here, the text itself allows the parties to agree to lift the corporate veil, but only “because of foreign control”, which justifies, but at the same time conditions, this exception. Although the

²⁶⁸ Le argomentazioni della difesa tengono a contrapporre in modo netto i fatti relativi al caso di specie con quelli di *Tokeos Tokeles*, facendo notare in particolare come TSA avrebbe occultato i reali proprietari di TSI, che sarebbe un mero “veicolo” di un investitore argentino, per cui il requisito del controllo straniero non sarebbe stato rispettato.. Il ricorrente sosteneva, invece, che, essendo stati rispettati sia i requisiti previsti dalla Convenzione, sia dal BIT e dal relativo protocollo aggiuntivo, TSA era sottoposta ad un controllo straniero e che quindi la controversia rientrava nella giurisdizione del Centro.

²⁶⁹ “Once the Parties have agreed to the use of the latter criterion for juridical persons having the nationality of the host State, they are bound by this criterion as a condition for ICSID jurisdiction and cannot extend that jurisdiction by other agreements.”, § 137, cit..

²⁷⁰ Cfr. par. 1, *supra*.

²⁷¹ “A significant difference between the two clauses of Article 25(2)(b) is that the first uses a formal legal criterion, that of nationality, whilst the second uses a material or objective criterion, that of “foreign control” in order to pierce the corporate veil and reach for the reality behind the cover of nationality”, §140, cit.

²⁷² § 141, *ibid.*.

²⁷³ § 145-146, *ibid.*.

text refers to juridical persons holding the nationality of the host State that the parties have agreed should be treated as nationals of another contracting State “because of foreign control”, the existence and materiality of this foreign control have to be objectively proven in order for them to establish ICSID jurisdiction by their agreement.”²⁷⁴

Secondo il Tribunale, non solo esisterebbero limiti esterni immanenti alla Convenzione che non possono essere superati con il consenso, ma altresì sarebbe previsto l’obbligo, nella seconda fattispecie prevista dall’art. 25(2)(b), in capo al consiglio giudicante di andare sempre oltre allo schermo della persona giuridica per verificare l’effettiva nazionalità del soggetto controllante.²⁷⁵ Tale obbligo poggerrebbe su un principio oggettivo che troverebbe ragione nella *ratio* dell’espressione “because of foreign control”, che imporrebbe di verificare l’effettività e la natura del soggetto straniero, a maggior ragione se vi è il sospetto che esso sia in realtà una mera maschera di un investitore avente la medesima nazionalità dello Stato ospite²⁷⁶. E’ interessante analizzare la relazione tra Convenzione e Trattato sul punto. Nel caso di specie, in base alle disposizioni del BIT Paesi Bassi-Argentina parrebbe *prima facie* sussistere la giurisdizione del Centro, in base alla definizione, generalissima, data dagli Stati contraenti di *foreign control*²⁷⁷. Ciononostante, in base alla ricostruzione operata dal Tribunale le disposizioni del Trattato di riferimento, quali espressioni del consenso delle parti, sono necessariamente subordinata alle disposizioni convenzionali, situate al vertice del sistema. In particolare, si specifica che “the provisions of the BIT cannot provide ICSID jurisdiction unless the conditions of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention are satisfied”²⁷⁸. Nella conclusione della trattazione della questione giurisdizionale, è esclusa pertanto la sussistenza della competenza

²⁷⁴ § 147, *ibid.*.

²⁷⁵ *De facto* riconoscendo i principi elaborati dalla dottrina del *coporate veil piercing*.

²⁷⁶ “The reasons for piercing of the corporate veil up to the real source of control is *a fortiori* more compelling under the second clause of Article 25(2)(b) when ultimate control is alleged to be in the hands of nationals of the host State, whose formal nationality is also that of the Claimant corporation...”, § 153, *ibid.*.

²⁷⁷ Art. 1(B)(iii) BIT Paesi Bassi-Argentina, 1992: “the term “investor” shall comprise with regard to either Contracting Party: ... iii) legal persons, wherever located, controlled, directly or indirectly, by nationals of that Contracting Party.”

²⁷⁸ § 156, *cit.*.

ratione personae poiché il controllo effettivo è riconducibile a cittadini aventi la nazionalità argentina²⁷⁹.

E' evidente quanto le argomentazioni poste alla base di questa decisione divergano da quelle del caso *Tokios Tokeles*. Un'interpretazione conforme alla volontà degli Stati confluita nella Convenzione impone di prendere atto delle caratteristiche materiali intorno alla nozione di controllo straniero, che non può essere superata dal consenso delle parti.

3.4 I due modelli a confronto

Si è potuto osservare come i tribunali abbiano raggiunto conclusioni antitetiche nelle due decisioni esaminate. La prima deriva da un orientamento molto importante tra gli arbitri, teso a riconoscere il massimo margine di flessibilità alle parti e in base al quale rimarrebbero libere di definire concretamente la terminologia convenzionale. La seconda, invece, privilegia un'interpretazione in chiave sostanziale della previsione convenzionale, che imporrebbe di rompere il *corporate veil*. Si ritiene che per la risoluzione di casi simili sia preferibile questo secondo orientamento, poiché non riconoscere l'obbligo da parte dei collegi di controllare l'effettività del controllo straniero, comporta un grande rischio, ovvero quello che la giurisdizione si estenda a controversie *de facto* interne. Si deve ricordare, come correttamente messo in evidenza nella decisione *TSA*, che l'ICSID è un sistema per la risoluzioni per le controversie internazionali, come suggerito dal nome stesso, dove il carattere dell'internazionalità di presenta come principio costitutivo fondamentale. Un mero controllo formale della nazionalità della persona giuridica non consentirebbe di rispettare il divieto di esclusione di controversie domestiche, poiché non consentirebbe di verificare quantomeno che non ci sia un soggetto avente la stessa nazionalità dello Stato ospite. Non riconoscere questo obbligo di verifica in capo agli arbitri avrebbe come inevitabile

²⁷⁹ “The only conclusion that can be drawn from the information and evidence available to the Tribunal is thus that the ultimate owner of TSA on and around the date of consent was the Argentinian citizen Mr. Jorge Justo Neuss. It therefore follows that, whatever interpretation is given to the BIT between Argentina and the Netherlands, including the Protocol to the BIT, TSA cannot be treated, for the purposes of Article 25(2)(b) of the ICSID Convention, as a national of the Netherlands because of absence of “foreign control” and that the Arbitral Tribunal therefore lacks jurisdiction to examine TSA’s claims”, *ibid.*.

conseguenza quella di frustrare questo principio, rendendo possibile ogni genere di abuso in quanto agli investitori locali basterebbe dotarsi di una “società veicolo” per poter accedere alla giurisdizione ICSID. Deve ritenersi che in relazione a questa tipologia di fattispecie non si possa negare l’obbligatorietà da parte dei tribunali di verificare quali siano gli effettivi soggetti agenti dietro allo schermo della personalità giuridica, in quanto è l’unico modo per assicurare che soltanto dispute internazionali rientrino nella giurisdizione effettiva del Centro.

4 La responsabilità dello Stato per la condotta degli enti da esso controllati

L’ulteriore questione che non è disciplinata, o altresì menzionata, dalla Convenzione è quella relativa alla possibile responsabilità dello Stato ospite per le azioni poste in essere da enti, formalmente indipendenti ma da esso controllati.

Avendo ad oggetto l’arbitrato ICSID l’accertamento di violazioni delle disposizioni di trattati internazionali, da parte dello Stato ospite a danno dell’investitore privato straniero, per ricostruire la responsabilità dello Stato per la condotta dei suoi enti si deve necessariamente far riferimento alle norme di diritto internazionale pubblico. Com’è noto, l’*International Law Commission* (“ILC”) ha elaborato i “Draft Articles of States for Internationally Wrongful Acts” (“Articoli ILC”)²⁸⁰, raccogliente le norme di diritto internazionale consuetudinario in materia, il cui art. 5, in aggiunta alla previsione dell’art. 4 riferita agli organi, prevede espressamente l’ipotesi della responsabilità statale per la condotta di enti, non qualificabili come organi, ma la cui attività ciononostante si caratterizza per l’esercizio di poteri pubblici²⁸¹. Il testo degli Articoli ILC fa riferimento al termine, estremamente generico, di entità. Si fa riferimento a società di capitali pubbliche, semi-pubbliche, agenzie, fondazioni, nonché particolari società

²⁸⁰ Testo adottato dalla Commissione nella sua cinquantacinquesima sessione, nel 2001, e sottoposto all’approvazione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite come parte del report della Commissione inerente al lavoro di quella sessione.

²⁸¹ L’art. 5 prevede: “The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance”.

private²⁸², a cui le leggi dello Stato riconoscono alcune funzioni di rilevanza pubblica²⁸³. Come è possibile rilevare nel commentario allegato agli Articoli ILC, non esiste una definizione di potere sovrano in materia, poiché si tratta di un concetto mutevole e dipendente dal tipo di ordinamento giuridico in cui una data entità è costituita²⁸⁴. L'art. 8 si presenta ancor più interessante, in ragione del fatto che consente di estendere la responsabilità dello Stato per la condotta di tutti quei soggetti che agiscono sotto la sua direzione²⁸⁵. In diritto internazionale pubblico, ma anche privato, l'analisi di questi particolari profili sta diventando sempre più importante, attesa la sempre maggiore decentralizzazione delle funzioni pubbliche degli Stati verso questa categoria atipica di soggetti²⁸⁶.

La giurisprudenza dei tribunali ICSID ha solo di recente affrontato questo particolare profilo di responsabilità dello Stato e si prevede che saranno sempre più frequenti. Pertanto, è di fondamentale importanza analizzare le soluzioni adottate dai tribunali per valutare l'estensione della giurisdizione in relazione a queste fattispecie. Mediante la breve presentazione di tre *case studies*, si cercherà di valutare nello specifico su quali enti sia si possa estendere la giurisdizione ICSID e in ragione di quale base giuridica.

²⁸² *I.e.* sono stati attribuiti a soggetti privati poteri pubblici nei settori del welfare, del trasporto aereo e delle prigioni. Per approfondire, HART, J. A., PRAKASH, A., "Delegating public responsibilities to the private sector", *Globalization and Governance*, London, Routledge, 2000, p. 272 ss..

²⁸³ L'esistenza di una legge, o quantomeno di un atto avente forza di legge, dello Stato è una circostanza che deve essere provata per poter collegare la condotta dell'entità a quest'ultimo.

²⁸⁴ CRAWFORD, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 100-102.

²⁸⁵ L'art. 8 prevede: "The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct".

²⁸⁶ E' interessante notare come tradizionalmente la prassi arbitrale abbia fatto emergere esclusivamente una responsabilità privatistica da parte dell'ente statale, applicando i metodi propri del Diritto Internazionale Privato. In questi casi, la responsabilità dello Stato rileva in via indiretta come *culpa in vigilando* o altresì nel caso in cui esso sia garante o successore dell'ente. Per approfondire, ROMERO, E. S., *Are States Liable for the Conduct of their Instrumentalities?*, in *State Entities in International Arbitration, IAI Series on International Arbitration No. 4*, a cura di E.GAILLARD, E., YOUNAN, J., Huntington, Juris Publishing, 2008.

4.1 Il caso *Toto Costruzioni*

Nella decisione sulla competenza del caso *Toto Costruzioni*²⁸⁷ il Tribunale ha dovuto risolvere la questione dell'imputabilità diretta in capo dello Stato delle attività poste in essere da entità giuridicamente distinte ma da esso controllate. Nel caso di specie, l'istante, un'impresa di costruzioni italiana, sarebbe stato danneggiato dalla condotta di due entità con cui aveva stipulato il contratto, Conseil Exécutif des Grands Projets ("CEGP") e il successore Council for Development and Reconstruction ("CDR"), sotto il controllo dello Stato ospite, il Libano²⁸⁸.

Escludendo che queste entità possano essere definite come organi dello Stato, poiché questo status non trova riconoscimento nella normativa nazionale libanese²⁸⁹, il Tribunale deve verificare se, nel caso di specie, vi sia stata quella delega di "functions of governmental authority" prevista dal summenzionato art. 5 degli Articoli ILC". Le parti, come era logico attendersi, hanno presentato argomentazioni molto diverse sul punto. L'istante, nelle sue memorie difensiva, ha messo in evidenza che gli enti in questione fossero sotto il controllo esclusivo del Libano e quindi che sussistesse la responsabilità di quest'ultimo. In particolare, CEGP e CDR, i cui vertici, Consiglio di Amministrazione e Amministratore Delegato, erano di nomina statale, ricevevano finanziamenti dall'erario e sottoponevano i progetti infrastrutturali all'approvazione del governo²⁹⁰. Il convenuto, invece, ha sostenuto che le due entità, godendo di autonomia finanziaria ed amministrativa, non potevano in alcun modo essere messe in

²⁸⁷ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, 2009.

²⁸⁸ Nel dicembre del 1997, l'istante, Toto Costruzioni S.p.A., società di costruzioni italiana, concludevano con CEGP a cui in seguito è succeduto CDR, enti controllati dal Libano, un contratto per la costruzione di un'autostrada per collegare Beirut e Damasco. Il contratto conteneva una clausola indicante la giurisdizione libanese come quella competente a risolvere eventuali controversie. L'istante dichiarava che i due enti creavano numerosi problemi nel corso della realizzazione dell'opera, causando innumerevoli danni materiali alla stessa e compromettendo *de facto* l'investimento in Libano. La società iniziava il procedimento innanzi alle corti libanesi secondo quanto previsto dal contratto e allo stesso tempo iniziava un procedimento arbitrale basandosi sul BIT esistenza tra Italia e Libano. Il Tribunale si è riconosciuto parzialmente competente su alcune delle richieste presentate dalla società italiana.

²⁸⁹ Al § 45, cit., si richiama direttamente l'art. 4.2 progetto di articoli dell'ILC il quale stabilisce che "[a]n organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State".

²⁹⁰ § 48-50, *ibid.*.

relazione con lo Stato nel caso di specie, poiché il contratto faceva esclusivamente riferimento ad esse e non al Libano²⁹¹.

Il Tribunale ha analizzato separatamente, in modo dettagliato, entrambi gli enti ricostruendo il loro legame con lo Stato. In riferimento a CEGP, si tratta di un ente, dipendente dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, creato appositamente per studiare e realizzare i progetti indicatigli dal Governo. Nonostante fosse un ente giuridicamente distinto dallo Stato, era sottoposto al controllo del Governo, del Ministero e del comitato di controllo²⁹². In base a questi elementi, CEGP poteva essere qualificato come un *établissement public administratif*, ovvero una *personne morale de droit public* a cui lo Stato aveva affidato dei poteri pubblici in materia di appalti e, nella fattispecie, in base ad essi aveva concluso il contratto con la società italiana²⁹³. Per quanto concerne CDR, si tratta di un ente che, con legge statale, è succeduto a tutte i diritti e le obbligazioni di CEGP, che si è estinto. In particolare, il Tribunale ha rilevato che, come successore universale, è succeduto pure nei rapporti contrattuali in materia di appalti infrastrutturali, compreso quello con l'istante²⁹⁴. Nonostante, come il precedente, sia un ente giuridicamente e finanziariamente indipendente dallo Stato, gli sono stati trasferiti poteri pubblici da parte dello Stato²⁹⁵. Il Consiglio Arbitrale ha preso come riferimento i servizi di assistenza erogati direttamente al Governo in materia di appalti infrastrutturali così come disciplinata dall'atto istitutivo dell'ente. CDR ha un ruolo fondamentale nel processo decisionale in materia:

“The CDR implements all the projects entrusted to it by the Council of Ministers in the field of reconstruction and development, in areas stricken by war or natural disasters, and areas posing a threat to public health and safety. Through adjudication, solicitation of proposals or mutual agreement, it designates the public authority, public entity, municipality,

²⁹¹ § 50, *ibid.*.

²⁹² § 51, *ibid.*.

²⁹³ § 52-53, *ibid.*.

²⁹⁴ § 54, *ibid.*.

²⁹⁵ *I.e.* alcuni poteri spettanti in principio al Ministero della Pianificazione, § 56, *ibid.*.

mixed company, or private company which will perform the project. It represents all the public authorities and municipalities in their expropriation prerogatives: it carries out expropriations on behalf of all public authorities and municipalities. It controls all the projects included in the general plan, the projects established by it and the projects entrusted to it by the Council of Ministers. The funds allocated to the performance of the projects included in the plans approved by the Council of Ministers are provided for in the State budget.”²⁹⁶

All'ente sono stati riconosciuti compiti fondamentali per quanto riguarda la programmazione dei progetti, il loro finanziamento con fondi statali nonché la conduzione di procedure espropriative, compiti che sono l'espressione di quel trasferimento di “functions of governmental authority” a cui fa riferimento il summenzionato art. 5 degli Articoli ILC. In particolare si segnala che il potere di procedere ad espropriazione per conto di autorità pubbliche, previsto dall'atto istitutivo dell'ente, costituisce l'elemento che più di tutti gli altri è espressione della delega di funzioni, essendo la procedura espropriativa definibile come “un istituto che attribuisce la potestà di sacrificare diritti reali nel pubblico interesse”²⁹⁷, che deve *a fortiori* seguire procedure definite dalle normative nazionali²⁹⁸.

²⁹⁶ § 57-59, *ibid.*

²⁹⁷ Com'è noto, il diritto internazionale degli investimenti, come il diritto dell'UE e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (“CEDU”), riconoscono espressamente la necessità che le espropriazioni debbano essere condotte per motivi di pubblica utilità nel quadro normativo dello Stato adotta il provvedimento, essendo *a fortiori* escluso che la gestione di procedure simili possa essere qualificata come privatistica. I principali BITs affermano indirettamente questo principio che ormai farebbe parte del diritto internazionale consuetudinario. A livello europeo trova espresso riconoscimento nella *European Human Rights Charter* (“EHRC”) che prevede espressamente all'art. 17 che “No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law... The use of property may be regulated by law in so far as is necessary for the general interest”, nonché nell'art. 1 Prot. 1 della CEDU in quanto “no one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law”. Per approfondire gli aspetti comparatistici sul punto, PERKAMS, M., *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark*, in *International Investment Law and Comparative Public Law*, a cura di SCHILL, S. W., Oxford, Oxford University Press, 2010.

²⁹⁸ Definizione di “Espropriazione per pubblica autorità, *Treccani.it - L'Enciclopedia Italiana*, Treccani.

In base a questi rilievi, gli atti posti in essere da entrambi gli enti, sia CEGP sia CDR, sarebbero espressione del potere pubblico dello Stato ospite e quindi sussiste la responsabilità diretta del Libano. Integrandosi la fattispecie prevista dall'art. 5 degli Articoli ILC, queste entità essi hanno potuto stipulare un contratto per la realizzazione di un'infrastruttura in forza dell'autorità conferitagli direttamente dal Governo tramite atti aventi forza di legge. Risolvendo positivamente la questione giurisdizionale, il Tribunale ha ritenuto che l'affidamento delle procedure per la realizzazione di opere pubbliche comporta un trasferimento di poteri sovrani e, pertanto, che lo Stato sia direttamente responsabile in conformità con le regole del diritto internazionale.

4.2 Il caso *Bosh*

Nella decisione finale del caso *Bosh*²⁹⁹, il Tribunale, si è confrontato con una questione nuova non solo per il diritto internazionale degli investimenti, ma per il diritto internazionale *tout court*. Prima di questo procedimento, non si era mai indagato se uno Stato potesse essere considerato responsabile per l'attività di un'università nel corso dello svolgimento dei suoi rapporti privatistici. E' necessaria una breve premessa prima di analizzare il caso di specie. Le università³⁰⁰ sono istituzioni accademiche che fin dalla loro nascita si sono contraddistinte per la loro sostanziale indipendenza rispetto al potere sovrano e il cui principio di autonomia trova riconoscimento nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei, a prescindere se esse siano pubbliche o private³⁰¹. Per

²⁹⁹ *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, 2012.

³⁰⁰ *I.e.* L'*Alma Mater Studiorum* di Bologna è stata fondata nel 1088 d.C. su iniziativa di un privato, il giurista Irnerio, potendo godere fin dall'inizio di autonomia organizzativa e finanziaria. Altre università, come quelle di Parigi e di Napoli, sono nate su iniziativa del Sovrano, ma l'intervento di quest'ultimo si è generalmente limitato all'atto di fondazione, senza comprometterne l'autonomia.

³⁰¹ *I.e.* in Italia il principio è sancito al VI comma all'Art 33 della sua Costituzione del 1947, applicandosi alle università pubbliche: "Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato". Negli Stati Uniti, essa sarebbe prevista *obiter dictum* nella libertà di parola riconosciuta nella Costituzione, e definita dallo "Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure" dell'*American Association of University Professors*: "Institutions of higher education are conducted for the common good and not to further the interest of either the individual teacher or the institution as a whole. The common good depends upon the free search for truth and its free exposition. Academic freedom is essential to these purposes and applies to both teaching and research". Altri

questo motivo, a differenza del caso precedente in cui è relativamente facile dimostrare che la gestione *tout court* di opere pubbliche comporti un trasferimento di un potere pubblico in capo all'ente responsabile, lo stesso non si può certamente dire in riferimento all'attività educativa espletata dalle istituzioni universitarie, essendo sicuramente più complesso dimostrare la delega di *governmental functions* secondo quanto previsto dall'art. 5 degli Articoli ILC. Nel caso di specie, gli istanti, Bosh International, Inc e B&P Ltd Foreign Investments Enterprise, avevano avviato una procedura arbitrale ICSID contro l'Ucraina, attribuendo a quest'ultima la responsabilità per la risoluzione anticipata del contratto da parte di un'università di Kiev per la realizzazione e gestione di alcune opere infrastrutturali³⁰².

Nella decisione finale, il Tribunale, prima di presentare le sue analisi sulla questione, ha riassunto le argomentazioni delle parti. Gli istanti, sostenevano che la condotta dell'università fosse riconducibile allo Stato, secondo quanto previsto dal già richiamato art. 5, ed hanno riportato una serie di ragioni a sostegno di questa tesi. Innanzitutto, essi hanno puntualizzato che l'istituto universitario della fattispecie è un "State budget entity that receives funding from the national government and whose rector is appointed by the President of Ukraine and holds the rank of minister"³⁰³, in particolare l'Ucraina avrebbe delegato all'istituto il controllo sulla proprietà statale al fine di gestire le strutture in principio statali e si sarebbe riservata i suddetti poteri di nomina nonché poteri di controllo sul corretto

ordinamenti la disciplinano organicamente con legge ordinaria, come quello francese che la regola con la "Loi relative aux libertés et responsabilités des universités".

³⁰² I ricorrenti, Bosh International, Inc e B&P Ltd Foreign Investments Enterprise sono due società costituite negli Stati Uniti d'America, legati da rapporti di azionariato in quanto la prima possiede la quasi totalità delle azioni della seconda. Esse costituivano una joint-venture e stipulavano con l'Università Tara Schevchenko di Kiev un contratto per la costruzione e successiva gestione di un complesso di hotel, nel 2003. Negli anni successivi un'inchiesta universitaria e una ministeriale rivelavano irregolarità nella gestione del complesso, *i.e.* una struttura che avrebbe dovuto essere adibita ad attività educative era utilizzata per seminari d'affari. L'ultima inchiesta suggeriva all'università di recedere dal contratto per queste ripetute violazioni. In seguito l'istituzione universitaria iniziava una serie di procedimenti innanzi alle corti interne, che inizialmente si erano conclusi con il rigetto delle richieste dell'attore, ma che infine accoglievano il ricorso e scioglievano con sentenza il rapporto contrattuale. Per ottenere il risarcimento per la cessazione anticipata del contratto, le due società decidevano di inoltrare una richiesta di arbitrato all'ICSID contro l'Ucraina, ritenendo che le azioni dell'Università fossero direttamente riconducibili allo Stato.

³⁰³ Memoria degli istanti, richiamata nella decisione, § 148, cit..

svolgimento delle finalità della stessa³⁰⁴. Inoltre, gli istanti fornivano una tesi alternativa, ovvero che l'università potesse essere considerata come una "State enterprise" ai sensi del Trattato di riferimento³⁰⁵, essendo l'educazione una prerogativa statale così come previsto dalla normativa nazionale ucraina³⁰⁶. Il convenuto nelle sue memoria difensive sosteneva che la condotta dell'istituto universitario non potesse essere attribuita allo Stato, in quanto esso è "a separate and autonomous juridical entity which is not a party to the ICSID arbitration"³⁰⁷. All'università non sono mai state delegate le *governmental functions* con atti aventi forza di legge da parte dell'Ucraina e, conseguentemente, essa nel caso di specie avrebbe posto in essere un mero rapporto contrattuale privatistico, in alcun modo imputabile all'esercizio di poteri sovrani³⁰⁸. Né tantomeno essa ha esercitato poteri sovrani per sciogliersi dai vincoli contrattuali, in quanto il recesso è stato dichiarato legittimo da una sentenza resa dalle corti interne³⁰⁹.

La determinazione del Tribunale si è aperta facendo direttamente riferimento al più volte richiamato art. 5 degli Articoli ILC, che costituisce il punto di partenza delle sue analisi. Esso, rifacendosi alle ricostruzioni del convenuto, ritiene che la summenzionata disposizione contenga un *two-fold test*, e che dunque, affinché sussista la responsabilità dello Stato, sia dimostrato che (I) vi sia un atto avente forza di legge che deleghi un potere sovrano, (II) la condotta oggetto della controversia sia riconducibile all'esercizio di siffatto potere³¹⁰. In riferimento alla prima condizione, il Tribunale ha dovuto individuare innanzitutto quale sia l'atto

³⁰⁴ § 154, *ibid.*

³⁰⁵ L'argomentazione si fonda sul combinato disposto di due articoli del BIT USA-Ucraina del 1996. Infatti, l'art. 1(I)(f) prevede che "an enterprise owned, or controlled through ownership interests, by a Party", pertanto essendo di proprietà statale l'università sarebbe suscettibile di rientrare nella definizione, e in via sequenziale lo Stato risponderrebbe delle sue obbligazioni secondo quanto previsto dall'art. 2(II)(b), "Each Party shall ensure that any State enterprise that it maintains or establishes acts in a manner that is not inconsistent with the Party's obligations under this Treaty wherever such enterprise exercises any regulatory, administrative or other governmental authority that the Party has delegated to it, such as the power to expropriate, grant licenses, approve commercial transactions, or impose quotas, fees or other charges".

³⁰⁶ § 157, *cit.*

³⁰⁷ Memoria difensiva del convenuto, richiamata nella decisione al § 158, *ibid.*

³⁰⁸ §160-161, *ibid.*

³⁰⁹ § 162, *ibid.*

³¹⁰ "As for the question of attribution under Article 5 of the ILC Articles, the Tribunal agrees with the Respondent that in order for the University's conduct to be attributable to Ukraine, it must be established both that: (1) the University is empowered by the law of Ukraine to exercise elements of governmental authority; and (2) the conduct of the University relates to the exercise of that governmental authority", § 164, *ibid.*

che disciplini l'istituto universitario e conseguentemente verificare se esso preveda la suindicata delega. Lo status di ente autonomo dell'università è riconosciuto con decreto presidenziale, a sua volta ripreso dallo statuto universitario³¹¹ che la definisce come “a legal entity, have separate property, be able to gain property and personal non-property rights and have obligations in its own name and can be a claimant and respondent in court ... shall have its own balance sheet, emblem, flag”³¹² e la disciplina dei suoi poteri organizzativi è contenuta nella “Law on Higher Education”³¹³. A fronte di quest'ampia autonomia organizzativa³¹⁴, tuttavia il Tribunale mette pure in evidenza come essa non sia adeguatamente accompagnata da quella finanziaria, essendo l'ente finanziato prevalentemente con fondi statali³¹⁵. Dopo questi rilievi preliminari, il Tribunale ha ritenuto che la prima condizione si possa considerare rispettata:

“Nonetheless, the Tribunal considers that the University remains an entity that is empowered by the law of Ukraine to exercise elements of governmental authority. In this regard, it is of no moment that the University has a large degree of autonomy, as the ILC commentary to Article 5 states, that provision also covers ‘autonomous institutions as exercise public functions of a legislative or administrative character.’”

³¹⁶

Le attività di carattere educativo e di gestione della proprietà sono rimesse all'autonomia statutaria dell'università, ma pur sempre in ragione di atti aventi forza di legge che delegano *governmental functions* in questi ambiti. Il riconoscimento di tali prerogative è predeterminato *ex ante* dallo Stato, il quale le riconosce in capo all'ente mediante norme-quadro e, *a fortiori*, non potrebbero

³¹¹ § 166-167, *ibid.*.

³¹² Art. 2, Charter 2009. Lo statuto universitario riconosce pure all'art. 6 il potere dell'istituto di gestire affari ed utilizzare la proprietà per perseguire le attività accademiche riconosciute dalla legge.

³¹³ Come riportato al § 168, *ibid.*, questa legge riconosce all'università ampia autonomia in relazione all'organizzazione dei percorsi educativi e delle facoltà, in materia di risorse umane, nonché il potere di creare e gestire campus sulle proprietà statali.

³¹⁴ Rafforzata pure dal fatto che il rettore sia sottoposto a partire dal 2009 solo ad un'approvazione formale da parte del Governo in quanto eletto direttamente dai dipendenti dell'istituto, § 170, *ibid.*.

³¹⁵ § 169, *ibid.*.

³¹⁶ § 170, *ibid.*.

sussistere in assenza di disposizioni specifiche. Per quanto concerne la seconda condizione, il Consiglio Arbitrale, facendo riferimento al già richiamato commentario allegato agli Articoli ILC³¹⁷, ritiene che il potere delegato debba essere esercitato da parte dell'ente in relazione ad attività pubbliche e non nel contesto di negozi privato o operazioni commerciali *sui generis*. Ciò premesso, il Tribunale ha ritenuto che³¹⁸:

“The University’s decision to enter into and subsequently terminate the 2003 Contract with B&P did not relate to the exercise of the University’s governmental authority, but by reference to the nature and purpose of the 2003 Contract... was a private or commercial activity which was aimed to secure commercial benefits for both parties.”

Nel caso di specie, pertanto, la seconda condizione non è stata rispettata e non può sussistere la responsabilità dello Stato, poiché la stipulazione del contratto tra le parti era un mero accordo privatistico, diretto a produrre benefici di carattere commerciale, e che non implicava in alcun modo l'utilizzo di un potere sovrano delegato. Inoltre, il Tribunale ha escluso la responsabilità dell'Ucraina secondo la tesi alternativa presentata dagli istanti, ovvero che lo Stato sarebbe, in ogni caso, responsabile per la condotta di una “State enterprise”. A prescindere dal fatto che l'istituto potrebbe anche essere qualificato come un'impresa statale, essendo un ente con personalità giuridica distinta da quella dello Stato³¹⁹, le disposizioni del BIT non prevedono un'assunzione di responsabilità *ex ante* ed illimitata da parte del convenuto per qualsiasi condotta posta in essere da questa categoria di soggetti, ma bensì limitatamente per quelle riconducibili all'esercizio di poteri delegati³²⁰. L'estensione degli effetti delle obbligazioni nascenti dal contratto è

³¹⁷ “If it is to be regarded as an act of the State for purposes of international responsibility, the conduct of an entity must accordingly concern governmental activity and not other private or commercial activity in which the entity may engage. Thus, for example, the conduct of a railway company to which certain police powers have been granted will be regarded as an act of the State under international law if it concerns the exercise of those powers, but not if it concerns other activities (e.g. the sale of tickets or the purchase of rolling stock.)”, p. 205, cit..

³¹⁸ § 177, cit..

³¹⁹ Condizione rispettata ai sensi degli art. I(1)(f), art. II(2)(b), richiamati nella memoria degli istanti.

³²⁰ “The Tribunal does not agree with the Claimants that the effect of Article II(2)(b) is to render the conduct of the University attributable to Ukraine. Rather, it imposes a positive obligation on

limitata esclusivamente alle parti che vi hanno partecipato, poiché l'università ha agito per finalità commerciali, nel pieno esercizio della propria autonomia privata, e non per espletare quelle *governmental functions* delegategli dallo Stato. In conclusione, il Tribunale non ha ritenuto che, nel caso di specie, la condotta dell'istituto potesse essere attribuita allo Stato secondo nessuno dei profili messi in evidenza dagli istanti.

4.3 Il caso *EDF*

Nella decisione finale del caso *EDF*³²¹ il Tribunale ha considerato lo Stato ospite responsabile per la condotta di alcuni enti utilizzando una base giuridica diversa rispetto a quella dibattuta nei casi precedentemente analizzati. Nella fattispecie *EDF Services Limited* (“EDF”), aveva effettuato degli investimenti in Romania costituendo società *ad hoc* per il tramite di *joint-venture* con enti controllati dal Governo romeno, *joint-venture* in seguito venute meno a causa di ragioni imputabili, secondo l'istante, direttamente allo Stato³²². Seppur le istanze di EDF siano state rigettate nel merito, il Tribunale ha riconosciuto che lo Stato ospite poteva essere considerato direttamente responsabile per le azioni di questi enti, non tanto sulla base dell'art. 4 o dell'art. 5 che, com'è noto, non prevede un regime di responsabilità strettamente legato al trasferimento di *governmental*

Ukraine to ensure that any ‘State enterprise’ that exercises governmental authority acts in a manner that is consistent with Ukraine’s obligations under the BIT. Thus, if a protected investor in Ukraine were to consider that Ukraine had not ensured, consistently with its obligation in Article II(2)(b), that any State enterprise had acted in conformity with Ukraine’s obligations under the BIT, that would give rise to a claim for breach of the BIT against Ukraine. But it does not have the effect of making the conduct of that State enterprise attributable to Ukraine under the law of State responsibility.”, §183, cit..

³²¹ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, 2009.

³²² EDF Services Limited (“EDF”), aveva deciso di investire nel settore dei servizi dei duty-free, in Romania, per il tramite due società costituite *ad hoc*, E.D.F. ASRO S.R.L. (“ASRO”) e SKY SERVICES (ROMANIA) S.R.L. (“SKY”). ASRO, costituita con una *joint-venture* con C.N. Casrom S.A (“CASROM”), impresa statale romena, e con C.N. Bucarest Airport Otopeni (“AIBO”), aeroporto di Bucarest, veniva privata delle licenze per operare in seguito ad un atto legislativo, la “Government Emergency Ordinance No. 104” (“GEO 104”), ed era costretta ad interrompere le sue attività. SKY, costituiva con una *joint-venture* con la compagnia di bandiera romena, TAMRON, per la fornitura di servizi duty-free a bordo dei suoi aereomobili. TAMRON decideva unilateralmente di rescindere il contratto con SKY e, conseguentemente, usciva dalla società lasciando come unico azionista EDF. Per queste ragioni, EDF decideva di rivolgersi all'arbitrato ICSID per ottenere il risarcimento dei danni a causa del trattamento ingiusto, arbitrario e discriminatorio riservato dalla Romania, in violazione del BIT tra il Regno Unito e Romania.

functions, quanto piuttosto su quella dell'art. 8 degli Articoli ILC, in cui si richiede che la condotta sia sottoposta ad un più generale *direction/control* dello Stato.

Di seguito sarà analizzata la parte della decisione relativa alla possibilità di attribuire la condotta di questi enti alla Romania. Se di alcuni atti che hanno inciso sull'attività delle società partecipate dall'istante è indiscussa la riconducibilità diretta allo Stato ospite³²³, lo stesso non si potrebbe sostenere in riferimento alla condotta di alcuni enti che partecipavano alla *joint-venture*³²⁴. L'istante sosteneva che la loro condotta poteva essere attribuita alla Romania alternativamente secondo quanto indicato dagli artt. 4, 5 e 8 dei già richiamati Articoli ILC³²⁵. Il Consiglio Arbitrale ha negato l'invocabilità delle prime due disposizioni, relative rispettivamente agli *organs of a State* e agli *entities exercising elements of governmental authority*. L'impossibilità di qualificare gli enti come organi dello Stato deriva dall'assenza di norme specifiche atte a riconoscere il loro status di organo, condizione necessaria richiesta dall'ordinamento³²⁶. Per quanto concerne l'impossibilità di qualificare tali enti come delegatarie di poteri pubblici, la questione è più complessa. Come già visto nel caso *Bosh*³²⁷, affinché sussista la responsabilità diretta dello Stato è necessario cumulativamente che (a) all'ente siano attribuiti poteri pubblici con un atto avente forza di legge, (b) l'atto deve essere riconducibile all'esercizio di siffatti poteri³²⁸. Nel caso di specie, le società avrebbero posto in essere delle attività che non sono espressione dell'esercizio di una funzione delegata dallo Stato, ma bensì delle attività privatistiche con finalità

³²³ La già richiamata GEO 104 e i controlli finanziari espletati dalla polizia finanziaria romena.

³²⁴ Gli enti in questione sono i summenzionati AIBO e TAROM, § 186, cit..

³²⁵ § “According to Claimant, the conduct of AIBO and TAROM, whatever their precise characterization, is attributable to Romania on one or the other of the following grounds: a) they are organs of the State within the meaning of Article 4 of the ILC Articles; b) they are entities exercising governmental authority within the meaning of Article 5 of the ILC Articles; c) they act under the control and direction of the State within the meaning of Article 8 of the ILC Articles.”, §187, *ibid.*

³²⁶ “In the Tribunal’s view, neither AIBO nor TAROM, both possessing legal personality under Romanian law separate and distinct from that of the State, may be considered as a State organ. This was recognised by Claimant’s expert on Romanian law, Professor Valeriu Stoica who stated that “As there is no law granting AIBO or TAROM the status of a body of the Romanian State, the two entities may not be considered state bodies within the meaning provided by the above-mentioned article [i.e. ILC Article 4].””, §190, *ibid.*

³²⁷ Si veda il par. 4.3, *supra*.

³²⁸ § 191, cit..

meramente commerciali³²⁹. Questi profili non sono stati oggetto di approfondimento nella decisione finale, poiché l'attenzione del Tribunale si è focalizzata sull'ultimo dei punti evidenziati dall'istante, ovvero se nel caso di specie gli enti in questione avessero agito sotto la direzione o il controllo dello Stato. La previsione dell'art. 8, rispetto alle altre due, ha una portata generale e per questo motivo non può che essere interpretata restrittivamente, nel senso che le circostanze avvaloranti l'esistenza di una direzione o controllo da parte dello Stato devono essere positivamente provate, mediante l'allegazione dell'esistenza di un ordine da parte di esso³³⁰. In base al quadro probatorio ricostruito con le allegazioni delle parti, emerge che il Governo avrebbe impartito istruzioni e direttive agli enti, finalizzate, ad esempio, alla gestione delle aste aeroportuali, nonché soprattutto alla lesione dell'investimento sostenuto da EDF³³¹. Secondo l'istante, questi atti emanati dal Governo avrebbero inciso in modo determinante sulle modalità di decisione degli organi esecutivi ed assembleari degli enti³³²,

³²⁹ “In the instant case, and following the ILC approach, what matters is (i) whether AIBO and TAROM were empowered by the internal law of Romania to exercise elements of Romanian governmental authority, and (ii) whether the specific acts in question were performed by AIBO and TAROM in the exercise of any such delegated governmental authority. In the Tribunal’s view, neither the auctions organised by AIBO nor the exercise by AIBO and TAROM of their rights as shareholders of ASRO and SKY and under the ASRO Contract and the SKY Contract were exercise of delegated governmental authority.”, § 193, *ibid.*

³³⁰ Al § 200, *ibid.*, il Tribunale richiama direttamente il summenzionato Commentario ai “Draft Articles”, pp. 112-113: “The fact that the State initially establishes a corporate entity, whether by a special law or otherwise, is not a sufficient basis for the attribution to the State of the subsequent conduct of that entity. Since corporate entities, although owned by and in that sense subject to the control of the State, are considered to be separate, prima facie their conduct in carrying out their activities is not attributable to the State unless they are exercising elements of governmental authority within the meaning of Article 5. This was the position taken, for example, in relation to the de facto seizure of property by a State-owned oil company, in a case where there was no proof that the State used its ownership interest as a vehicle for directing the company to seize the property. On the other hand, where there was evidence that the corporation was exercising public powers, or that the State was using its ownership interest in or control of a corporation specifically in order to achieve a particular result, the conduct in question has been attributed to the State.”

³³¹ “The evidence on record indicates that the Ministry of Transportation issued instructions and directions to AIBO and TAROM regarding the conduct these Companies should adopt in the exercise of their rights as shareholders of ASRO as to acts and conduct that, according to Claimant, were in breach of the BIT. There is also evidence on record of instructions or directions given to AIBO by the State, through the Ministry of Transportation, regarding the organisation of auctions of AIBO’s commercial spaces at the Otopeni Airport in 2002. Further, the evidence before the Tribunal indicates that the Romanian State was using its ownership interest in or control of corporations (AIBO and TAROM) specifically “in order to achieve a particular result” within the meaning of the ILC Commentary above. The particular result in this case was bringing to an end, or not extending, the contractual arrangements with EDF and ASRO and instituting a system of auctions.”, §201, *ibid.*

³³² § 202, *ibid.*

mentre secondo il convenuto il Governo avrebbe esercitato solamente un generico, e non vincolante, potere di approvazione per il tramite di *mandates*³³³. La tesi della difesa non è stata accolta poiché il potere di controllo sulle decisioni sarebbe riconosciuto esplicitamente dall'atto normativo rilevante in materia³³⁴, in base al quale gli organi decisionali sarebbero tenuti a seguire la posizione del Governo. Il Tribunale sostiene che “the fact that directions are given by the mandates to the members of the board of directors, a body that should decide in full autonomy in the company’s interest, is indicative of the compelling nature of the Ministry’s mandate system”³³⁵, pertanto il potere del Governo sarebbe capace di incidere sull'autonomia di tali enti, configurandosi come una reale forma di controllo non avendo un ruolo meramente consultivo. Nella decisione sono presi in considerazione ulteriori elementi, che suffragano *de facto* l'ipotesi del controllo, in particolare, si evidenzia come il Governo abbia avuto un ruolo determinante sulla decisione relativa all'estensione del contratto con una delle società partecipate³³⁶. Per queste ragioni, il Tribunale ha riconosciuto l'esistenza di una forma di controllo secondo quanto previsto dalle norme di diritto internazionale:

“Based on the evidence on record and after close examination of the Parties’ arguments, the Tribunal concludes that the conduct of AIBO and TAROM in the performance of the ASRO Contract and the SKY Contract as shareholders of ASRO and SKY was under the direction and control of the State within the meaning of ILC Article 8. Further, the conduct was carried out in order to achieve the particular result of bringing to an end the contractual arrangements with EDF and ASRO and to institute instead a system of auctions for commercial spaces at the Otopeni Airport.”³³⁷

Questa tesi trova conferma nelle modalità con cui lo Stato, mediante i suoi poteri,

³³³ § 203, *ibid.*.

³³⁴ Si fa riferimento al “Preamble” dell’*Order No. 597 of April 17, 2001*, § 204, *ibid.*.

³³⁵ § 205, *ibid.*.

³³⁶ Ai § 206 ss., *ibid.*, il Consiglio ha messo in evidenza la volontà del CdA di AIBO di attendere una determinazione da parte del Ministero dei Trasporti al fine di decidere sull'estensione dell’“ASRO Contract”, in particolare sull’opportunità di estenderla per tre mesi.

³³⁷ § 209, *ibid.*.

è riuscito ad incidere nella gestione degli enti, che rivelerebbero un disegno diretto a terminare i rapporti contrattuali con l'investitore straniero³³⁸.

In questo caso, la giurisdizione ICSID si è potuta estendere utilizzando come base giuridica la norma consuetudinaria richiamata dall'art. 8 degli Articoli ILC, non quella dell'art. 5 come nelle altre decisioni. Questa disposizione introduce criteri di collegamento tra ente e Stato di gran lunga più flessibili rispetto a quelli visti precedentemente, seppur essa possa essere applicata soltanto in circostanze eccezionali.

4.4 L'incidenza del progetto degli Articoli ILC sulla giurisprudenza dei tribunali ICSID

Nella disamina di questi tre casi si è potuto constatare come i tribunali abbiano fatto riferimento al diritto internazionale generale codificato negli Articoli ILC per valutare la responsabilità dello Stato per la condotta di entità giuridicamente distinte da esso, in assenza, come già rilevato, di una disposizione *ad hoc* nella Convenzione. Nella decisione del primo dei casi analizzati, *Toto Costruzioni*, lo Stato era stato riconosciuto responsabile per la condotta di un'entità a cui era stata delegata la gestione *tout court* di appalti di opere pubbliche, sulla base dell'art. 5. Nel secondo caso, *Bosh*, seppur sia stata negata la possibilità di attribuire allo Stato ospite la responsabilità della condotta dell'università, non è stato escluso a priori che esso possa comunque rispondere per altro genere di operazioni poste in essere dalla stessa. A prescindere dall'esito della controversia, in quella decisione è stato implicitamente strutturato un test a partire dall'art. 5, che richiede, oltre all'esistenza di una delega prevista da un atto avente forza di legge, che in concreto il potere delegato sia esercitato nel caso concreto affinché possa sussistere la responsabilità dello Stato. Pertanto, rispetto alla precedente, è stato elaborato uno schema analitico che potrà essere utilizzato dalla giurisprudenza successiva. Nell'ultimo dei casi affrontati, *EDF*, il Tribunale ha riconosciuto la possibilità di attribuire allo Stato la condotta di entità, operanti a vario titolo nel

³³⁸ "... such conduct, including the subsequent bringing to an end of the contract arrangements and the institution of a system of auctions in their place, was clearly designed to achieve a particular result within the meaning of the Commentary to Article 8 of the ILC Articles...", § 213, *ibid.*

settore dei trasporti aerei, in base all'art. 8 relativo alle ipotesi di direzione e controllo dello Stato. Questa disposizione introduce un notevole grado di flessibilità, per cui è necessario che vi sia un atto direttamente riconducibile al governo, come nel caso di specie, affinché si possa affermare la competenza. Nonostante il carattere eccezionale che caratterizza quest'ultima ipotesi, essa consente di dilatare notevolmente i confini giurisdizionali ICSID.

Non si può certamente sostenere che in materia si sia imposto un modello per la risoluzione di questo ordine di questioni. La decisione, infatti, allo stato attuale dell'evoluzione del diritto sarà sempre assunta secondo un *case by case approach*, in cui i tribunali conserveranno un'elevata autonomia. Ciononostante, dalla presente analisi emerge che la giurisprudenza, anziché frammentarsi adottando soluzioni completamente opposte, ha fatto pedissequo riferimento alla normativa di diritto internazionale generale, creando così una prassi uniforme³³⁹. In particolare, gli Articoli ILC incidono profondamente sulla giurisprudenza in materia di investimenti, rivelandosi determinanti nel rendere uniforme la trattazione della questione da parte dei tribunali.

³³⁹ Si consiglia, come letture integrative per approfondire il rapporto tra BITs e Articoli ILC: EL-HAGE, J., *How may Tribunals apply the customary necessity rule to the Argentine cases? An analysis of ICSID decisions with respect to the interaction between Article XI of the U.S.-Argentina BIT and the customary rule of necessity*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy 2011-2012*, cit.; KULICK, A., *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 140 ss.; HOBÉR, K., *State Responsibility and Attribution*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, cit..

Capitolo IV

**Il requisito *ratione voluntatis*: il consenso quale elemento
fondante la giurisdizione**

1 Il consenso nell'arbitrato ICSID: il fenomeno dell'*arbitration without privity*

Il requisito fondamentale dell'arbitrato ICSID³⁴⁰ è il consenso delle parti³⁴¹ a risolvere la controversia secondo la procedurale prevista dalla Convenzione. Si tratta di un elemento centrale nel sistema del Centro³⁴², senza il quale non può essere validamente iniziato alcun tipo di procedimento, per cui si tratta di un elemento che deve essere oggetto di un'analisi preliminare da dei tribunali.

La centralità del requisito è confermata dal richiamo della Convenzione nella seconda parte dell'art. 25(1):

“... 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...”

La disciplina del consenso a livello convenzionale, è trattata nella prima parte dell'art. 25, relative alla tipologia di controversie rientranti nella giurisdizione del Centro. Non sono annoverati requisiti formali particolari, eccetto la forma scritta, per cui il consenso potrà essere prestato in forme diverse, e in particolare potrà essere prestato *ex ante* dagli Stati attraverso l'introduzione di clausole nei BITs che devolvono la competenza a risolvere le controversie all'ICSID³⁴³. Aspetto fondamentale disciplinato dalla disposizione è il divieto di ritirare unilateralmente il consenso una volta che è stato validamente prestato. Si tratta di una previsione

³⁴⁰ Nonché per la conciliazione ICSID.

³⁴¹ La competenza arbitrale, sia nell'arbitrato interno sia internazionale, si fonda sempre sul consenso delle parti in lite. Pertanto, in ogni ordinamento è centrale lo studio del valore dell'accordo che delega la competenza all'organo di risoluzione delle controversie. Per l'inquadramento generale del profilo, si segnala, *ex multis*: VERHOEVEN, J., *Droit International Publique*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 721 ss.; SCHREUER, C. H., *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, a cura di MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C. H., New York, Oxford University Press, 2008; AA.VV., *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, a cura di GEISINGER, E., VOSER, N., PETTI, A. M., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013; STEINGRUBER, A. M., *Consent in International Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2012; AA.VV., *Arbitrato - Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, A cura di ALPA, G., VIGORITI, V., Torino, UTET Giuridica, 2013.

³⁴² Per approfondire il ruolo centrale assegnato al consenso nel corso dei negoziati, si consiglia di far riferimento a BROCHES, A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Selected Essays: World Bank, Icsid, and Other Subjects of Public and Private International Law*, cit. L'autore, fa riferimento al *Report* dei negoziati in cui gli *Executive Directors* definiscono il consenso come “the cornerstone of the Centre's jurisdiction”.

³⁴³ Cfr. par. 1.2, *supra*.

necessaria per evitare che una parte possa, senza il consenso dell'altra, sottrarre la trattazione di una controversia da parte di un tribunale con il mero ritiro unilaterale del consenso. Quest'ultima disposizione deve essere coordinate con altre tre. Infatti, gli Stati parte hanno uno specifico obbligo di rispettare quelle decisioni emesse sulla base del consenso da essi prestato, ex art. 53, nonché di riconoscere l'immediata esecutività delle decisioni arbitrali ICSID, nonostante non siano parti della disputa, ex art. 54. Queste tre disposizioni esprimono la necessità, avvertita sicuramente nel corso dei negoziati, di introdurre dei meccanismi necessari ad assicurare l'effettività del meccanismo di risoluzioni delle controversie, sia *ex ante*, regolando il consenso, sia *ex post*, obbligando le parti a riconoscere e a dare esecuzione alle decisioni.

1.1 La manifestazione del consenso

La Convenzione, come già detto, si limita a richiedere che il consenso debba essere prestato per iscritto, senza disciplinarne le forme specifiche di prestazione. La convenzione arbitrale costituisce il presupposto stesso dell'arbitrato che registra il consenso delle parti a sottoporre una determinata controversia, o classe di controversie, ad arbitrato. Essa può essere costituita da un accordo tra le parti sia *ex ante*, attraverso l'inserimento di una clausola compromissoria all'interno del contratto d'investimento, sia *ex post*, attraverso la stipulazione di un compromesso che designa la competenza dell'arbitro dopo che la controversia è già sorta³⁴⁴. Alle clausole, strumento largamente più utilizzato rispetto al compromesso, a prescindere se contenute in uno strumento normativo o in un contratto, possono essere tendenzialmente apposte specifiche condizioni. Tra di esse si ricorda, accanto ad ipotesi classiche come il previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni³⁴⁵, anche alcune ben più articolate, come ad esempio l'accettazione della giurisdizione ICSID in relazione a controversie in cui una

³⁴⁴ Per approfondire questi profili generali del consenso nell'arbitrato internazionale, si consiglia BERNARDINI, P., "La convenzione arbitrale", *L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, Milano, Giuffrè Editore, 2008.

³⁴⁵ *Ex multis*, si veda il BIT Italia-Argentina che all'art. 18(3).

persona giuridica legale locale è controllata da investitori stranieri, ex art. 25(2)(b)³⁴⁶, così come prevedere una disciplina in caso di successione³⁴⁷.

Nel sistema arbitrale ICSID, e in generale negli arbitrati internazionali in materia di investimenti, sono state ideate forme particolari di prestazione del consenso, che sono ormai molto diffuse, in cui la convenzione arbitrale si perfeziona esclusivamente con una manifestazione di volontà differita da parte dell'investitore, in forza di un'offerta unilaterale di clausola compromissoria da parte dello Stato ospite³⁴⁸. Tale offerta può essere presentata secondo due modalità differenti, ovvero attraverso la legislazione nazionale dello Stato ospite o inserendola in un trattato internazionale, bilaterale o multilaterale³⁴⁹.

Per quanto riguarda la prima, la clausola è inserita in uno strumento normativo dell'ordinamento interno con il quale lo Stato richiama la Convenzione, per cui si instaura un nesso diretto tra normativa nazionale e sistema arbitrale ICSID. In riferimento alla seconda, che rappresenta lo strumento sicuramente più innovativo con cui il consenso trova rappresentazione, la clausola è inserita in un BIT o altresì in un trattato multilaterale³⁵⁰, dunque in un trattato negoziato tra due o più parti in materia di investimenti. In questo caso l'offerta è pur sempre unilateralmente offerta dallo Stato ospite, ma è inserita in uno strumento normativo internazionale, risultato di un processo di negoziazione tra due o più parti. Si tratta della massima importanza, in quanto, nell'interpretazione della

³⁴⁶ Si rimanda al cap. II par. 1, *supra*, in cui è trattata questa deroga al divieto di dirimere controversie domestiche allorquando il ricorrente è un'entità giudica locale, ma controllata da investitori stranieri.

³⁴⁷ DELAUME, G., in *ICSID Arbitration: Practical Considerations*, in *Journal Arbitration*, 1984, sostiene che: "It is hereby agreed that the consent to the jurisdiction of the Centre shall equally bind any assignee... to the extent that the Centre can assume jurisdiction over a dispute between such assignee and the other party, and that neither party to this Agreement shall, without the written consent of the other, transfer its interest in this Agreement to an assignee with respect to whom the Centre could not exercise such jurisdiction". Nella prassi, I tribunali hanno ammesso che tale eventualità, a prescindere da una sua previsione specifica, possa verificarsi allorquando lo Stato ponga in essere atti tali da ammettere tacitamente la successione, come in *AMCO* in cui l'Indonesia, quando approvò il trasferimento di azioni da una delle società controllate dall'investitore ad un'altra quale successore, concludeva un accordo con cui riconosceva espressamente questa possibilità.

³⁴⁸ Si veda REED, L., PAULSSON, J., BLACKABY, N., "Conceptual ICSID arbitration and drafting an effective ICSID arbitration agreement", *Guide to ICSID Arbitration*, cit.

³⁴⁹ *Ex multis*, cfr. SCHREUER, C. H., *Consent to Arbitration*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, cit.

³⁵⁰ *I.e.* l'*Energy Charter Treaty* ("ECT") è un trattato multilaterale in cui, tra I possibili meccanismi di risoluzione delle controversie, è indicato l'arbitrato ICSID.

clausola, si dovrà tener conto delle regole previste dal diritto internazionale dei trattati³⁵¹. In riferimento a queste ipotesi, la convenzione arbitrale si perfeziona tuttavia soltanto con l'accettazione dell'investitore privato, interveniente con la domanda di arbitrato notificata al momento in cui è sorta la controversia. Per questo motivo, la Convenzione, con la prassi dei trattati in materia di investimento, rappresenta un valido strumento di protezione degli interessi dei privati investitori, i quali, in caso in cui sorga una controversia, possono adire, oltre le vie giurisdizionali interne, l'arbitrato ICSID³⁵². La *ratio* di questo vincolo unilaterale è quella di agevolare il flusso di investimenti stranieri attraverso il riconoscimento di un foro neutrale, da parte dello Stato ospite, in un momento precedente alla conclusione degli eventuali contratti d'investimento stessi. Il perfezionamento del consenso dell'investitore, come dimostrato dalla prassi, coincide con l'inizio stesso della procedura³⁵³. Nei trattati, gli Stati rimangono comunque liberi di individuare quali profili di controversie siano sottoponibili ad arbitrato, potendo eventualmente introdurre limiti³⁵⁴.

Questo fenomeno è stato denominato *arbitration without privity*, che contraddistingue l'arbitrato in materia di investimenti nel suo complesso. Si tratta di una caratteristica peculiare alla prestazione del consenso nell'arbitrato internazionale, che merita un approfondimento.

1.2 *Arbitration without privity*

L'aspetto che contraddistingue qualsiasi forma di arbitrato, com'è noto, è la consensualità della procedura. La procedura arbitrale si può legittimamente

³⁵¹ *In primis*, delle regole consuetudinarie previste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

³⁵² Salvo che il BIT o la legislazione nazionale indichino meccanismi diversi, *i.e.* l'arbitrato UNCITRAL.

³⁵³ Nel caso *American Manufacturing and Trading, Inc. v. Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/93/1, 1997, il Tribunale ha identificato il procedimento di formazione del consenso dell'investitore fondato su una *dispute settlement clause*, dalla quale non deriva alcun obbligo a carico del soggetto privato.

³⁵⁴ Per quanto concerne i BIT, esistono principalmente le seguenti tipologie di clausole: *i*) quelle che riconoscono la competenza per tutte le controversie derivanti dall'investimento; *ii*) quelle che designano il foro solo per le questioni attinenti all'interpretazione del trattato e ai contratti d'investimento; *iii*) quelle limitate alle questioni interpretative del trattato in cui sono inserite, che possono espressamente escludere i contratti d'investimento; *iv*) quelle che limitano la competenza alle controversie relative agli indennizzi da atti di espropriazione.

instaurare soltanto allorquando vi sia il consenso, liberamente prestato³⁵⁵, delle parti. I contratti sono lo strumento privilegiato in cui sono inserite clausole con cui le parti manifestano la volontà di sottoporre una determinata controversia ad arbitrato, per cui la prestazione del contratto si inserisce nel contesto di un rapporto contrattuale³⁵⁶.

Nell'arbitrato internazionale degli investimenti, come è stato rilevato in via preliminare, questa caratteristica è stata progressivamente superata. Nel fenomeno dell'*arbitration without privity*³⁵⁷, come dimostrato dalla prassi dei trattati, l'offerta unilaterale di consenso dello Stato è sempre più spesso svincolata dagli elementi privatistici relativi al contratto concreto con cui è portata avanti l'operazione d'investimento. In questi casi, il consenso è svincolato dall'eventuale conclusione di un contratto. Come precisato dalla giurisprudenza, un investitore può validamente iniziare un procedimento arbitrale ICSID anche nel caso in cui uno Stato si sia limitato a offrire unilaterale il proprio consenso a sottoporre determinate controversie ad arbitrato³⁵⁸. Pertanto, l'investitore al momento dell'entrata in vigore del trattato, diventa titolare di un autentico diritto potestativo di attivazione di un procedimento arbitrale, a prescindere dal consenso specifico dello Stato. Quest'offerta è inserita in atti normativi nazionali in materia di investimento o, come accade sempre più frequentemente, in trattati bilaterali e multilaterali in materia di investimento. Questo meccanismo di prestazione del consenso da parte dello Stato è in grado di operare anche rispetto a più fori competenti in presenza di una *multiple choice clause*, come ha dimostrato la giurisprudenza³⁵⁹. In particolare, la prassi dei trattati sta iniziando a coprire tutti

³⁵⁵ La necessità di garantire che il consenso sia liberamente prestato, ha determinato in dottrina l'elaborazione del principio di autonomia della clausola compromissoria nel diritto interno sia in quello internazionale, oggetto di separata valutazione rispetto all'atto in cui è inserita. *Ex multis*, si segnala: AA.VV., *Arbitrato. Profili di diritti sostanziale e di diritto processuale*, cit.; SPECCHIA, S., *L'arbitrato internazionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, pp. 28-30.

³⁵⁶ Compresa l'ipotesi della prestazione del consenso *ex post* come il compromesso, poiché, nonostante sia stipulato con un accordo *ad hoc*, si inserisce comunque in un rapporto tra due o più soggetti da cui è scaturisce la controversia.

³⁵⁷ Il primo autore a far riferimento a questo fenomeno è PAULSSON, J., *Arbitration without privity*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995.

³⁵⁸ *I.e.* come nel celeberrimo caso *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. V. Arab Republic of Egypt*, ARB/84/3, 1992.

³⁵⁹ La giurisprudenza dei tribunali ICSID è concorde sul punto. *I.e.* si veda: *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, 2004; *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case ARB/01/12, 2003.

gli aspetti concernenti l'investimento, attraverso l'introduzione di previsioni a carattere sostanziale, ad esempio a tutela del principio del trattamento nazionale delle operazioni attuate da investitori esteri, ma soprattutto relative alla tutela giurisdizionale³⁶⁰. L'introduzione di previsioni simili in trattati internazionali ha determinato una progressiva estensione della giurisdizione dell'ICSID. La ragione della diffusione di queste disposizioni, come *supra* richiamato³⁶¹, dipende dalla precisa volontà di favorire il flusso di investimenti stranieri, mediante l'offerta unilaterale di protezione sia della fase genetica ed esecutiva dell'investimento, ma soprattutto in quella conflittuale relativa ad eventuali controversie fondate su questa tutela sostanziale. Infatti, i rimedi tradizionali previsti dal diritto internazionale classico nella gestione di controversie tra Stati e privati si sono rivelati strutturalmente inadeguati in relazione alle controversie in materia di investimenti³⁶², rendendo necessaria una riconfigurazione delle modalità di accesso ai meccanismi giurisdizionali internazionali.

Gli investitori, attraverso questa forma di prestazione del consenso da parte dello Stato ospite, possono adire l'arbitrato nei confronti di un'ampia gamma di soggetti pubblici riconducibili al governo di uno Stato, ipotesi che potrebbe configurarsi con grandi difficoltà allorquando l'investitore abbia concluso un contratto con un'entità formalmente privata ma *de facto* controllata dallo Stato. Inoltre il contratto, anche laddove fosse stipulato, diverrebbe irrilevante in forza della supremazia del trattato di riferimento, anche nel caso in cui contenesse clausole alternative designanti un foro competente diverso³⁶³. Pertanto, lo standard di tutela giurisdizionale è assicurato da atti normativi, interni o internazionali, che rendono derogabili quelle disposizioni sfavorevoli all'investitore nel caso in cui siano in contrasto con essi.

³⁶⁰ La risoluzione delle controversie non è necessariamente deferita all'ICSID. Nei meccanismi multilaterali regionali, come il NAFTA, sono previste forme di arbitrato *ad hoc*.

³⁶¹ Si veda il par. 1.3, *supra*.

³⁶² L'azione in protezione diplomatica è del tutto inadeguata alla protezione degli interessi degli investitori privati, dimostrata a partire dal caso *Barcelona Traction*, cit., avanti l'ICJ. Per approfondire questo tema, già trattato al cap. I, par. 1.1., *supra*, si rimanda a CRAWFORD, J., LOWE, V., "Investment arbitration and the law of countermeasures", *British Year Book of International Law 2008*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

³⁶³ Questo aspetto sarà investigato più approfonditamente al par. 2, *infra*.

Questa modalità di accesso alla giurisdizione internazionale ha consentito di ottenere una protezione effettiva dei diritti di individuali investitori, in ragione dell'estensione del consenso assicurata dal trattato rilevante. Il superamento del carattere consensuale "privatistico" che contraddistingue tradizionalmente l'arbitrato, consente di superare l'eventuale mancanza di una clausola compromissoria *ad hoc* prevista nel contratto alla base di una determinata operazione di investimento. Infatti, l'offerta non sinallagmatica del consenso, contenuta in uno strumento normativo, assicura un foro neutrale per la risoluzione di un numero indefinito di controversie, determinando *a fortiori* una progressiva estensione della giurisdizione del Centro.

1.3 I casi limite

Il requisito *ratione voluntatis* deve essere valutato in due "casi limite" al fine di ricostruirne l'estensione. *In primis*, si deve considerare la relazione tra istanza fondata sul trattato, il *treaty-claim*, e le clausole ombrello, le *umbrella clauses*, in esso contenute, poiché esse possono avere un impatto sui profili relativi alla prestazione del consenso. *In secundis*, l'ulteriore aspetto che ci interessa concerne l'impatto sulla giurisdizione derivante dalla possibile presenza di una clausola oggetto di grandissimo interesse è la *most-favoured-nation clause* ("clausola MFN"), che, seppur sia stata originariamente strutturata per estendere l'applicazione delle norme sostanziali a protezione degli investimenti, ha iniziato ad essere utilizzata per realizzare una particolare prestazione del consenso *per relationem*.

2 L'incidenza dei *treaty-claims* sulla prestazione del consenso

La necessità di attrarre capitali esteri ha determinato il fenomeno dell'"internazionalizzazione dei contratti di Stato"³⁶⁴. La normativa sugli

³⁶⁴ Per approfondire la teoria generale del fenomeno, si consiglia: ALEXANDROV, S. A., *Breaches of Contract and Breaches of Treaty*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2004; SHANY, Y., *Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multi-*

investimenti prevista a livello nazionale da parte degli Stati è stata storicamente inadeguata, in modo particolare per l'esigenza da parte degli investitori di individuare un foro neutrale per la risoluzione delle eventuali controversie nascenti in seguito ad operazioni nello Stato ospite.

I sistemi nazionali si sono rivelati profondamente inadeguati a dirimere le controversie in materia di investimenti, in quanto difettano tradizionalmente di una normativa adeguata a dirimerne i profili transnazionali. Tale inadeguatezza non verte esclusivamente sui profili giurisdizionali, ovvero sull'individuazione di un foro neutrale che garantisca l'imparzialità della decisione, ma anche sull'incertezza connessa all'individuazione del diritto applicabile alla controversia³⁶⁵. Infatti, uno dei rischi maggiori per l'investitore, in assenza di un trattato che detti una disciplina neutrale, è che si applichi esclusivamente il diritto nazionale. In linea con il principio dell'autonomia privata, la Convenzione, al suo art. 42³⁶⁶, prevede come regola la libera scelta del diritto applicabile in capo alle parti, che possono addirittura optare per un giudizio *ex aequo et bono*. Tuttavia, in caso di disaccordo, non trova applicazione il diritto nazionale e le regole del diritto internazionale applicabili alla controversia. Con questa scelta, si privilegia, pertanto, l'applicazione non del mero diritto nazionale, ma di un *corpus* normativo composta da interne, internazionali consuetudinarie e convenzionali, ricostruito di volta in volta dal tribunale arbitrale. Un ruolo fondamentale è svolto dalle *umbrella clauses* contenute nei trattati, che garantiscono l'applicazione degli

sourced Investment Claims, in *Journal of International Law*, 2005; CRAWFORD, J., *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2008; J. O. VOSS, J. O., "Contract between Host States and Foreign Investors", *The Impact of Investment Treaties on Contracts Between Host States and Foreign Investors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2010; SORNARAJAH, M., "The internationalization of state contracts", *The International Law of Foreign Investment Law*, cit.; DUMBERRY, P., *International Investment Contracts*, in *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, cit..

³⁶⁵ *Ex multis*, si segnala in dottrina: BANIFATEMI, Y., *The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration*, in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, a cura di YANNACA-SMALL, K., New York, Oxford University Press, 2010.

³⁶⁶ Di seguito l'art. 42: "(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."

standard di tutela riconosciuti in essi a tutte le controversie nascenti dai contratti la cui materia rientra nel loro ambito di applicazione. Queste clausole, infatti, a prescindere dalle condizioni negoziate dalle parti nello specifico accordo d'investimento, garantiscono l'applicazione delle condizioni privilegiate contenute nel trattato di riferimento. Nonostante queste clausole concernano primariamente l'applicazione delle disposizioni sostanziali contenute nei trattati, esse hanno degli effetti molto importanti sul versante giurisdizionale della controversia. Il sistema ICSID, attraverso la sua giurisprudenza, si è adeguato alle istanze di internazionalizzazione dei contratti oggetto della disputa³⁶⁷, dimostrandosi il principale meccanismo propulsivo di questo processo. In questa sede, ci interessa il ruolo delle *umbrella clauses* che ha degli effetti importanti sul versante giurisdizionale della controversia *ratione voluntatis*. Le modalità di prestazione del consenso sono state oggetto di profonde modificazioni per quanto riguarda le modalità di prestazione del consenso dello Stato, *i.e.* derivante dal rapporto tra offerta unilaterale di sottoporre ad arbitrato le controversie nascenti da arbitrato e la valutazione dell'estensione dell'ambito di applicazione del trattato così come delineato dalla presenza delle *umbrella clauses*.

Questo ha comportato il profilarsi di due categorie di controversie. Nella prima, l'istanza è fondata sul contratto d'investimento e, per questo motivo, definibile come *contract-claim*, invece nella seconda essa si basa sul trattato che offre la possibilità di sottoporre ad arbitrato le controversie nascenti dalle categorie d'investimento coperte dal trattato, per ciò detta *treaty-claim*. Il processo di internazionalizzazione ha accentuato l'importanza delle controversie nascenti per violazione del trattato di riferimento, il cui ambito di applicazione non può prescindere da una valutazione dell'effettiva estensione delle eventuali clausole ombrello contenute nel trattato.

La giurisprudenza, in particolare a partire dal caso *Vivendi*³⁶⁸, ha avviato la strutturazione di un metodo per valutare la relazione tra l'ambito di applicazione

³⁶⁷ Si segnala, tra i primi casi, *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, 1980.

³⁶⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (precedentemente *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*), 2002.

del trattato, considerando pure l'eventuale impatto delle *umbrella clauses*, con il profilo giurisdizionale della prestazione del consenso. Come emergerà nel proseguo dell'analisi, la giurisprudenza successiva si è concentrata molto su questo profilo senza riuscire tuttavia a formare una prassi autorevole³⁶⁹.

2.1 La prevalenza dei *treaty-claims* sui *contract-claims*: il caso *Vivendi*

Il profilo che ci interessa in quest'analisi è contenuto non già in una decisione sul merito o sulla competenza, bensì in quella adottata dal Comitato *ad hoc* che ha deciso l'annullamento della precedente decisione, in cui è stato isolato il profilo giurisdizionale del *treaty-claim*. Nella fattispecie, l'investitore aveva presentato un'istanza, sulla base del BIT di riferimento³⁷⁰, in seguito ad una controversia sorta in riferimento ad una concessione governativa³⁷¹, in presenza di un contratto che riconosceva la competenza esclusiva delle corti interne a dirimere le controversie nascenti da essa.

Nella decisione definitiva, il Tribunale aveva deciso di riconoscere la propria competenza, ma aveva rigettato nel merito l'istanza in ragione della connessione tra la domanda e l'accertamento dell'esecuzione del contratto³⁷². Nonostante esso non avesse disconosciuto l'ammissibilità dell'istanza fondata sul trattato, aveva comunque ritenuto il suo contenuto *de facto* assorbito nella controversia contrattuale, per cui non doveva decidere secondo le regole previste nel trattato, ma secondo le disposizioni specifiche previste nella concessione governativa.

Il Comitato *ad hoc*, decidendo per l'annullamento, ha ritenuto che il Tribunale è incorso in un'ipotesi di eccesso di potere, secondo quanto previsto dall'art. 52(1)(b), in quanto si è rifiutato di esercitare i poteri decisionali riconosciutigli

³⁶⁹ Questa rassegna diverge da quelle condotte in altre sedi di questa dissertazione. Essendo necessario esclusivamente il rilievo di alcuni principi sanciti singole statuizioni dei tribunali, è preferibile una trattazione più sintetica della giurisprudenza.

³⁷⁰ BIT Francia-Argentina, 1991.

³⁷¹ Per la precisione, in materia di gestione di risorse idriche.

³⁷² In particolare, è rilevante il seguente passaggio: "... The Tribunal concludes, accordingly, that all of the issues relevant to the legal basis for these claims against Respondent arose from disputes between Claimants and Tucumán concerning their performance and non-performance under the Concession Contract...", § 77, *ibid.*

espressamente dalle parti³⁷³. Il passaggio più importante del *reasoning* è il seguente:

“In the Committee’s view, it is not open to an ICSID tribunal having jurisdiction under a BIT in respect of a claim based upon a substantive provision of that BIT, to dismiss the claim on the ground that it could or should have been dealt with by a national court. In such a case, the inquiry which the ICSID tribunal is required to undertake is one governed by the ICSID Convention, by the BIT and by applicable international law. Such an inquiry is neither in principle determined, nor precluded, by any issue of municipal law, including any municipal law agreement of the parties.”³⁷⁴

Nella decisione si è affermato quindi un principio fondamentale che direttamente inerisce il consenso prestato dallo Stato. Infatti, nonostante nel caso concreto lo Stato abbia validamente stipulato due accordi, il BIT e la concessione d’investimento, assume un rilievo particolare soltanto il primo. Infatti, una volta che è stato individuato come foro competente l’ICSID, il Tribunale costituito è obbligato a riconoscere la propria competenza³⁷⁵. In particolare, l’affermazione della giurisdizione ICSID non è limitata alla mera declaratoria di competenza, poiché è necessario che sia data applicazione alla disciplina sostanziale del trattato su cui l’istanza si fonda.

In base a questi rilievi, è legittimo parlare di una “gerarchizzazione” del consenso, poiché, la clausola compromissoria prevista dal trattato, non solo priva di qualsiasi efficacia quella contenuta nel contratto, ma addirittura impone di applicare il BIT nel suo complesso, rendendo cedevoli pure le norme sostanziali

³⁷³ Si ricorda che gli arbitri, a prescindere se si tratta di un arbitrato istituzionalizzato o meno, sono essenzialmente dei liberi professionisti, che prestano il loro servizio nel quadro giuridico indicato dalle parti. Considerato che nel sistema ICSID la controversia ha ad oggetto primario ed esclusivo la disputa nascente da un investimento, costituisce un inadempimento contrattuale da parte dell’arbitro che si rifiuta di considerare profili fondamentali della controversia. L’eccesso di potere, pertanto, conserverebbe comunque una sfera privatistica dei suoi effetti. Per approfondire, si consiglia HWANG, M., CHUNG, K., CHENG, F. L., *Claims Against Arbitrators for Breach of Ethical Duties*, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007*, a cura di ROVINE, A. W., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

³⁷⁴ § 102, cit.

³⁷⁵ § 101, *ibid.*

dell'accordo tra Stato ed investitore rispetto alle previsioni del diritto internazionale. Questo fenomeno ha degli effetti importantissimi sulla giurisdizione ICSID, poiché l'ambito operativo del contratto risulta pertanto compresso da quello del trattato, verificandosi un'ipotesi di compressione dell'autonomia privata dello Stato ospite. *A fortiori*, questo ha degli effetti considerevoli proprio su quelle clausole di competenza contenute nel contratto stesso, per cui, in caso di indicazione divergente del foro competente nei due accordi, rileverà esclusivamente quello previsto nel trattato internazionale³⁷⁶. Di seguito si vedrà come questo profilo sarà sviluppato mediante il riferimento alle *umbrella clauses*.

2.2 Il ruolo crescente delle *umbrella clauses* nell'estensione dell'ambito di applicazione dei *treaty-claims*: i casi *SGS*

La giurisprudenza, al fine di determinare un'estensione progressiva della giurisdizione del Centro, ha assegnato un fondamentale alle *umbrella clauses*³⁷⁷. Il consenso a sottoporre ad arbitrato una determinata categoria di investimenti, contenuto nel BIT, si estende alle controversie contrattuali in modo preminente attraverso questa tipologia di clausole³⁷⁸. L'elaborazione di un metodo che identifichi con precisione il loro funzionamento non è stata semplice, per cui è necessario soffermarsi sui casi principali.

Il primo caso è *SGS v. Pakistan*³⁷⁹, in cui il Tribunale ha adottato una decisione fondando la propria competenza sembra escludersi la possibilità di far rientrare all'interno del trattato pure le controversie puramente contrattuali. Nella

³⁷⁶ Questo aspetto in *Abaclat* è considerato assolutamente pacifico per cui il Tribunale non riconosce alcun tipo di effetto alle clausole nei contratti d'investimento indicanti come foro competente la Svizzera, si veda il capitolo V, par. 2.

³⁷⁷ Per approfondire il ruolo delle *umbrella clauses* nelle dispute internazionali in materia di investimenti, si consiglia: WONG, J., *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Doreign Investment Disputes*, in *George Mason Law Review*, 2006; SCHREUER, C., *Travelling the BIT Route: Of Waiting Period, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, in *World Investment & Trade*, 2004; SCHILL, S., *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, in *Journal of International Law*, 2009.

³⁷⁸ Cfr. par. 2.1, *supra*.

³⁷⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, 2003.

fattispecie, la controversia nasceva in seguito alla rescissione unilaterale di un contratto in materia di controllo merci alla dogana con la società svizzera da parte del Pakistan, nel corso della quale lo Stato ospite adiva le vie interne come previsto dall'accordo con l'investitore, mentre l'investitore l'arbitrato ICSID. L'investitore aveva agito in base al BIT di riferimento, in cui lo Stato aveva indicato come foro competente l'arbitrato ICSID ed inserito una *umbrella clause*³⁸⁰ In forza di questo trattato, il convenuto avrebbe inteso sottoporre l'intera controversia alla giurisdizione del Centro. Nonostante il Tribunale si sia riconosciuto competente a giudicare sui profili dell'istanza che presentavano una violazione del trattato di riferimento, ciononostante escludeva l'elevazione automatica delle violazioni di obbligazioni contrattuali "pure" in violazioni del trattato stesso³⁸¹, a meno che non vi sia un'espressa statuizione in tal senso³⁸². Il consenso dello Stato previsto in un trattato a sottoporre determinate controversie ad arbitrato ICSID, si estenderebbe in forza di una clausola ombrello esclusivamente a quelle controversie contrattuali che rappresentano pure una lesione delle disposizioni sostanziali previste dal BIT stesso.

Nella successiva decisione sulla competenza del caso *SGS v. Philippines*³⁸³, il Tribunale è pervenuto a conclusioni del tutto opposte. Nella fattispecie, la disputa verteva sul calcolo delle somme complessivamente dovute dalle Filippine alla società di nazionalità svizzera per lo svolgimento di operazioni analoghe a quelle viste nel caso precedente, previste da un contratto di concessione. L'istante, in particolare, riteneva sussistere la competenza esclusiva dell'arbitrato ICSID pure

³⁸⁰ L'art. 11 del BIT Svizzera-Pakistan, 1995, prevede infatti 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".

³⁸¹ "Considering the widely accepted principle with which we started, namely, that 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. Clear and convincing evidence of what? Clear and convincing evidence that such was indeed the shared intent of the Contracting Parties to the Swiss-Pakistan Investment Protection Treaty in incorporating Article 11 in the BIT. We do not find such evidence in the text itself of Article 11. We have not been pointed to any other evidence of the putative common intent of the Contracting Parties by the Claimant", § 167, cit..

³⁸² § 173, *ibid.*

³⁸³ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, 2004.

per quanto concerne obbligazioni nascenti dal contratto in forza della *umbrella clause*, prevista nel trattato rilevante³⁸⁴. Nella disamina della questione, il Tribunale ha preso le distanze dalla decisione precedente che, sebbene il BIT Svizzera-Pakistan contenesse una formula più vaga della clausola ombrello rispetto a quella del BIT Svizzera-Filippine³⁸⁵, ciononostante si presentava troppo restrittiva³⁸⁶. Si è precisato quindi che:

“Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law. That issue... is still governed by the investment agreement.”³⁸⁷

Nel *reasoning* si è riconosciuto espressamente che le *umbrella clauses* estendono la giurisdizione ICSID alle violazioni di obbligazioni nascenti dal contratto d’investimento, ma questo passaggio logico non le trasforma in violazioni del trattato, quanto piuttosto si tratterebbe di un’ipotesi di collegamento operata dalla clausola, per cui si tratterebbe comunque di una violazione contrattuale. Tuttavia, il Tribunale non ha ritenuto opportuno procedere a decisione poiché, nel caso in cui una delle parti non può fondare un ricorso per una mera violazione contrattuale nel caso in cui ha prestato un consenso specifico a sottoporre le controversie nascenti dal contratto ad una forma particolare di risoluzione delle controversie. La presenza di una clausola esclusiva di scelta del foro non ha effetti sulla giurisdizione, che continua a sussistere, ma non sull’ammissibilità del ricorso:

³⁸⁴ Il riferimento è all’art. X(2) del BIT Svizzera-Filippine, 1997, il quale prevede: “Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party”.

³⁸⁵ Nello specifico, la clausola contenuta nel trattato rilevante nel caso di specie fa specifico riferimento al territorio dello Stato in cui sono sorte le obbligazioni inerenti l’investimento, § 119, cit.

³⁸⁶ § 120, *ibid.*.

³⁸⁷ § 128, *ibid.*.

“To summarise, in the Tribunal’s view its jurisdiction is defined by reference to the BIT and the ICSID Convention. But the Tribunal should not exercise its jurisdiction over a contractual claim when the parties have already agreed on how such a claim is to be resolved, and have done so exclusively. SGS should not be able to approbate and reprobate in respect of the same contract: if it claims under the contract, it should comply with the contract in respect of the very matter which is the foundation of its claim. The Philippine courts are available to hear SGS’s contract claim. Until the question of the scope or extent of the Respondent’s obligation to pay is clarified... a decision by this Tribunal on SGS’s claim to payment would be premature.”³⁸⁸

Pertanto, nonostante la competenza del Tribunale non sia mai messa in discussione, il consenso specifico dell’investitore a sottoporre una determinata controversia, in forza di un principio analogo a quello della *lex specialis derogat generali*, ad un foro diverso rispetto a quello previsto dal trattato prevarrebbe ai fini dell’ammissibilità del ricorso. Si configurerebbe un’applicazione tacita di quanto previsto dall’art. 26 della Convenzione in materia di previo esaurimento dei ricorsi interni, per cui, nel caso in cui sia possibile esaurire il procedimento indicato nel contratto, sussisterà una competenza, per così dire, sussidiaria del Tribunale.

L’ultima delle pronunce esaminate, seppur resa in un momento immediatamente successivo alla prima³⁸⁹, rappresenta una chiara evoluzione di quanto riportato nella prima. Nella decisione di *SGS v. Pakistan*, infatti, è stato adottato un approccio fin troppo restrittivo del consenso, contenuto nel trattato, a sottoporre ad arbitrato ICSID le eventuali controversie in materia di investimenti protetti, non valorizzando appieno la portata della *umbrella clause* e senza approfondire seriamente l’eventuale rapporto con la clausola compromissoria contenuta nel

³⁸⁸ § 155, *ibid.*

³⁸⁹ La differenza temporale tra le due decisioni è inferiore all’anno.

contratto. Nel secondo caso, invece, si approfondisce questa relazione e si prospetta un suo inquadramento giuridico. Infatti, una volta che il consenso è stato manifestato da parte dello Stato nel trattato esso sarà condizione sufficiente a garantire la competenza del tribunale sull'intera controversia, anche se meramente inerente ad obbligazioni contrattuali, in forza della clausola ombrello. Ciò detto, in presenza di una clausola compromissoria specifica contenuta nel contratto d'investimento le istanze fondate esclusivamente su di esse saranno inammissibili innanzi al tribunale, che continuerà comunque a conservare la propria competenza sul caso ed, eventualmente, potrà decidere su di esse allorquando la via giurisdizionale alternativa non potrà essere seguita. Attraverso questo *reasoning* si riesce a rafforzare la giurisdizione ICSID mediante la sua estensione alle obbligazioni contrattuali, ma, al tempo stesso, si valorizza il *consensus specialis* prestato dalle parti, investitore compreso. Di seguito sarà analizzato l'impatto di queste decisioni sulla giurisprudenza successiva.

2.3 L'evoluzione caotica nella giurisprudenza successiva: l'incertezza nella individuazione di regole uniformi

Il percorso inaugurato con le summenzionate decisioni è stato in parte ripreso dalla giurisprudenza. Tuttavia, a causa dei differenti orientamenti profilatisi in riguardo alla portata delle *umbrella clauses* e del loro effetto sul consenso, è impossibile riuscire ad identificare un criterio uniformemente riconosciuto per risolvere la questione³⁹⁰.

La decisione *Joy Mining v. Egypt*³⁹¹, ad esempio, ha ripreso il *reasoning* della *SGS v. Pakistan*, dunque un approccio restrittivo nell'interpretazione della clausola. Infatti, in questo caso, il Tribunale ha ritenuto similmente che soltanto allorquando le violazioni del contratto siano così rilevanti, da determinare una lesione dei diritti garantiti dal Trattato, il consenso prestato dallo Stato ospite nello stesso possa estendersi, *per relationem*, alla controversia³⁹². Un caso simile è

³⁹⁰ Il modello elaborato in *SGS v. Philippines*, malgrado la sua validità, essendo giuridicamente fondato, non è riuscito ad imporsi.

³⁹¹ Cit..

³⁹² § 89-99, *ibid.*

*CMS v. Argentina*³⁹³, in cui si riprende il medesimo approccio, distinguendo tra *commercial disputes* e *treaty disputes*, secondo cui soltanto alle ultime, in ragione delle interferenze del Governo, si estende la giurisdizione ICSID³⁹⁴.

Un orientamento di senso diametralmente opposto si evidenzia nella decisione del caso *Conorzio Groupement v. Algeria*³⁹⁵, in cui si è stabilito che l'effetto delle clausole ha un effetto omnicomprensivo sulle obbligazioni contrattuali, la cui violazione configura automaticamente una violazione della *treaty umbrella clause*. Questo perché il consenso prestato dallo Stato ospite si estenderebbe all'intero contratto³⁹⁶. Questo ragionamento è stato ripreso in *Noble Ventures v. Romania*³⁹⁷, seppure il Tribunale faccia riferimento a limiti all'automatica estensione degli effetti del consenso che non potrebbero ricomprendere automaticamente tutte le obbligazioni contrattuali, omettendo del tutto di approfondirli o addirittura identificarli in quanto reputati non necessari ai fini del caso di specie³⁹⁸. La situazione è ancora meno chiara in *Sempra Energy v. Argentina*³⁹⁹, le argomentazioni della cui decisione fanno riferimento ad una non chiara commistione tra violazione degli obblighi contrattuali e del trattato. Questo sarebbe possibile in forza di presunti collegamenti con alcune disposizioni del BIT di riferimento, anche in questo caso non approfonditi minimamente⁴⁰⁰. La richiamata giurisprudenza, in base ai rilievi fatti, rivela la sua totale inconsistenza, infatti, manca un serio approfondimento del profilo e delle problematiche giuridicamente rilevanti ad esso connesse.

³⁹³ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, 2007.

³⁹⁴ § 89-100, *ibid.*

³⁹⁵ *Conorzio Groupement LESI-DIPENTA v Algeria*, ICSID Case No ARB/03/08, 2004.

³⁹⁶ § 24-27, *ibid.*

³⁹⁷ *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, 2005.

³⁹⁸ "...it is unnecessary for the Tribunal to express any definitive conclusion as to whether therefore, despite the consequences of the exceptional nature of umbrella clauses, referred to at paragraph 55 above, Art. II(2)(c) of the BIT perfectly assimilates to breach of the BIT any breach by the host State of any contractual obligation as determined by its municipal law or whether the expression "any obligation", despite its apparent breadth, must be understood to be subject to some limitation in the light of the nature and objects of the BIT...", § 161, *ibid.*

³⁹⁹ *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, 2005.

⁴⁰⁰ Si tratta di una decisione priva di un serio approfondimento giuridico della questione anche nel merito, non a caso infatti è stata annullata dal Comitato *ad hoc* per eccesso di potere del Consiglio. Si veda *Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award*, *ibid.*

Le decisioni più recenti sembrano essere riuscite a superare il rilevato *empasse* immediatamente successivo ai casi *SGS*. IN *BIVAC v. Paraguay*⁴⁰¹, il Tribunale ha ripreso in modo preciso il *reasoning* di *SGS v. Philippines*, per cui si adotta il medesimo criterio dell'inammissibilità dell'istanza allorquando vi sia già una clausola che designa in via esclusiva un altro meccanismo di risoluzione delle controversie, ma conservando comunque una competenza sussidiaria nel caso in cui non si possa esperire quella via. Una decisione sicuramente interessante, che riesce ad introdurre un nuovo elemento, è *SGS v. Paraguay*⁴⁰², in cui il Tribunale ha affrontato un altro profilo precedentemente ignorato, ovvero quello relativo al rapporto tra *umbrella clause* e potere sovrano. Esso ha attribuito una caratteristica fondamentale a questa tipologia di clausole, infatti esse consentono di estendere la prestazione del consenso da parte dello Stato anche a quei rapporti che non sono diretta espressione del suo *iure imperii*, per cui si afferma una sua responsabilità internazionale, sanzionabile pertanto dai tribunali ICSID, a causa dell'estensione derivante dall'impiego della clausola stessa⁴⁰³.

La presente rassegna giurisprudenziale ha messo in evidenza come sia impossibile far riferimento allo stato attuale di un modello uniforme seguito dai tribunali. La maggior parte delle decisioni sembra sottovalutare l'importanza della questione, atteso che si tratta di un profilo importantissimo che inerisce la prestazione del consenso, da parte dello Stato, per il tramite delle *umbrella clauses*, considerato la centralità del requisito *ratione voluntatis* nell'arbitrato ICSID. Le incertezze sul punto, come si è già visto, deriva principalmente dalla scarsa propensione dei collegi arbitrali ad approfondire il nesso giuridico tra clausole e contratti, spesso giustificando questa inerzia per la presunta inutilità di un ragionamento simile ai fini della risoluzione del caso di specie. Invece, nella decisione *SGS v. Philippines*

⁴⁰¹ *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case, No. ARB/07/9, 2012.

⁴⁰² *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, 2010.

⁴⁰³ "The Tribunal notes here the challenge of drawing a line between an ordinary commercial breach of contract and acts of sovereign interference or *iure imperii*, particularly in the context of a contract entered into directly with a State organ (here, the Ministry of Finance). Logically, one can characterize every act by a sovereign State as a "sovereign act"—including the State's acts to breach or terminate contracts to which the State is a party. It is thus difficult to articulate a basis on which the State's actions, solely because they occur in the context of a contract or a commercial transaction, are somehow no longer acts of the State, for which the State may be held internationally responsible", § 135, *ibid.*.

il Tribunale ha impostato un ragionamento sicuramente più articolato, fondato sulla necessità, da un lato, di riconoscere una posizione di supremazia del consenso statale espresso nel BIT, ma, dall'altro lato, limitandone gli effetti in caso di presenza di una clausola compromissoria esclusiva nel contratto, pur riconoscendo una competenza sussidiaria al Tribunale che continua a conservarla seppur non possa decidere la questione nel merito. La giurisprudenza più recente, come la summenzionata decisione del caso *BIVAC v. Paraguay*, sembra finalmente aver ripreso questa impostazione, ulteriormente approfondita da *SGS v. Paraguay* che, finalmente, pare aver individuato un ulteriore elemento che non era stato oggetto di analisi, ovvero l'estensione del consenso a sottoporre ad arbitrato ICSID pure quelle controversie in cui la lesione deriva da atti non strettamente riconducibili allo *ius imperii* dello Stato ospite. Si ritiene che l'estensione del consenso attraverso le *umbrella clauses* possa essere coerentemente valutato soltanto in riferimento a queste decisioni.

3 L'interpretazione delle *most-favoured-nation clauses* da parte dei tribunali ICSID

Il trattamento della nazione più favorita si realizza attraverso l'inserimento di una clausola in un trattato internazionale⁴⁰⁴, con la quale gli Stati contraenti si impegnano a concedersi reciprocamente il trattamento più favorevole che abbiano concesso o eventualmente concederanno in futuro, in una determinata materia, a uno o più Stati⁴⁰⁵. La disciplina specifica di queste clausole è regolata dal diritto internazionale generale, non essendo intervenuta una codificazione di dei principi alla base del loro funzionamento⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ L'origine storica di queste clausole è risalente nel tempo, vi sono loro tracce in trattati commerciali risalenti al medioevo. *I.e.* l'imperatore del Sacro Romano Impero Enrico III (1017-1056) garantì alla città di Mantova il medesimo livello di dazi riconosciuto ad altre città nel caso in cui fosse più vantaggioso. Per approfondire questo argomento, si veda NOLDE, B., *La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels*, in *Recueil des cours*, Académie de droit international de La Haye, The Hague, 1932.

⁴⁰⁵ Cfr. definizione di "Clausola della nazione più favorita", in *Treccani.it - L'Enciclopedia Italiana*, Treccani.

⁴⁰⁶ La *International Law Commission* ("ILC") ha adottato dei "Draft Articles on Most-Favored-Nation Clauses" nel 1978. Si tratta di un testo composto da 30 articoli, a cui si accompagna il

Questo genere di clausole è inserito negli accordi internazionali in materia di investimenti, al fine di garantire la massima estensione dell'ambito di tutela di un dato accordo assicurando la sua connessione con tutti gli ulteriori trattati in materia conclusi dalle parti contraenti⁴⁰⁷. La finalità per cui queste clausole sono inserite in accordi internazionali possono essere divergenti. Ad esempio, esse possono essere dirette a realizzare una tutela focalizzata sugli investitori, oppure per finalità eminentemente politiche⁴⁰⁸. Una peculiarità formale che caratterizza queste clausole è il carattere non-condizionale con cui sono formulate e la loro automatica applicazione a qualunque persona, fisica o giuridica, riconducibile ad uno degli Stati parte⁴⁰⁹. Lo standard di trattamento assicurato dalle clausole MFN dipende necessariamente dalla struttura complessiva del trattato in cui sono inserite. Nei trattati in materia di investimenti, la struttura è sufficientemente generale da poter ricomprendere ogni tipologia di investimento tutelato dall'accordo stesso⁴¹⁰. Le clausole generalmente ineriscono lo standard di trattamento degli investitori, ma possono concernere pure quello degli investitori o di entrambi. La loro funzione è quella di assicurare uno standard di tutela rafforzato contro i rischi non commerciali, sorti nel corso della conduzione di operazione d'investimento, per cui ineriscono ad una fase patologica della gestione dell'investimento, non già al suo trattamento complessivo⁴¹¹.

relativo commentario, pubblicato nello *Yearbook of the International Law Commission* dello stesso anno. Malgrado questa proposta non sia mai stata trasposta in un trattato, l'Assemblea Generale (*General Assembly*, "GA") dell'ONU nella sessione del 1991 ha adottato una risoluzione attraverso cui, sottolineando l'importanza della regolamentazione del settore, ha invitato gli Stati a riconoscerne il contenuto. Di recente, la GA al termine delle sessioni 2012/2013 ha deciso di ricostituire un gruppo di studio presso la ILC sulle clausole MFN. La cronistoria dettagliata è disponibile su http://legal.un.org/ilc/summaries/1_3.htm (I parte) e http://legal.un.org/ilc/summaries/1_3_part_two.htm (II parte).

⁴⁰⁷ Per approfondimenti in merito alla loro applicazione, si consiglia MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C., "The MFN Treatment Standard as a Treaty Clause", *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008

⁴⁰⁸ Come avviene negli accordi multilaterali regionali, in cui queste clausole sono predisposte per questa finalità.

⁴⁰⁹ Seppure gli Stati sono legittimati a limitarne l'ambito di applicazione.

⁴¹⁰ Un esempio di clausola, inserita *i.e.* nei BITs Germania-Barbados, UK-India, Francia-Mongolia, è la seguente: "Neither Contracting Party shall subject investments in its territory owned or controlled by nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than it accords in equivalent circumstance... to nationals or companies of any third State".

⁴¹¹ Ammettere un'applicazione così generale di queste clausole priverebbe di effettività la disciplina complessiva degli investimenti concordata dalle parti nell'accordo.

L'aspetto che interessa in questa sede è se il riconoscimento del trattamento della nazione più favorita ricomprenda al suo interno le disposizioni relative alla soluzione delle controversie. Come è già stato detto⁴¹², i BITs realizzano la tutela degli investimenti non solo dettando esclusivamente una disciplina sostanziale a loro protezione in caso di abusi da parte dello Stato ospite⁴¹³, ma soprattutto introducendo delle clausole che consentano di risolvere la controversia in un foro neutrale, *in primis* i tribunali ICSID. Pertanto, accogliendo una definizione estesa di MFN, il richiamo assicurato dalla clausola si estenderebbe alle disposizioni, inserite in trattati stipulati con altri Stati, designanti l'arbitrato ICSID come foro competente a dirimere eventuali controversie. Secondo questo meccanismo, nonostante l'assenza di una designazione dell'arbitrato ICSID nel trattato rilevante, laddove sia presente una clausola MFN sarebbe possibile richiamare eventuali disposizioni simili contenute in altri accordi internazionali di cui è parte lo Stato ospite, realizzando una prestazione del consenso *per relationem*⁴¹⁴. Riconoscere l'ammissibilità di un principio simile avrebbe delle ricadute devastanti sul piano giurisdizionale, poiché estenderebbe *ad infinitum* l'offerta di consenso prestata da uno Stato contenuta in un singolo trattato. La giurisprudenza ha iniziato un corso assolutamente positivo sotto questo aspetto, al tempo stesso evitando di incorrere in una situazione di abuso dei poteri arbitrali in ragione di un'applicazione cauta di questa possibilità. Di seguito sarà presentata una breve rassegna giurisprudenziale⁴¹⁵, in cui sarà ricostruito questo principio.

⁴¹² Cfr. par. 1, *supra*.

⁴¹³ *i.e.* il trattamento nazionale degli investimenti riconducibili a soggetti stranieri.

⁴¹⁴ Per la precisione, si tratterebbe in ogni caso di consenso *per relationem imperfecta*, poiché lo Stato ospite lo presterebbe perché non potrebbe non sapere che in altri trattati riconosce la possibilità di adire l'arbitrato internazionale, ma non in forza di un richiamato diretto. Per vedere come opera questo meccanismo in relazione alla "Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards" del 1958 ("New York Convention"), si segnalano le seguenti pronunce: *Del Medico & C. SAS v. Iberprotein SL*, Corte di Cassazione, Italia, n° 13231/2011; Bundesgerichtshof [BGH], Germania, III ZR 30/91, 1992.

⁴¹⁵ Anche questa rassegna avrà le caratteristiche della precedente al par. 2, *supra*.

3.1 Il limite della decisione nel caso *Maffezini v. Spain*

La prima decisione sulla competenza in cui si è affrontato questo problema è quella relativa al caso *Maffezini v. Spain*⁴¹⁶. In questo caso, il Tribunale ha ritenuto sussistere la propria competenza di un investitore argentino sulla base della clausola MFN del BIT Argentina-Spagna⁴¹⁷, rigettando la tesi dello Stato argentino, secondo la quale non erano stati esauriti i ricorsi interni secondo quanto previsto dal trattato rilevante⁴¹⁸. Al termine di una lunga elencazione di precedenti a livello internazionale⁴¹⁹, il Tribunale ha stabilito che:

“... it can be concluded that if a third party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favorable to the protection of the investor’s rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the *ejusdem generis* principle. Of course, the third-party treaty has to relate to the same subject matter as the basic treaty, be it the protection of foreign investments or the promotion of trade, since the dispute settlement provisions will operate in the context of these matters; otherwise there would be a contravention of that principle...”⁴²⁰

Risolvendo positivamente la questione dell’applicabilità della clausola MFN in riferimento alle *dispute settlement clauses*, il Consiglio Arbitrale ha ritenuto che debba sussistere una condizione necessaria, costituita dal rispetto del principio dell’*ejusdem generis*, secondo il quale gli accordi devono essere sufficientemente omogenei affinché possa operare il richiamo alla tutela giurisdizionale, nonché di

⁴¹⁶ *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case, No.ARB/97/7, 2000.

⁴¹⁷ Art. IV: ““In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country””.

⁴¹⁸ In particolare, il collegio difensivo del convenuto, come richiamato al § 42, *ibid.*, sosteneva che la clausola dovesse evitare situazioni di discriminazione relative al trattamento economico degli investitori esteri, non essendo invece rilevante in materia di questioni procedurali.

⁴¹⁹ *I.e.* il richiamo al caso *Anglo-Iranian Oil Company* del 1952 davanti la ICJ, in cui la Corte ha ritenuto sussistere la propria competenza in forza di una clausola MFN, si veda il § 44, *cit.*.

⁴²⁰ § 56, *cit.*.

non molto chiare condizioni di *public policy*⁴²¹. Infatti, si tenta di porre un limite alla possibilità di estendere il rinvio operato dalla suddetta clausola, essendo il principio dell'*eiusdem generis* interpretabile in modo estensivo in materia, attraverso il riferimento alla considerazione dei trattati complessivamente sottoscritti dallo Stato ospite, in questo caso la Spagna, da cui si potrebbe ricostruire la prestazione di una sorta di consenso tacito⁴²². Si tratta di una statuizione molto pericolosa, con cui non si fornisce una soluzione attendibile, stante il rischio che diventi una *probatio diabolica*, nonché, soprattutto, si violerebbero il principio di autonomia del consenso statale. Infatti, le regole d'interpretazione dei trattati previsti dal diritto internazionale generale prevedono che un trattato debba essere interpretato esclusivamente in base ad elementi desumibili direttamente dall'accordo⁴²³, non essendo assolutamente prevista la possibilità di interpretare una disposizione in base agli accordi complessivamente sottoscritti da uno Stato⁴²⁴.

Nonostante l'impatto che questa decisione ha avuto in dottrina⁴²⁵, si segnalano forti profili di criticità. Il Tribunale non ha proceduto a una strutturazione delle modalità operative del rinvio, né tantomeno ha tracciato l'iter logico da seguire per poter argomentare la prestazione del consenso. Si è limitato al riferimento ad un principio assolutamente generico come quello dell'*eiusdem generis*, del tutto improprio considerando la struttura simile dei trattati in materia di investimento⁴²⁶, per cui non consentirebbe di tracciare i confini dell'operatività di questo rinvio. Inoltre, il già richiamato tentativo di interpretare un trattato bilaterale, in base ad una presunta prassi dei trattati conclusi da una delle parti, non può essere accettato poiché non può essere considerato compatibile con il

⁴²¹ A partire dal § 56, *ibid.*.

⁴²² § 58, *ibid.*.

⁴²³ Com'è noto, possono essere utilizzati *extrema ratio* al massimo i lavori preparatori, ex art. 32, Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, cit.

⁴²⁴ Accogliere un principio simile in Diritto Internazionale è del tutto inammissibile perché sarebbe lesivo del principio di sovranità degli Stati, essendo compromessa la loro autonomia in base alla quale possono concludere liberamente trattati.

⁴²⁵ Si ricordano i toni entusiasti in FIGANMEŞE, I. A., *The impact of the Maffezini decision on the interpretation of MFN clauses in investment treaties*, in *Ankara Law Review*, 2011.

⁴²⁶ La prassi ha dimostrato come si utilizzino dei veri e propri modelli di base per poter stipulare un trattato, per cui questo principio troverebbe applicazione in modo fin troppo generalizzato. Si veda, NEWCOMBIE, A., PARADELL, L., "Historical Development of Investment Treaty law", *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.

diritto internazionale generale. Seppur sia sicuramente da apprezzare il tentativo di estendere la giurisdizione ICSID mediante l'utilizzo di una clausola MFN, questa decisione rivela una debolezza notevole del ragionamento giuridico che sta alla sua base. Pertanto, non si ritiene che possa costituire un valido precedente e soltanto pronunce successive sapranno strutturare un principio valido.

3.2 La validità del modello delineato nel caso *Plama v. Bulgaria*

Il Tribunale del caso *Plama v. Bulgaria*⁴²⁷ ha richiamato un principio fondamentale nella decisione sulla competenza. Il caso di specie si contraddistingue per una fattispecie complessa in cui il ricorrente, una società cipriota, lamentava da ,un lato, la violazione di disposizioni dell'*Energy Charter Treaty* ("ECT") e, dall'altro lato, quelle del BIT Bulgaria-Cipro.

Non sussistono profili rilevanti in materia di prestazione del consenso per quanto riguarda l'ECT in quanto vi è una clausola attributiva della competenza giurisdizionale all'ICSID⁴²⁸, ma per quanto riguarda il trattato bilaterale rilevante non è possibile dire lo stesso poiché non c'è una disposizione simile. Essendoci comunque una clausola MFN⁴²⁹, si ripropone la questione analizzata nel caso precedente, essendo la Bulgaria parte di altri trattati in cui questa possibilità è riconosciuta⁴³⁰. Il Tribunale ha negato questa possibilità e, in particolare, ha evidenziato quanto segue:

“... arbitration is the generally accepted avenue for resolving disputes between investors and states... that phenomenon does not take away the basic prerequisite for arbitration: an agreement of the parties to arbitrate. It is a well-established principle, both in domestic and international law, that such an agreement should be clear and unambiguous. In the

⁴²⁷ *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, 2005.

⁴²⁸ L'art. 26 dell'ECT contiene una clausola che riconosce in capo ai privati la possibilità di adire l'arbitrato ICSID. Per approfondire le questioni giurisdizionali dell'ECT, si consiglia HOBÉR, K., *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010.

⁴²⁹ Ex art. 3, BIT Bulgaria-Cipro, 1988.

⁴³⁰ I.e. il BIT Finlandia-Bulgaria, 1997.

framework of a BIT, the agreement to arbitrate is arrived at by the consent to arbitration that a state gives in advance in respect of investment disputes falling under the BIT, and the acceptance thereof by an investor if the latter so desires.”⁴³¹

La matrice consensuale della procedura arbitrale è una caratteristica indefettibile, anche in un sistema di arbitrato istituzionalizzato come l’ICSID per cui una prestazione del consenso così lata, attraverso il mero utilizzo di una clausola MFN, non è ammissibile. Come correttamente ha rilevato il Tribunale, la prestazione del consenso è già ampiamente facilitata attraverso il meccanismo del consenso unilaterale anticipato dello Stato parte nel sistema dei BIT, ma in assenza di un riferimento simile il silenzio non può essere superato⁴³². La volontà di sottoporre le controversie in materia di investimento ad arbitrato può ricomprendere la totalità delle controversie in materia di investimento, a condizione che siano compatibili con i requisiti *ratione materiae* e *ratione personae*, ma deve comunque essere chiara in base all’atto in cui essa si assume essere manifestata, non potendo essere tollerabile che sia dubbia⁴³³. Ciò detto, il tribunale ha fatto un’importantissima precisazione, riprendendo il ragionamento giuridico rimasto incompiuto dell’omologo in *Maffezini v. Spain*⁴³⁴:

“The decision in *Maffezini* is perhaps understandable. The case concerned a curious requirement that during the first 18 months the dispute be tried in the local courts. The present Tribunal sympathizes with a tribunal that attempts to neutralize such a provision that is nonsensical from a practical point of view. However, such exceptional

⁴³¹ § 198, *ibid.*.

⁴³² Nella decisione, § 200, *ibid.*, il richiamo è alle regole dell’”UNCITRAL Model Law” che all’art. 7(2) prevede che la prestazione del consenso *per relationem* sia valida soltanto allorquando il richiamo alla clausola compromissoria esterna è tale da renderla parte del contratto. Ragionevolmente, si afferma che “doubts as to the parties’ clear and unambiguous intention can arise if the agreement to arbitrate is to be reached by incorporation by reference”, § 199, *ibid.*.

⁴³³ Ragionevolmente, si afferma che “doubts as to the parties’ clear and unambiguous intention can arise if the agreement to arbitrate is to be reached by incorporation by reference”, § 199, *ibid.*. Questa cautela da parte dei tribunali deve essere ancora più forte rispetto a controversie tra privati, considerando che sono chiamati ad interpretare la manifestazione di volontà di uno Stato.

⁴³⁴ C’è una ripresa diretta alla decisione, analizzata ai § 203 ss., *ibid.*.

circumstances should not be treated as a statement of general principle guiding future tribunals in other cases where exceptional circumstances are not present.”⁴³⁵

Il Tribunale ha individuato una differenza fondamentale tra i BITs rilevanti nelle due fattispecie. Infatti, mentre, da un lato, il BIT Argentina-Spagna prevede, in ogni caso, la competenza giurisdizionale ICSID, seppur condizionata, dall’altro lato, il BIT Bulgaria-Cipro non contiene alcun riferimento al sistema ICSID. Secondo il suo *reasoning*, la formulazione generale di una clausola MFN estenderebbe comunque i suoi effetti alle eventuali condizionalità a cui è eventualmente subordinato il consenso, *i.e.* il previo esaurimento dei ricorsi interni, senza tuttavia incidere a livello sostanziale sulla prestazione del consenso che deve comunque esserci. Attraverso questo ragionamento, il Tribunale ha strutturato un modello giuridicamente fondato con cui poter valutare l’impatto di queste clausole sulla prestazione del consenso, il cui effetto si estende esclusivamente alle modalità procedurali a cui il consenso è prestato, in linea con i già richiamati principi internazionali in materia.

Questa decisione si è rivelata determinante, poiché l’ultimo rilievo analizzato, nonostante sia stato affrontato dal Tribunale *incidenter tantum*, ha indicato la strada corretta da seguire per poter tracciare delle regole da seguire in fattispecie analoghe.

3.3 La mancanza di una prassi giurisprudenziale uniforme

Il modello indicato nel caso *Plama v. Bulgaria* ha tracciato sicuramente l’unica via percorribile per addivenire ad un’applicazione selettiva delle clausole MFN in materia di consenso, ciononostante la giurisprudenza ha stentato ad accoglierlo, frantumandosi in una prassi incostante⁴³⁶.

Il Tribunale del caso *Wintershall v. Argentina*, nonostante si fosse trovato in una situazione del tutto analoga a quella di *Maffezni*, ha declinato nella decisione la

⁴³⁵ § 224, *ibid.*

⁴³⁶ Per approfondire quest’evoluzione, si consiglia PAPANISKIS, M., *MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond Maffezini and Plama?*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2011.

propria competenza⁴³⁷, ritenendo non invocabile la clausola MFN per quanto riguarda le questioni giurisdizionali nemmeno in relazione alle condizionalità procedurali⁴³⁸. Il *reasoning*, ripercorrendo errori già visti, è incentrato prevalentemente sulla disamina di precedenti giurisprudenziali, *in primis* della ICJ⁴³⁹, senza concentrarsi troppo sulla motivazione *strictu sensu* del rigetto dell'ammissibilità del reclamo e, soprattutto, contraddicendosi con il ritenere non ammissibile il principio dello *stare decisis*⁴⁴⁰ nell'arbitrato ICSID. *Viceversa*, con la decisione *Impregilo v. Argentina*⁴⁴¹ si è ripreso l'orientamento *Maffezini v. Spain* al fine di superare il limite procedurale del previo esaurimento dei ricorsi interni. Il Tribunale ha ritenuto che il carattere generale del linguaggio del BIT, che non delimita l'ambito di applicazione della clausola MFN⁴⁴², deve essere interpretato come in grado di "encompass dispute settlement provisions"⁴⁴³, per cui addirittura, rispetto a quanto visto nel caso richiamato, non vi sarebbe alcun limite di *public policy*⁴⁴⁴. Questa decisione pertanto presenta *a fortiori* limiti ancora più evidenti, in quanto l'argomentazione risulta essere estremamente superficiale, facendo esclusivamente perno sui termini di una singola disposizione senza utilizzare le tecniche interpretative previste dal diritto internazionale generale. Inoltre, è assolutamente incomprensibile la convinzione manifestata dal Tribunale di aver individuato la base giuridica per consentire l'espansione dell'ambito di applicazione delle clausole MFN alle questioni giurisdizionali e, soprattutto, la sua presunzione di aver finalmente trovato la soluzione per risolvere i contrasti giurisprudenziali in materia⁴⁴⁵. L'unica pronuncia che

⁴³⁷ *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, 2008.

⁴³⁸ § 198, *ibid.*.

⁴³⁹ *I.e.* citando il caso *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey)*, 1976-78.

⁴⁴⁰ "...stare decisis has no application to decisions of ICSID tribunals – each tribunal being constituted ad hoc to decide the dispute between the parties to the particular dispute...", § 194, *ibid.*.

⁴⁴¹ *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, 2011.

⁴⁴² L'art. 3(1) del BIT Italia-Argentina prevede infatti che "Ciascuna Parte Contraente, nel proprio territorio, accorderà agli investimenti realizzati da investitori dell'altra Parte Contraente, ai redditi ed alle attività connesse con gli investimenti stessi nonché a tutte le altre questioni regolate dal presente Accordo un trattamento non meno favorevole di quello riservato ai propri investitori od a investitori di Paesi terzi".

⁴⁴³ § 103, *ibid.*.

⁴⁴⁴ Si rinvia al par. 3.2 in cui è descritto il tentativo in *Maffezini v. Spain* di individuare un limite all'applicabilità della clausola MFN in materia di questioni giurisdizionali.

⁴⁴⁵ Il Tribunale, infatti, stigmatizza le divisioni giurisprudenziali sul punto, ritenendo che la sua soluzione sia il metodo più efficace per risolvere questi contrasti, § 108, *ibid.*.

riprende correttamente il *reasoning* seguito nel caso *Plama v. Bulgaria* è la decisione sulla competenza del caso *Hochtief v. Argentina*⁴⁴⁶, che ha risolto positivamente la questione sulla competenza ritenendo superabile il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni. Il Tribunale, anziché lanciarsi in avventurose analisi giurisprudenziali, ha approfondito i profili giuridici riguardanti le disposizioni attributive della competenza ICSID e le eventuali condizioni a essa applicate:

“The Tribunal observes that this approach to distinguishing between what is a new, independent, right to arbitrate and what is simply a manner in which an existing right to arbitrate must be exercised reflects the distinction between questions of jurisdiction and questions of admissibility. Jurisdiction is an attribute of a tribunal and not of a claim, whereas admissibility is an attribute of a claim but not of a tribunal. A distinction may also be drawn between questions of admissibility and questions of receivability. A tribunal might decide that a claim of which it is seised and which is within its jurisdiction is inadmissible (for example, on the ground of *lis alibi pendens* or *forum non conveniens*); or it might refuse even to receive and become seised of a claim that is within its jurisdiction because of some fundamental defect in the manner in which the claim is put forward.”⁴⁴⁷

Si è distinto tra requisiti giurisdizionali e condizioni di ammissibilità. I requisiti giurisdizionali sarebbero una prerogativa dei tribunali, per cui non rientrerebbero nell’ambito di applicazione delle condizioni della nazione più favorita, mentre per quanto concerne le condizioni di ammissibilità esse costituirebbero una parte integrante dell’istanza. Pertanto, la verifica delle condizioni applicate al consenso rientrano tra i requisiti giurisdizionali, ma sono mere condizioni di ammissibilità che possono essere superate attraverso una clausola MFN. Questa pronuncia deve essere senz’altro apprezzata poiché, come nel caso *Plama v. Bulgaria*, il Tribunale

⁴⁴⁶ *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, 2011.

⁴⁴⁷ § 90, *ibid.*.

ha focalizzato il suo *reasoning* sull'approfondimento della struttura giuridica della fattispecie, evitando confusionari rinvii a giurisprudenza incerta, se non addirittura pronunce riconducibili a giurisdizioni estranee all'ICSID.

Come è emerso nel corso della trattazione, la giurisprudenza è estremamente frammentaria e non è riuscita ad avviare una prassi uniforme sulla corretta interpretazione dell'estensione delle clausole MFN. Si evidenzia la mancanza generale di un approccio comune nella trattazione della questione, nella maggior parte dei casi evitata mediante un richiamo esagerato a precedenti giurisprudenziali ed evitando un'analisi dei *legal issues* del caso concreto. Questo ha determinato l'impossibilità di individuare regole chiare sull'interpretazione delle clausole MFN, il cui impatto sulla giurisdizione dipende largamente dal *reasoning* seguito dal Tribunale. L'unica decisione meritevole di essere apprezzata è quella relativa al caso *Plama v. Bulgaria*, in cui si è delineato un modello interpretativo efficace, successivamente ripreso dal Tribunale del caso *Hochtief v. Argentina*, che riesce, con argomentazioni giuridicamente fondate, a temperare le concezioni estremiste in materia. Preso atto della centralità della prestazione del consenso e della sua sostanziale inderogabilità, si è limitato l'estensione degli effetti della clausola MFN esclusivamente alle condizioni applicate all'offerta unilaterale di giurisdizione ICSID dello Stato. Il criterio fondato sulla distinzione tra ammissibilità e giurisdizione, elaborato nelle summenzionate pronunce, sembra essere l'unica concezione in grado di delimitare in modo chiaro la giurisdizione del Centro in relazione a questo profilo.

Capitolo V

I ricorsi di massa nella giurisdizione ICSID

1 I ricorsi di massa nel diritto internazionale: il fenomeno della *mass investment arbitration*

L'arbitrato internazionale in materia d'investimento si è confrontato solo di recente con la questione dei *mass claims*, ovvero dei ricorsi di massa. Soltanto a seguito del default argentino sono state registrate le prime istanze di arbitrato ICSID. Prima del fallimento dello Stato sudamericano, questa tipologia di controversie non era mai stata gestita dal Centro, per cui i tribunali del Centro hanno dovuto confrontarsi con le problematiche relative alla loro giustificazione compatibilmente con la procedura arbitrale.

Il fenomeno dei ricorsi di massa, non è comunque un fenomeno ignoto nel diritto della giurisdizione internazionale. A partire dall'inizio del XX secolo sono stati istituiti un gran numero di commissioni e tribunali speciali, pertanto con competenza limitata alla risoluzione di specifiche controversie⁴⁴⁸. I primi organismi di questo tipo sono stati creati alla fine della I Guerra Mondiale, in cui furono create molteplici commissioni e tribunali misti per gestire le richieste di risarcimento avanzate da stranieri per i danni subiti a causa del conflitto internazionale⁴⁴⁹, senza tuttavia riuscire efficacemente a causa di una gestione inefficiente del carico di lavoro. Con la II Guerra Mondiale si decise di abbandonare questo modello di gestione delle controversie, che fu sostituito con negoziazioni intergovernative a livello diplomatico, seguiti da accordi determinanti una cifra forfettaria distribuita tramite le vie giurisdizionali interne⁴⁵⁰, determinando così una nazionalizzazione di questo tipo di procedimenti di massa⁴⁵¹. Successivamente, si è riaffermato progressivamente il ruolo di

⁴⁴⁸ In dottrina, si parla di un vero e proprio "passato glorioso" di questo genere di organismi per la risoluzione delle controversie. Si veda: BEDERMAN, D. J., *The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals*, in *International Courts for the Twenty-first century*, a cura di M. JANIS, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publisher, 1992; HEISKANEN, V., "The Glorious Past of International Claims Commissions and Claims Tribunals", *Arbitrating Mass Investor Claims*, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, Permanent Court of Arbitration, New York, Oxford University Press, 2009.

⁴⁴⁹ Per approfondire, BOUCHEZ, L. J., *The prospects for international arbitration : disputes between states and private enterprises*, in *International Arbitration: Past and Prospects : a Symposium to Commemorate the Centenary of the Birth of Professor J.H.W. Verzijl (1888-1987)*, a cura di SOONS, A. H. A., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, p. 152.

⁴⁵⁰ Si veda BANK, R., FOLTZ, F., *Lump-sums- Agreements*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di WOLFRUM, 2012.

⁴⁵¹ Come avvenuto nel caso della "Foreign Claims Commission" statunitense.

commissioni e tribunali internazionali per la gestione di ricorsi di massa, come nel caso dell'*Iran-United States Claims Tribunal* ("Iran-US CT") sorto per dirimere le controversie tra persone, fisiche e giuridiche, e Stati dopo la Rivoluzione iraniana⁴⁵². La ragione per cui si è scelto di tornare a questo modello risiedono principalmente nella riacquisizione della fiducia nelle istituzioni del diritto internazionale alla fine della Guerra Fredda. Questi organismi di "terza generazione" si differenziano da quelli creati a conclusione della I Guerra Mondiale in ragione di una maggiore razionalizzazione dei procedimenti che le contraddistingue, raggiunta primariamente mediante l'adozione di nuovi metodi tecnici⁴⁵³. Grazie ad essi, è stato possibile innanzitutto delegare alcune funzioni di controllo delle istanze direttamente al segretariato delle commissioni giudicanti, come la catalogazione delle istanze in base ad elementi di diritto o di fatto simili, nonché procedere alla trattazione di più istanze in unico procedimento in ragione della condivisione della fattispecie, alla raccolta *ex officio* delle prove, all'adozione di presunzioni e oneri della prova ridotti. Con la fine dello scorso millennio, esauritasi la portata innovativa di questi organismi internazionali, sembra essere iniziato un nuovo processo di nazionalizzazione di questo tipo di controversie, a seguito del superamento della fase internazionale dei principali programmi e il passaggio a fasi meramente interne. Secondo questa nuova impostazione, l'organizzazione internazionale svolge esclusivamente una funzione di assistenza tecnica iniziale, ma la procedura è gestita esclusivamente a livello nazionale⁴⁵⁴. La ragione di questo declino non è comunque dovuta a una perdita di fiducia in questi procedimenti internazionali a causa della loro inefficienza come già avvenuto in passato, essendosi anzi rivelati un sistema sicuramente validi nella gestione di ricorsi di massa. Il motivo del progressivo abbandono di una fase internazionale è riconducibile al progressivo aumento della riluttanza della

⁴⁵² Per approfondire questo meccanismo di risoluzione delle controversie, BROWER, C. N., BRUESCHKE, J. D., *The Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

⁴⁵³ *I.e.* il trattamento computerizzato, si veda il par. 1.2, *infra*.

⁴⁵⁴ *I.e.* In Iraq, a seguito della Seconda Guerra del Golfo, l'*International Organization for Migration* ("IOM") ha favorito la creazione della *Commission for Resolution of Real Property Disputes* ("CRRPD") per risolvere le controversie aventi ad oggetto proprietà reali, limitandosi a fornire assistenza.

comunità internazionale nel farsi carico dei costi associati a questi procedimenti⁴⁵⁵.

Il fenomeno della *mass investment arbitration* costituisce un'eccezione al progressivo declino delle *international claims commissions*. Dopo la summenzionata crisi argentina, l'ICSID costituisce l'unico foro neutrale a cui gli investitori privati stranieri possono rivolgersi in caso di controversie relative al mancato pagamento di titoli obbligazionari esteri⁴⁵⁶, non essendoci a livello internazionale un meccanismo giurisdizionale *ad hoc*. A differenza degli organismi *ad hoc* richiamati, né la Convenzione né tantomeno le *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings* ("Regolamento Arbitrale") prevedono una regolamentazione dei *mass claims*, per cui la regolamentazione procedurale deve essere, nel caso, ricostruita in sede di contenzioso. In questa analisi, saranno analizzate le basi giuridiche che hanno consentito ai tribunali ICSID, a partire dalla decisione sulla competenza del caso *Abaclat*⁴⁵⁷, di ritenersi competenti a dirimere istanze di questo genere, previa analisi di alcuni aspetti relativi alla definizione stessa di ricorso di massa nel diritto internazionale e della sua metodologia.

1.1 Definizione di ricorso di massa

Allo stato attuale non esiste una definizione tecnica universalmente accettata di cosa sia un procedimento per *mass claims* in diritto internazionale e, *a fortiori*, anche nell'arbitrato internazionale degli investimenti. La dottrina ritiene che vi siano tre elementi che contraddistinguono questo tipo di procedimenti, ovvero una procedura semplificata, la quale consente di instaurare un procedimento unico in

⁴⁵⁵ Tra le voci di costo più elevate vi è quella relativa al finanziamento dei fondi da stanziare in favore degli istanti vittoriosi, sebbene in essi confluiscono proventi di altro genere. Ad esempio, la *United Nations Claims Commission* ("UNCC"), istituita alla fine della I Guerra del Golfo con la "Resolution 687" del 1991 da parte del *Security Council* dell'ONU, è finanziata con una percentuale delle vendite del petrolio iracheno, in forza della risoluzione 687/1991 del Consiglio di Sicurezza che riconosceva la responsabilità dell'Iraq nella causazione del conflitto armato. Per approfondire, si veda l'"Introduction" nel sito ufficiale dell'UNCC, disponibile all'indirizzo <http://www.uncc.ch/introduc.htm>.

⁴⁵⁶ Gli Stati possono in ogni caso adire la Corte Internazionale di Giustizia in questo tipo di controversie. Si veda il caso *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, 1955-57.

⁴⁵⁷ *Abaclat and Others v. Argentine Republic* (precedentemente, *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*), ICSID Case No. ARB/07/5, 2011.

cui confluiscono molteplici istanze che, ciononostante, condividono fatti o questioni legali comuni⁴⁵⁸.

Questo tipo di procedimenti si contraddistingue per una procedura semplificata. E' introdotta una deroga alle rigide regole del giusto processo che contraddistinguono i processi ordinari, a causa della necessità di contemperare, da un lato, la formalità che deve contraddistinguere l'intera procedura e, dall'altro, quello di garantire la partecipazione di molteplici istanti⁴⁵⁹. Le norme di *due process* applicabili alla giustizia individuale non possono, infatti, riguardare questo tipo di procedimenti, che, in ogni caso, devono recepirle seppur in modo diverso, al fine di rispettare i principi di equità, credibilità e legittimità⁴⁶⁰. Ciononostante, c'è il rischio di compromettere la funzione di legittimazione che le regole procedurali hanno all'interno del sistema, oltre alla possibilità che si verifichi una non corretta applicazione della legge sostanziale. In base a questi ultimi rilievi, risulta evidente che deve esistere una base normativa che giustifichi simili procedimenti, poiché in assenza di disposizioni *ad hoc* la violazione del principio del giusto processo sarebbe una conseguenza inevitabile⁴⁶¹.

La caratteristica fondamentale che contraddistingue i ricorsi di massa è l'aggregazione in un unico procedimento di un grande numero d'istanze⁴⁶². Una precisazione sul punto è necessaria. Ciò che distingue il *mass claim* da altre tipologie di ricorso, contraddistinti sempre dall'esistenza di più attori⁴⁶³, è l'impossibilità oggettiva di condurre efficacemente procedure individuali in

⁴⁵⁸ Cfr. ROSENFELD, F., *Mass Claims in International Law*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2013.

⁴⁵⁹ Caratteristiche analoghe contraddistinguono i *mass claims* nelle commissioni di conciliazione; cfr. ROMANO, C., ALTER, K., SHANY, Y., "The influence of large numbers: individualized adjudication vs mass claims techniques", *The Oxford Handbook of International Adjudication*, New York, Oxford University Press, 2013.

⁴⁶⁰ Per approfondire il riconoscimento di questo principio VAN HOUTTE, H., YI, I., *Due Process in International Mass Claim*, in *Erasmus Law Review*, Vol. 1, No. 2, 2008. *I.e.* in questo scritto si fa specifico riferimento all'art. 6 della CEDU, che è stato utilizzato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo come linea guida per valutare l'ammissibilità di un ricorso di massa.

⁴⁶¹ Cfr. par. 1.2, *infra*.

⁴⁶² Per approfondire, STRONG, S. I., "Is Large-Scale Arbitration Really Arbitration?", *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*, New York, Oxford University Press, 2013.

⁴⁶³ *I.e.* il ricorso collettivo nell'ordinamento processuale italiano.

ragione della scarsità di presupposti per poterle iniziare⁴⁶⁴. Generalmente, sono i regolamenti procedurali del singolo organismo che regolano questo aspetto, in quanto è essenziale avere regole certe⁴⁶⁵. La difficoltà in capo agli individui di iniziare un procedimento *uti singuli*, in altri termini, deve essere così rilevante da impedire in capo ad essi di ottenere il riconoscimento dei loro diritti. In questo modo, si riconosce che la scriminante si basi su un criterio qualitativo, non un criterio meramente quantitativo in quanto ai fini dell'ammissibilità della procedura è irrilevante la variabilità degli istanti in procedimenti internazionali⁴⁶⁶. Solo in questa circostanza, sarebbe giustificabile infatti la deroga ai principi del giusto processo.

L'ulteriore fondamentale caratteristica che contraddistingue i *mass claims* è la necessaria presenza di un elemento comune alle istanze confluite nella massa, sia esso rappresentato una questione legale oppure un elemento fattuale. Deve trattarsi di un elemento sufficientemente omogeneo affinché si possa attivare una procedura simile, di cui deve essere possibile suffragare l'esistenza nell'allegazione probatoria⁴⁶⁷. In relazione all'elemento comune, in questa sede ci si limita a specificare che deve trattarsi della medesima o, comunque simile, questione comune a tutte. La situazione più frequente, nonché più semplice da dimostrare, è la violazione delle medesime regole previste da una norma

⁴⁶⁴ L'aspetto fondamentale è che non si tratta di presupposti meramente economici, ma relativi a fattori come il tempo, la scarsità dei mezzi probatori, la complessità della fattispecie.

⁴⁶⁵ Si consiglia di prendere visione delle modalità di implementazione di questo principio nei principali tribunali e commissioni internazionali, *i.e.* UNCC e Iran-US CT, in HOLTZMANN, H. M., KRISTJANSDOTTIR, E., "Due Diligence", *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2007.

⁴⁶⁶ Le istanze innanzi al *Claims Resolution Tribunal* ("CRT I"), che era stato istituito per gestire le istanze concernenti gli *assets* depositati nelle banche svizzere da parte delle vittime dei crimini commessi dai nazisti, prima o durante la II Guerra Mondiale, sono stati 10.000, come emerge dal *Final Report* del 2012. Diversamente, l'UNCC si è dovuta confrontare con ben 2.7 milioni di istanze, come emerge dal rapporto *Status of Payment of Claims* disponibile pubblicato nel sito ufficiale dell'UNCC all'indirizzo <http://www.uncc.ch/status.htm>. Nel caso che sarà oggetto di approfondimento *Abaclat* innanzi all'ICSID, il numero degli istanti iniziali era superiore ai 180.000, come evidenziato nella stessa decisione sulla competenza § 1.

⁴⁶⁷ I collegi difensivi, per poter attivare questo tipo di procedure, ricorrono sempre più spesso ad argomentazioni estreme, dirette a renderle più simili ad istanze concernenti titoli di credito. Per approfondire la situazione negli Stati Uniti d'America, JACKSON, J. R., *Mass Torts and Consumer Class Actions: Pleading Artificial Homogeneity*, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP & Affiliates, disponibile all'indirizzo http://www.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications1641_0.pdf.

internazionale⁴⁶⁸. La comunanza del fatto si caratterizza per la condivisione di circostanze identiche o simili da parte degli istanti. Nella prassi, la somiglianza delle cause dipende dal verificarsi di un unico evento che determina una lesione dei diritti individuali di molteplici soggetti⁴⁶⁹. Il grado di comunanza di tale fattore è importantissimo al fine di determinare la competenza dell'organo giudicante, di conseguenza l'allegazione probatoria del collegio difensivo degli istanti, nella fase giurisdizionale, dovrà essere diretta alla dimostrazione positiva della sua esistenza.

In ogni caso, i summenzionati tre elementi devono essere valutati in base alla base normativa di riferimento, poiché la definizione di *mass claims* non può prescindere dalle peculiarità derivanti dalla loro base normativa. Infatti, le caratteristiche del ricorso di massa devono essere sempre ricostruite sulla base di essa, non essendoci una definizione astrattamente predeterminata in diritto internazionale. Gli strumenti normativi che possono essere utilizzati, mancando una norma consuetudinaria al riguardo, sono essenzialmente due, ovvero gli atti riconducibili alla manifestazione del consenso delle parti⁴⁷⁰, e quelli adottati da parte di Organizzazioni Internazionali⁴⁷¹. La conclusione di trattati internazionali consente di riconoscere agli individui la possibilità di utilizzare lo strumento del ricorso di massa, come meccanismo procedurale alternativo al ricorso individuale⁴⁷². Un esempio dell'alternatività, lo si può trovare sia nelle regole procedurali del *Claims Resolution Tribunal* ("CRT I")⁴⁷³ sia dell'*Eritrea Ethiopia Claims Commission* ("EECC")⁴⁷⁴, in cui vi sono due procedure, una fondata su un

⁴⁶⁸ Infatti è raro il caso in cui sia possibile dimostrare l'esistenza di un sufficiente grado di omogeneità in presenza di norme diverse, seppur simili.

⁴⁶⁹ Per approfondire il fenomeno dei c.d. *mass torts*, NAGAREDA, R. A., "The Mass Tort Problem", *Mass Torts in a World of Settlement*, Chicago, University of Chicago Press, 2008, pp. 1-29.

⁴⁷⁰ Le Organizzazioni Internazionali, siano esse universali oppure regionali, hanno il potere di concludere Trattati, che, in futuro, potrebbero contenere previsioni disciplinanti i *mass claims*. Per approfondire gli aspetti generali di questa prerogativa, SCHNEIDER, J. W., *Treaty Making Power of International Organizations*, in *Travaux de Droit d'Economie et de Sociologie*, Genève, Librairie Droz, 1963.

⁴⁷¹ L'unica Organizzazione Internazionale che *de facto* ha esercitato questa prerogativa è le Nazioni Unite, tramite i mandati del Consiglio di Sicurezza.

⁴⁷² L'alternatività della scelta è confermata negli ordinamenti interni, si veda FEINBERG, K. R. *Compensating the Families and Victims of September 11th: An Alternative to the American Tort System*, in *The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration*, a cura della PERMANENT COURT OF ARBITRATION, New York, Oxford University Press, 2006.

⁴⁷³ Cfr. la parte terza delle "Rules Governing the Claims Resolution Process", 2001.

⁴⁷⁴ Cfr. "Eritrea Ethiopia Claims Commission - Rules of Procedure", 2000.

ricorso semplificato di massa⁴⁷⁵, caratterizzato da presunzioni, e una procedura individuale caratterizzata da una maggiore attenzione al caso singolo, entrambe attivabili in base alla volontà dell'istante⁴⁷⁶.

1.2 La procedura

La possibilità stessa di gestire ricorsi di massa, in cui confluisce un numero elevatissimo di istanti, come già rilevato⁴⁷⁷, risiede nella già cennata adozione di tecniche e metodi necessari per permettere la loro trattazione simultanea. L'adozione di questi strumenti tecnici è indispensabile al fine di consentire una trattazione sistematica, nonché giuridicamente legittima, di tutte le istanze. Queste regole metodologiche *ad hoc*, che derogano quelle che contraddistinguono il diritto processuale ordinario, consentono di superare le specificità dei casi singoli che ostano ad una loro trattazione simultanea. Generalmente, sono gli stessi regolamenti procedurali che disciplinano questa procedura speciale⁴⁷⁸, dovendosi essa comunque informare ai principi del giusto processo⁴⁷⁹. Il sistema ICSID costituisce un'eccezione, poiché né la Convenzione né tantomeno il Regolamento Arbitrale contengono disposizioni di alcun genere in relazione ai *mass claims*. In questo caso, sono i tribunali a dover supplire al silenzio della base normativa di riferimento elaborando essi stessi una metodologia *ad hoc*, compatibilmente con i requisiti giurisdizionali del sistema, in attesa di un auspicabile intervento del Consiglio di Amministrazione dell'ICSID in riferimento al Regolamento Arbitrale.

Le principali tecniche previste nei regolamenti di procedura sono la delegazione del controllo preliminare delle istanze, il raggruppamento delle istanze sulla base dell'elemento comune, le *cover decisions*, l'allegazione probatoria *ex officio*, le presunzioni probatorie, l'abbassamento dello standard probatorio, l'uso di

⁴⁷⁵ Chapter Three (Mass Claims Procedures), *ibid.*.

⁴⁷⁶ Chapter II (Procedures For Individual Consideration Of Claims), *ibid.*.

⁴⁷⁷ Cfr. par. 1.1, *supra*.

⁴⁷⁸ I.e. le "Rules" dell'UNCC, nonché il "Regulation 2006/50" della *United Nations Interim Administration Mission in Kosovo* ("UNMIK"), contengono al loro interno una disciplina completa dei metodi e delle tecniche da utilizzare in riferimento a *mass claims*.

⁴⁷⁹ Il riferimento è a quanto detto sul *due process* al par. 1.1, *supra*.

statistiche, l'informatizzazione della gestione dei procedimenti⁴⁸⁰. Per quanto riguarda l'ICSID, si è posto il problema di adottare queste tecniche, senza una base normativa che lo consenta, garantendo allo stesso tempo il rispetto della verifica dei requisiti giurisdizionali che devono contraddistinguere un'istanza affinché possa essere qualificata come ammissibile. Per questo fine, è stato elaborato un metodo⁴⁸¹ che consente di dividere il procedimento eventualmente in due fasi: la prima, necessaria, concerne la trattazione della controversia delle questioni giurisdizionali comuni a tutte le cause, e la seconda, eventuale, in cui trovano rilievo le specifiche eccezioni legate al singolo istante, attivabile in base ad un'eccezione specifica. Secondo questa impostazione, sarebbe possibile giustificare l'ingresso delle summenzionate tecniche nel sistema ICSID, a condizione che la controparte possa eventualmente rilevare eventuali eccezioni individuali. Si tratta di una via "mediata" che consente di conciliare le esigenze di protezione degli investitori con i principi giurisdizionali ICSID.

1.3 I primi casi nel diritto internazionale degli investimenti

Il fenomeno dell'arbitrato di massa in materia di investimenti è strettamente legato alla crisi del debito argentino di fine 2001, a cui è conseguita l'adozione di una legislazione emergenziale che ha determinato il mancato pagamento dei titoli di debito in scadenza.

Il fallimento dello Stato argentino nel 2001 costituisce sicuramente uno dei più importanti esempi di crisi contemporanea del debito sovrano⁴⁸², a causa dell'insostenibilità del debito contratto con soggetti di diritto internazionale e con

⁴⁸⁰ Per ulteriori approfondimenti in relazione alla modalità di attuazione dei singoli principi nei principali sistemi, HEISKANEN, V., "Mass Claims Processing Methods and Techniques", *Arbitrating Mass Investor Claims*, cit.

⁴⁸¹ Questa tecnica è stata utilizzata nella decisione del caso *Abaclat*, si veda il par. 2., *infra*.

⁴⁸² La crisi dei debiti sovrani è iniziata negli anni '70 e '80, in particolare nel periodo successivo alla crisi messicana del 1982, fino ad arrivare alla crisi degli Stati europei di questi ultimi anni. Tuttavia, si tratta di un fenomeno risalente nel tempo, essendo l'attività creditizia nei confronti degli Stati, soprattutto da parte dei privati, è una pratica diffusa fin dai tempi antichi. Una delle crisi più famose risale alla Guerra dei Cent'Anni, nel Basso Medioevo, al termine della quale il Re Edoardo III d'Inghilterra si rifiutò di pagare gli ingenti debiti con il Banco dei Bardi e dei Peruzzi di Firenze, causandone il fallimento nel 1345. Cfr.: SAPORI, A., *La crisi delle compagnie mercantili dei Bardi e dei Peruzzi*, Firenze, Olschki, L. S., 1926; AA.VV., *The dawn of modern banking*, New Haven, Yale University Press, 1979.

investitori privati stranieri. All'inizio degli anni '90, l'Argentina ha iniziato una serie di riforme strutturali della sua economia per incoraggiare la crescita mediante l'attrazione di flussi di capitali stranieri. Vi era la convinzione, infatti, che agevolando gli investimenti finanziari da parte di operatori privati di altri Stati sarebbe stato possibile ridurre il debito complessivo e, soprattutto, di evitare eccessive fluttuazioni del tasso di cambio⁴⁸³. Per la realizzazione di questi obiettivi, l'Argentina ha concluso una serie BITs con altri Stati⁴⁸⁴, tra cui quello con l'Italia nel maggio del 1990, l'Accordo fra la Repubblica Italiana e la Repubblica Argentina sulla Promozione e Protezione degli Investimenti ("BIT Italia-Argentina"), entrato in vigore nell'ottobre del 1993. Inoltre, il Governo dello Stato sudamericano ha adottato, parallelamente, una normativa che prevedeva la possibilità dello Stato di indebitarsi, anche sul mercato estero, per il sostenimento degli investimenti per lo sviluppo interno⁴⁸⁵. Questo ha permesso allo Stato di collocare 179 obbligazioni per un ammontare complessivo di 139.4 miliardi di dollari statunitensi sui mercati finanziari internazionali, a partire dall'entrata in vigore della summenzionata normativa fino al default del 2001. Quando oramai il debito non era più sostenibile, nel dicembre 2001 l'Argentina dichiarò il default, annunciando il differimento del pagamento di obbligazioni, collocate sia nel mercato interno sia nei mercati finanziari esteri, pari a 100 miliardi di dollari statunitensi. I creditori italiani costituivano uno dei gruppi di investitori più esposti, in quanto detenevano una parte consistente del debito sovrano argentino al momento del fallimento, circa 13 miliardi e mezzo di dollari statunitensi.

In forza del BIT stipulato tra Argentina e Italia, gruppi consistenti di creditori italiani hanno registrato richieste di arbitrato ICSID, al fine di far dichiarare la

⁴⁸³ Si ricorda che quest'ultimo obiettivo è stato realizzato soprattutto mediante la continua assistenza finanziaria fornita dall'*International Monetary Fund* ("IMF"). Questi interventi, diretti a mantenere fittiziamente la parità tra dollari e pesos, sono stati una delle cause del fallimento dell'Argentina e hanno rivelato l'inadeguatezza dei meccanismi finanziari internazionali a prevenire crisi dei debiti sovrani. Si veda i rapporti dell'IMF sulla situazione Argentina di quel periodo, AA.VV., *The IMF and Argentina, 1991-2001*, International Monetary Fund, 2004, <https://www.imf.org/external/np/ieo/2004/arg/eng/pdf/report.pdf>.

⁴⁸⁴ L'Argentina è diventata arte di cinquantasette BITs tra il 1990 e il 2000. Si veda il rapporto del SICE FOREIGN TRADE INFORMATION SYSTEM, del 2012, disponibile su http://www.sice.oas.org/ctyindex/ARG/ARGBITs_e.asp.

⁴⁸⁵ Sezione 56 ss., Titolo III, L. n. 24.156, 1992, in materia di amministrazione finanziaria.

violazione dei loro diritti di investitori a seguito del default dello Stato sudamericano. La peculiarità concerne la loro struttura, in quanto non si tratta di istanze individuali, o comunque collettive, bensì di ricorsi di massa presentati da organizzazioni costituite *ad hoc*⁴⁸⁶, sulla base di un mandato con il quale gli obbligazionisti hanno delegato ad esse i loro diritti di azione. Nonostante questo tipo di associazioni agiscano su procura espressa da parte degli istanti sostanziali, esse conservano prerogative esclusive per quanto concerne la gestione di ogni singola fase del procedimento arbitrale, compreso la nomina del collegio difensivo. Questa caratteristica, previa inoltre la considerazione del numero dei ricorrenti che compongono il *mass claim*, esclude che quest'istanza possa qualificarsi come un mero ricorso collettivo, attesa la delegazione *plena* dei poteri d'azione da parte degli investitori a queste associazioni create *ad hoc*⁴⁸⁷. Come già rilevato, l'assenza di un parametro normativo che regolamenti la procedura in materia di ricorsi di massa ha comportato che fossero i tribunali stessi a dover ricostruire la procedura complessiva, compatibilmente con i requisiti ex art. 25, Convenzione. La necessità di giustificare sul piano giurisdizionale l'ammissibilità di questi procedimenti ha determinato un necessario riadattamento dei requisiti stessi, mediante l'elaborazione di una metodologia che non ha precedenti nell'arbitrato internazionale degli investimenti. Questo processo di riadattamento ha determinato una dilatazione della giurisdizione ICSID, attraverso una modificazione dei tradizionali requisiti *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione voluntatis*.

⁴⁸⁶ *I.e.* La *Task Force Argentina* ("TFA") è stata costituita per la tutela delle pretese dei creditori italiani, si veda il Par. 2.1.

⁴⁸⁷ Per approfondire il successo sempre più questi aspetti generali della *mass justice* si rimanda a: AA.VV., *Part I - Anatomy of a Class Action*, A Practitioner's Guide to Class Actions, a cura di GREER, R. H., American Bar Association Publishing, Chicago, 2010; AA.VV., *Mass Justice: Challenges of Representation and Distribution*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011; HAUSFELD, M. D., RATNER, B. A., *Prosecuting Class Actions and Group Litigation*, in *World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions Around the Globe*, a cura di KARLSGODT, P. G., New York, Oxford University Press, 2012.

2 Il precedente: il caso *Abaclat*

La complessa vicenda storica dei fatti che hanno determinato la costituzione della *Task Force Argentina* (“TFA”), nonché la successiva registrazione della richiesta di arbitrato internazionale presso l’ICSID, merita di essere approfondita⁴⁸⁸.

Gli istanti “Abaclat e altri” avevano acquistato diverse tipologie titoli obbligazionari emessi dall’Argentina⁴⁸⁹, diversi per valuta e di mercato di collocazione. La situazione era così critica che l’Associazione Bancaria Italiana (“ABI”) è dovuta intervenire già a gennaio del 2001, annunciando la creazione della summenzionata *task force*, da essa diretta, con il supporto organizzativo e finanziario di un gruppo di circa 30 banche⁴⁹⁰, al fine di “fine di migliorare le possibilità di recupero degli investimenti, assicurando parità di trattamento rispetto ai risparmiatori degli altri paesi”⁴⁹¹, costituita nel settembre 2002. Nonostante il tentativo di instaurare dei negoziati secondo la procedura indicata all’art 8 del trattato rilevante da parte di TFA, l’Argentina decise unilateralmente di interrompere questa procedura, offrendo un accordo di ristrutturazione del suo debito a tutti i suoi creditori, all’inizio del 2005. Sebbene la maggioranza dei creditori avesse accettato l’offerta⁴⁹², un gran numero di creditori, tra cui molti italiani, la rifiutarono. TFA ha deciso di organizzare un ricorso di massa contro lo Stato sudamericano innanzi all’ICSID, e dopo aver ottenuto l’autorizzazione da circa 180 mila investitori italiani ha proceduto alla registrazione della richiesta a fine 2006, a cui farà seguito la registrazione nel 2007⁴⁹³. Comunque, il numero dei creditori si è ridotto ad un terzo di quelli iniziali dopo la seconda offerta di

⁴⁸⁸ In questa sede non si vuole esporre il quadro complessivo della vicenda, ad esempio approfondendo le ragioni economiche che hanno determinato il fallimento dello Stato sudamericano. Per ulteriori approfondimenti, si consiglia STIGLITZ, J. E., “The case of Argentina”, *Making the Globalization Work*, New York, W. W. Norton & Company, 2007.

⁴⁸⁹ Circa 80.

⁴⁹⁰ Il supporto maggiore è dato dalle 7 maggiori banche del tempo: Banca Antonveneta, Banca Intesa, Banca Sella, BNL, Iccrea Banca, Monte dei Paschi di Siena, San Paolo, e UniCredito.

⁴⁹¹ *Argentina: banche italiane pronte ad affiancare i risparmiatori*, Comunicato Stampa, Associazione Bancaria Italiana – ABI, Roma, 15 gennaio 2002.

⁴⁹² Secondo l’*UN Committee on Trade and Development* (“UNCTAD”) l’Argentina è riuscita a ristrutturare il 62 % del debito tale. Si veda *Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements*, UNCTAD, 2011, consultabile all’indirizzo http://www.unctad.org/en/docs/webdiaepcb2011d3_en.pdf.

⁴⁹³ Inizialmente il procedimento era denominato *Giovanna A Beccara and others v. The Argentine Republic*, solo in seguito è stato rinominato *Abaclat and others v. The Argentine Republic*. Infatti, dopo il ritiro dalla controversia del primo istante nella lista, si è fatto riferimento al nominativo dell’istante successivo, ovvero la sig.ra Abaclat.

ristrutturazione del debito presentata dall'Argentina nel 2010. Dopo estenuanti difficoltà relative alla scelta del terzo arbitro⁴⁹⁴, la prima sessione dell'arbitrato è iniziata il 10 aprile 2010, nel corso della quale le parti hanno concordato di dividere il procedimento in due fasi, una relativa alla trattazione della competenza e l'altra al merito. La decisione sulla competenza è stata emessa il 4 agosto 2011, mentre la fase del merito non si è ancora conclusa⁴⁹⁵.

In quest'analisi, concernente esclusivamente la decisione sulla competenza, si segue lo schema procedurale delineato dal Tribunale. In particolare, sono trattati i quattro profili giurisdizionali più rilevanti, relativi rispettivamente a *i*) definizione d'investimento (*ratione materiae*), individuazione della nazionalità degli investitori (*ratione personae*), *iii*) l'estensione del consenso delle parti (*ratione voluntatis*) e *iv*) ammissibilità del ricorso di massa. In riferimento a ciascun profilo sono studiati gli accorgimenti tecnici adottati dal Tribunale per giustificare il *mass claim*, ad eccezione dell'ultimo che è *in re ipsa* innovativo e costituisce un elemento di raccordo per tutti gli altri. Queste dinamiche si chiarificheranno progressivamente nel corso della loro trattazione.

2.1 La questione *ratione materiae*

La particolarità del tipo di investimento effettuato in questo caso, ovvero l'acquisto di obbligazioni sovrane in massa da parte di investitori privati stranieri, ha reso necessario l'adozione di uno schema logico che non ha precedenti per quanto concerne la definizione di investimento⁴⁹⁶, definito dal Tribunale come *double-barreled test*⁴⁹⁷. Questo procedimento prevede innanzitutto di valutare separatamente la compatibilità dell'investimento della fattispecie con la definizione del trattato rilevante, nonché con quella della Convenzione, essendo

⁴⁹⁴ L'Avv. Vittorio Grimaldi, uno degli avvocati difensori del collegio difensivo degli istanti, mi ha raccontato quanto fosse stata difficile l'individuazione di quello che sarebbe dovuto essere il presidente del tribunale, scelta ricaduta infine sul Prof. Pierre Tercier, già presidente onorario della Corte di Arbitrato ICC.

⁴⁹⁵ Si ricorda l'ordine procedurale del 30 maggio 2014, cit.

⁴⁹⁶ Si rimanda alla analisi della nozione di investimento del cap. II, *supra*.

⁴⁹⁷ In dottrina, questa definizione è stata trattata solo in LEVESQUE, C., *Abaclat and Others v Argentine Republic: The Definition of Investment*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2012.

due passaggi logici necessariamente complementari⁴⁹⁸. La complementarità si fonderebbe sulla duplicità dei profili coperti dai due strumenti normativi:

“within this interpretation, as it arises further from the wording... and the aim of the BIT, the definition of investment provided in the BIT focuses on what is to be protected, i.e., the fruits and value generated by the investment, whilst the general definitions developed with regard to Article 25 ICSID Convention focus on the contributions, which constitute the investment and create the fruits and value. In summary, a certain value may only be protected if generated by a specific contribution, and – vice versa – contributions may only be protected to the extent they generate a certain value, which the investor may be deprived of.”⁴⁹⁹

In base a questa ricostruzione, la definizione della Convenzione concernerebbe in via principale l'esistenza di un contributo generato dall'investimento, mentre per quanto riguarda la protezione concreta dei valori generati dall'investimento spetterebbe in via derivata al BIT di riferimento. I due profili possono essere distinti *ratione temporis*, seppur non sia stato esplicitamente sostenuto dal Tribunale, poiché la valutazione dell'esistenza di un contributo ai sensi della Convenzione concerne un momento storico anteriore alla nascita della controversia, mentre la valutazione dell'esistenza di una violazione dei diritti scaturiti dal BIT si colloca su una linea temporale successiva a quella della controversia. Pertanto, i due strumenti normativi opererebbero su due piani distinti, per cui il *double-barrelled test* non si prefigge di unificare le definizioni date da essi⁵⁰⁰, ma di armonizzarle nella consapevolezza della diversità delle loro funzioni.

⁴⁹⁸ “... The two perspectives can be viewed to be complementary, and to merely reflect a two-folded approach of BIT and the ICSID Convention towards investment...”, § 349, cit..

⁴⁹⁹ § 350, *ibid.*.

⁵⁰⁰ “...the —double-barrelled test developed with regard to the concept of —investment does not mean that the definition of investment provided by two States in a BIT has to fit into the definition deriving from the spirit of the ICSID Convention. Rather, arguably, it is the investment at stake

Nel caso di specie, in riferimento alla Convenzione, deve essere verificata la compatibilità dei titoli obbligazionari con l'art. 25(1) della Convenzione. Prendendo le distanze dal test *Salini* e, in generale da tutti gli indirizzi oggettivistici⁵⁰¹, il Tribunale ha ritenuto che il criterio fondamentale, emergente dalla disposizione, fosse quello dell'esistenza del summenzionato contributo da parte dell'investitore nello Stato ospite, compatibilmente con il Trattato rilevante⁵⁰². Tale circostanza è stata verificata poiché i fondi raccolti dagli investitori italiani erano diretti in Argentina⁵⁰³. In relazione alla definizione contenuta all'art 1(1) del BIT Italia-Argentina⁵⁰⁴, come indicato nella decisione⁵⁰⁵, essa ricomprende al suo interno una definizione di investimento molto estesa, primariamente grazie all'adozione di termini atti a garantire un notevole grado di

that has to fit into both of these concepts, knowing that each of them focuses on another aspect of the investment...”, § 387, *ibid.*.

⁵⁰¹ § 363-364, *ibid.* Per approfondire le caratteristiche degli indirizzi oggettivistici, si rimanda al cap. II, *supra*.

⁵⁰² “The other approach consists in verifying that Claimants made contributions, which led to the creation of the value that Argentina and Italy intended to protect under the BIT. Thus the only requirement regarding the contribution is that it be apt to create the value that is protected under the BIT”, § 365, *cit.*.

⁵⁰³ In relazione alla determinazione del luogo di destinazione di tali investimenti, il Tribunale ha sostenuto infatti che “... with regard to investments of a purely financial nature, the relevant criteria should be where and/or for the benefit of whom the funds are ultimately used, and not the place where the funds were paid out or transferred...”, § 374, *ibid.* Pertanto, nel caso di specie gli investimenti in obbligazioni sovrane si intendono effettuati nel luogo in cui il capital raccolto è stato utilizzato, ovvero in Argentina.

⁵⁰⁴ “Ai fini del presente Accordo:

1. Per investimento si intende, conformemente all'ordinamento giuridico del Paese ricevente ed indipendentemente dalla forma giuridica prescelta o da qualsiasi altro ordinamento giuridico di riferimento, ogni conferimento o bene investito o reinvestito da persona fisica o giuridica di una Parte Contraente nel territorio dell'altra, in conformità alle leggi e regolamenti di quest'ultima. In tale contesto di carattere generale, sono considerati specificamente come investimenti, anche se non in forma esclusiva:

- a. beni mobili ed immobili, nonché ogni altro diritto in rem, compresi - per quanto impiegabili per investimento - i diritti reali di garanzia su proprietà di terzi;
- b. azioni, quote societarie e ogni altra forma di partecipazione, anche se minoritaria o indiretta, in società costituite nel territorio di una delle Parti Contraenti;
- c. obbligazioni, titoli pubblici o privati o qualsiasi altro diritto per prestazioni o servizi che abbiano un valore economico, come altresì redditi capitalizzati;
- d. crediti direttamente collegati ad un investimento, regolarmente assunti e documentati secondo le disposizioni vigenti nel Paese in cui tale investimento sia effettuato;
- e. diritti d'autore, di proprietà industriale od intellettuale - quali brevetti di invenzione; licenze; marchi registrati; segreti, modelli e designs industriali - nonché procedimenti tecnici, trasferimenti di conoscenze tecnologiche, denominazioni registrate e l'avviamento;
- f. ogni diritto di natura economica conferito per legge o per contratto, nonché ogni licenza e concessione rilasciata in conformità a disposizioni vigenti per l'esercizio delle relative attività economiche, comprese quelle di prospezione, coltivazione, estrazione e sfruttamento di risorse naturali.”

⁵⁰⁵ § 354, *cit.*.

flessibilità, *i.e.* “ogni conferimento o bene investito o reinvestito”, nonché tramite la specifica indicazione della non tassatività dell’elenco delle tipologie d’investimento⁵⁰⁶. Essendo espressamente richiamate le “obbligazioni”, ed in particolare “titoli pubblici”, le obbligazioni⁵⁰⁷ si considerano ricomprese nella definizione⁵⁰⁸. Per questi motivi, risulta evidente che il BIT tutela specificatamente i diritti degli istanti, in quanto gli investimenti in titoli di Stato da parte di investitori italiani dall’investimento in titoli di Stato argentini rientra nella definizione prevista nel summenzionato art.1(1). Di conseguenza, gli investimenti in obbligazioni della fattispecie rientrano complementariamente nelle definizioni di entrambe le fonti normative.

Si deve ritenere che la ricostruzione logica del *double-barreled test* riprenda, indirettamente, l’indirizzo dottrinario fondato sull’*accounted-based approach*⁵⁰⁹. Il Tribunale, *de facto*, ha ritenuto che le parti contraenti dei BITs siano libere, in principio, di regolare la protezione degli investimenti come desiderano, fermo restando il *paramount requirement* dell’esistenza di un contributo al fine di attivare i meccanismi giurisdizionali ICSID. Ciò che appare assolutamente incomprensibile è la mancanza di una definizione tecnica nella decisione di cosa costituisca un contributo ai sensi della Convenzione e, in ogni caso, un riferimento suppletivo all’indirizzo dottrinario *supra* richiamato che consenta di colmare questa omissione. Ritenendo che a livello di *obiter dictum* il Tribunale si riferisse all’*accounted-base approach*, il contributo in questione deve intendersi come un flusso di capitali, generato dall’investitore privato straniero e diretto verso lo Stato sudamericano. Al fine di rafforzare il ruolo di questa dottrina, sicuramente innovativa, nel dibattito concernente la definizione di investimento nella giurisdizione ICSID, sarebbe stato sicuramente auspicabile un riferimento espresso da parte del Consiglio Arbitrale, nella consapevolezza soprattutto che il

⁵⁰⁶ Nel caso di specie, non è in discussione se le obbligazioni detenute dagli istanti rientrino o meno nella definizione, in quanto annoverate espressamente, ma se essa ricomprende pure i security entitlements.

⁵⁰⁷ Comprensive dei diritti di protezione, costituenti un *unicum* inscindibile con le obbligazioni da cui dipendono, § 358-360.

⁵⁰⁸ § 355, cit..

⁵⁰⁹ Cfr. cap. II, par. 1.3, *supra*.

suo *reasoning* sul punto ne avrebbe tratto maggior forza nella misura in cui avesse richiamato la summenzionata definizione tecnica.

L'aspetto più importante di questo impianto logico-procedurale è l'essere esso stesso derivato dalla necessità di adattare la nozione di investimento della Convenzione ICSID al modello del ricorso di massa. Il criterio della contribuzione in termine di apporto di capitali esteri, *in primis*, consente di adottare una definizione sufficientemente flessibile di investimento tale da aprire a possibili forme di investimento, *i.e.* acquisto di titoli di debito estero sul mercato secondario, in precedenza impossibile da sostenere innanzi ai tribunali del Centro, in ragione dei requisiti rigidi elaborati dall'indirizzo oggettivistico. *In secundis*, il contributo complessivo degli investitori rileva come un *unicum*, calcolato tramite la sommatoria dell'importo pagato dagli investimenti. Infatti, l'esistenza della *contribution* è l'unico elemento dell'investimento che contraddistingue astrattamente la "massa" in quanto tale, a prescindere dalla situazione concreta degli istanti *uti singuli*, non essendo in principio rilevanti ulteriori criteri, *i.e.* la durata dell'investimento. In base a questo schema, la contribuzione, intesa come versamento di capitale in sede di sottoscrizione degli strumenti obbligazionari, costituisce l'elemento omogeneo che ha consentito l'affermazione della competenza *ratione materiae* da parte del Tribunale. Inoltre, questo consentirebbe di escludere in futuro l'ammissibilità di eccezioni, da parte di un ipotetico Stato ospite, fondate sull'irrelevanza della contribuzione del singolo, perché troppo bassa, in quanto si dovrebbe sempre avere riguardo all'ammontare complessivo.

2.2 La questione *ratione personae*

La questione relativa alla determinazione della nazionalità degli investitori presenta profili di criticità minori rispetto a quelli concernenti gli altri profili. Il BIT di riferimento disciplina compiutamente questo aspetto, pertanto è opportuno riportare il testo della disposizione rilevante. L'art. 1(2)-(3) prevede che:

“2. Per investitore si intende ogni persona fisica o giuridica di una Parte Contraente che abbia effettuato, effettui o abbia

assunto obbligazione di effettuare investimenti nel territorio dell'altra Parte Contraente.

a. Per persona fisica¹ si intende, per ciascuna Parte Contraente, una persona fisica che abbia la cittadinanza di tale parte, in conformità a le sue leggi.

b. Per persona giuridica si intende, con riferimento a ciascuna Parte Contraente, qualsiasi entità costituita conformemente alla normativa di una parte Contraente, con sede nel territorio di tale Parte e da questa ultima riconosciuta, come Enti pubblici che esercitino attività economiche, società di persone o di capitali, fondazioni, associazioni e, questo, indipendentemente dal fatto che la loro responsabilità sia limitata o meno.

3. Agli effetti del presente Accordo, gli atti giuridici e la capacità di ciascuna persona giuridica nel territorio della Parte Contraente destinataria di un investimento, saranno regolati dalla legislazione di quest'ultima.”

La disposizione stabilisce, innanzitutto, che la condizione minima richiesta è che i soggetti abbiano almeno assunto l'obbligazione di realizzare un investimento. Dopo questa specificazione, si analizza separatamente il metodo di determinazione della nazionalità delle persone fisiche e giuridiche. Per quanto riguarda le persone fisiche si fa riferimento al criterio della cittadinanza di una degli Stati contraenti, salvo quelle che siano state domiciliate per un periodo non inferiore ai due anni nello Stato contro cui si invocano le disposizioni come previsto dall'art. 1 del protocollo addizionale⁵¹⁰. In riferimento alle persone

⁵¹⁰ Inoltre, esso prevede che il domicilio debba essere valutato in base alla normativa dello Stato in cui è localizzato l'investimento. Si riporta di seguito il testo dell'art. 1 del Protocollo Addizionale al BIT:

“1. Con riferimento all'Articolo 1:

a) Non potranno beneficiare dell'Accordo le persone fisiche di ciascuna Parte Contraente le quali, al momento di effettuare un investimento, abbiano mantenuto il loro domicilio per più di due anni nella Parte Contraente nel cui territorio l'investimento sia stato realizzato. Qualora una persona fisica di una Parte Contraente mantenga contemporaneamente la residenza anagrafica nel proprio Paese ed il domicilio per più di due anni nell'altro, essa verrà equiparata, ai fini del presente Accordo, alle persone fisiche della Parte Contraente nel cui territorio abbia realizzato investimenti.

giuridiche, si adotta una definizione sufficientemente ampia in quanto si fa riferimento a “qualsiasi entità”, tra cui perfino gli enti pubblici, e per quanto riguarda la determinazione della nazionalità si richiama il criterio del luogo di costituzione dell’entità giuridica. L’ulteriore profilo rilevante è quello relativo alla capacità giuridica, che dovrà essere valutata in base alla legislazione del territorio dello Stato parte in cui è destinato l’investimento. Il Tribunale ha basato la sua decisione sul punto primariamente in base alla summenzionata disposizione

Prima di procedere all’esame la parte della decisione relativa a questo profilo, è opportuno richiamare succintamente la posizione delle parti per chiarificare lo stato della questione. Il collegio difensivo degli istanti ha sostenuto che sussisteva la competenza *ratione personae*, in conformità le summenzionati disposizioni, in quanto, in riferimento alle persone fisiche, ciascuna di esse aveva cittadinanza italiana sia al tempo della prestazione del consenso sia al tempo della presentazione dell’istanza⁵¹¹, e, in riferimento alle persone giuridiche, alla data della controversia erano costituite secondo il diritto italiano⁵¹². Il collegio difensivo del convenuto sosteneva, invece, che la competenza non poteva sussistere poiché il Tribunale non può astenersi da un controllo approfondito delle dichiarazioni sottoscritte da ciascun istante. Esso segnalava che, in seguito ad un controllo di questo tipo, da un lato, una considerevole parte delle persone fisiche avesse una doppia cittadinanza, pertanto era esclusa la giurisdizione del Centro nei loro confronti ai sensi dell’art. 25(2)(a) della Convenzione, e che il riferimento specifico a “persone giuridiche” operato dall’art. 1(2) del BIT dovesse essere interpretato che soltanto le entità aventi personalità giuridica rientrassero nella giurisdizione ICSID⁵¹³.

Il Tribunale ha analizzato separatamente la competenza *ratione personae* in riferimento alle due categorie di *personae*, in ragione della duplicità della loro disciplina.

b) Il domicilio di un investitore sarà determinato in conformità alle leggi, regolamenti e disposizioni della Parte Contraente nel territorio della quale l’investimento sia stato realizzato.”

⁵¹¹ Ovvero il 14 settembre 2006 e il 7 febbraio 2007.

⁵¹² § 402, cit..

⁵¹³ § 401, *ibid.*.

In riferimento alle persone fisiche, il Tribunale, in base alle summenzionate disposizioni della Convenzione e del BIT, deve limitarsi a verificare che: (i) abbiano la nazionalità italiana sia alla data in cui hanno prestato il loro consenso sia a quella in cui hanno registrato la richiesta di arbitrato⁵¹⁴; (ii) non abbiano anche la cittadinanza argentina⁵¹⁵; (iii) non siano stati domiciliati nello Stato sudamericano per un periodo superiore ai due anni prima dell'inizio dell'investimento⁵¹⁶; (iv) abbia effettuato un investimento rientrante nell'ambito di protezione del BIT⁵¹⁷. Il Tribunale, riprendendo le argomentazioni degli istanti, ha ritenuto di doversi limitare ad una verifica esclusiva dei requisiti delle fonti normative rilevanti, che peraltro non sono state contestate nelle memorie difensive del convenuto⁵¹⁸. Inoltre, si è chiarificato un passaggio procedurale determinante ai fini della nostra disamina:

“the present decision does not aim at making a determination with respect to any individual Claimant and only aims to determine the general conditions for its jurisdiction over such Claimants. Insofar, it is not necessary at this stage to determine whether the information submitted by Claimants so far sufficiently evidences the fulfilment of these conditions.”⁵¹⁹

Si rivela l'utilizzo di una tecnica procedurale dei ricorsi di massa atta a razionalizzare la procedura complessiva, che sarà analizzata successivamente⁵²⁰. Per adesso, si rileva esclusivamente che il Tribunale, in riferimento alle persone fisiche, ha ritenuto soddisfatto i requisiti previsti dalla Convenzione e dal BIT in base alle allegazioni documentali degli istanti.

In riferimento alle persone giuridiche, il Tribunale, respingendo similmente le eccezioni di controparte, applicando l'art. 1(2)(b)-(3) in accordo con quanto

⁵¹⁴ “... with Italian nationality on 14 September 2006 and 7 February 2007...”, § 412 *ibid.*.

⁵¹⁵ “... who on either date was not also a National of the Argentine Republic...”, *ibid.*.

⁵¹⁶ “...who was not domiciled in the Argentine Republic for more than two years prior to making the investment...”, *ibid.*.

⁵¹⁷ “... has made an investment falling under the scope of the BIT”, *ibid.*.

⁵¹⁸ “It appears that these conditions are actually not contested by Respondent, whose objections relate to whether these condition are fulfilled.”, § 408, *ibid.*.

⁵¹⁹ § 411, *ibid.*.

⁵²⁰ Cfr. 2.4, *infra*.

previsto dall'art. 25(2)(b) della Convenzione, ha individuato le seguenti condizioni oggetto di verifica, ovvero che l'entità giuridica: *i*) abbia la *siège social* nel territorio italiano⁵²¹; *ii*) fosse costituita in Italia al momento della prestazione del consenso⁵²²; *iii*) sia riconosciuta come avente la capacità giuridica per effettuare investimenti in obbligazioni nonché per avviare procedimenti giurisdizionali per la tutela dei suoi diritti⁵²³; *iv*) abbia effettuato un investimento rientrante nell'ambito del BIT⁵²⁴. Innanzitutto, esso ha ritenuto che le summenzionate disposizioni del trattato in riferimento alla capacità delle persone giuridiche non dovrebbero essere interpretate in senso restrittivo, in quanto comprenderebbero pure quelle entità giuridiche non contraddistinte da capacità legale *plena*. Infatti, nel diritto italiano⁵²⁵ le entità giuridiche che non godono di personalità giuridica hanno comunque la capacità di contrarre obbligazioni, nonché la capacità processuale di agire in giudizio⁵²⁶. Inoltre, il fatto che non vi sia nella Convenzione una definizione di *juridical person* deve essere interpretato come volontà di lasciare ai BITs di riferimento, dunque agli Stati contraenti, la sua definizione concreta⁵²⁷. Il Tribunale aggiunge che, laddove l'entità giuridica istante rientri nella definizione del BIT, "it would be contrary to the purpose of the BIT and the ICSID Convention to deny such investor the capacity to initiate ICSID arbitration"⁵²⁸, pertanto esso applica una delle regole ermeneutiche fondamentali del diritto internazionale dei trattati ovvero quella secondo cui un

⁵²¹ "...t being a juridical person with Italian nationality on 14 September 2006...", § 421, *ibid.*.

⁵²² "...had its *siège social* in the territory of Italy...", *ibid.*.

⁵²³ "...was recognized by Italian law in the sense that it had the civil capacity to make such investment and to litigate in its own name...", *ibid.*.

⁵²⁴ "... have made an investment, which falls within the scope of the BIT.", § 413, *ibid.*.

⁵²⁵ È opportuno richiamare l'art. 36 del Codice Civile italiano, rubricato "ordinamento e amministrazione delle associazioni non riconosciute": "L'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute come persone giuridiche sono regolati dagli accordi degli associati. Le dette associazioni possono stare in giudizio nella persona di coloro ai quali, secondo questi accordi, è conferita la presidenza o la direzione."

⁵²⁶ "... associations not recognized as legal entities (hereinafter "non-recognized associations") have the procedural capacity to stand in court and to be represented by their president or director. In other words, whilst non-recognized associations may not have legal personality, they possess certain attributes of legal personality and in particular the right to sue and to be sued.", § 417, *cit.*.

⁵²⁷ "...the Tribunal finds that the ICSID Convention does not provide for a clear "yes or no" answer and that the specific requirements regarding the legal personality of a non-natural investor therefore eventually depends on the scope *rationae personae* of the relevant BIT", *ibid.*.

⁵²⁸ *Ibid.*.

trattato deve essere primariamente interpretato alla luce dei suoi obiettivi⁵²⁹. Anche per le entità giuridiche, il Tribunale ha utilizzato la medesima tecnica segnalata per le persone fisiche:

“... the nationality requirement means that such entities and organizations must be duly constituted and organized under Italian law and/or have their *siège social* in Italy. These requirements do not really seem to be disputed between the Parties, Respondent’s objections focusing solely on whether they have been met. This question is however premature at this stage and will be examined when dealing with questions relating to individual Claimants...”⁵³⁰

Pertanto, la verifica nel merito sull’effettività della costituzione di tali entità in Italia, è demandata ad una fase successiva e, non essendo state sollevate eccezioni in riferimento ai requisiti esclusivi che dovevano essere verificate, la giurisdizione del Centro sussiste pure in riferimento a questa categoria di soggetti.

Per entrambe le categorie di soggetti, come già cennato, è stata utilizzata una tecnica procedurale atta a razionalizzare la procedura complessiva del ricorso di massa, dividendola in due fasi. La prima, generale, inerisce il *mass claim* in quanto tale e in cui i singoli istanti, siano essi persone fisiche o giuridiche, rilevano solo come “parte della massa”, per cui l’indagine sostanziale sui loro requisiti si basa esclusivamente su un mero accertamento formale in base alla documentazione allegata. La seconda, individuale, prevede la verifica sostanziale della documentazione allegata dagli istanti, ma può essere attivata esclusivamente in una fase successiva e su istanza di una delle parti in relazione ad uno o più istanti specificamente individuati. In base a questa tecnica, l’analisi sostanziale dei requisiti del “singolo” passa pertanto in secondo piano rispetto a quella della “massa”. Grazie a questa tecnica che solo eventualmente si configura in due fasi, il Tribunale ha potuto respingere le

⁵²⁹ Si tratta della regola prevista all’art. 31(1) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, cit., la quale prevede che “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”.

⁵³⁰ § 420, cit..

eccezioni sollevate dal collegio difensivo del convenuto, riconoscendosi competente *ratione personae* nei confronti sia degli istanti persone fisiche, a prescindere dalla possibile eventualità che parte di essi abbiano doppia cittadinanza italo-argentina, sia delle persone giuridiche, nonostante non fosse possibile controllarne l'effettiva *incorporation* nel territorio italiano⁵³¹. Il rispetto dei requisiti previsti dall'art. 2 della Convenzione, nonché dalle eventuali previsioni specifiche del trattato rilevante è assicurato mediante un controllo sostanziale attivabile solo in base a rilievi individuali da parte del convenuto. Questa tecnica giuridica ha l'indiscutibile pregio di consentire il rispetto dei requisiti *ratione personae*, limitando il controllo ad una verifica formale delle dichiarazioni degli istanti e permettendo, *a fortiori*, uno snellimento procedurale notevole nella verifica di questi requisiti nei *mass claims*. In questa sede, come si può dedurre a livello di *obiter dictum*, l'interesse della massa degli investitori non può essere ragionevolmente compromesso dalla situazione di un singolo istante.

2.3 La questione *ratione voluntatis*

Il Tribunale ha trattato separatamente i profili del consenso degli istanti e di quello dello Stato. Essi devono essere analizzati in base alle previsioni ex art. 25(3), che prevede la prestazione per iscritto del consenso, e dell'art. 8 del BIT di riferimento che prevede regolante la "Composizione della Controversia tra investitori e parti contraenti"⁵³².

⁵³¹ Per approfondire queste definizioni si rimanda al cap. III, *supra*. Inoltre, come lettura aggiuntiva si consiglia DUGAN, C., WALLACE, D., RUBINS, N., SABAH, B., "The Nationality of the Investor", *Investor-State Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 291-346.

⁵³² "1. Qualsiasi controversia relativa agli investimenti insorta tra una Parte Contraente ed un investitore dell'altra, riguardo problemi regolati dal presente Accordo, sarà per quanto possibile risolta mediante consultazioni amichevoli tra le parti in controversia medesime.

2. Se tali consultazioni non consentissero una soluzione, la controversia potrà essere sottoposta alla competente magistratura ordinaria od amministrativa della Parte Contraente nel cui territorio si trovi l'investimento.

3. Ove tra un a Parte Contraente ed investitori sussista ancora controversia, dopo trascorso un periodo di 18 mesi dalla notifica di inizio di una azione avanti le magistrature nazionali indicate al paragrafo 2, tale controversia potrà essere sottoposta ad arbitrato internazionale. A tale effetto ed ai sensi del presente Accordo, ciascuna Parte Contraente conferisce fin d'ora consenso anticipato ed irrevocabile affinché qualsiasi controversia possa essere sottoposta all'arbitrato.

4. Fin dal momento in cui abbia avuto inizio un procedimento arbitrale, ciascuna delle parti nella controversia adotterà ogni utile iniziativa intesa a desistere dall'azione giudiziale in corso.

5. In caso di ricorso all'arbitrato internazionale, la controversia sarà sottoposta, a scelta

Il consenso degli istanti

Il consenso prestato dai creditori deve essere valutato alla stregua dei requisiti previsti dalle summenzionate disposizioni, le quali, come rilevato nella decisione⁵³³, si limitano a richiedere che il consenso debba essere prestato per iscritto, seppur deve essere sempre verificato che esso sia *freely given* come richiesto dal diritto internazionale⁵³⁴. Nel caso di specie, le parti hanno prestato per iscritto il consenso all'Arbitrato ICSID che poi è confluito nel "Mandate Package" ("Mandato") di TFA, impegnandosi a gestire la presentazione dell'istanza per il tramite dei suoi legali. Il Tribunale ha dovuto verificare, in base ai principi internazionalistici *supra* richiamati, se il consenso prestato dai creditori privati in

dell'investitore, a uno degli organismi di arbitrato qui di seguito indicati:

a. al Centro Internazionale per la Risoluzione delle Controversie relative ad Investimenti (I.C.S.I.D.), istituito dalla Convenzione sul "Regolamento delle Controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati", aperta alla firma in Washington il 18 marzo 1965, qualora ognuno dei Paesi parte nel presente Accordo vi avesse aderito. Ove questa condizione non sussista, ciascuna delle Parti Contraenti conferisce il proprio consenso affinché la controversia sia sottoposta ad arbitrato, in conformità alla regolamentazione sui meccanismi" aggiuntivi per la conciliazione e l'arbitrato del Centro Internazionale per il Regolamento delle Controversie relative ad Investimenti.

b. Ad un tribunale arbitrale "ad hoc" istituito caso per caso. L'arbitrato si effettuerà secondo il Regolamento Arbitrale della Commissione delle Nazioni Unite sul Diritto Commerciale Internazionale (UNCITRAL), di cui alla risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite 31/98 del 15 dicembre 1976: Gli arbitri saranno in numero di tre e, se non cittadini delle Parti Contraenti, dovranno essere cittadini di Paesi che abbiano relazioni diplomatiche con le Parti Contraenti.

6. Nessuna delle Parti Contraenti, che sia parte in una controversia, potrà sollevare in una fase della procedura di arbitrato né in sede di esecuzione di una sentenza di arbitrato, eccezioni basate sul fatto che un investitore parte avversa abbia, per effetto di una polizza di assicurazione o della garanzia prevista all'Articolo 7 del presente Accordo, ricevuto un indennizzo destinato a coprire in tutto od in parte le perdite subite.

7. Il tribunale arbitrale deciderà sulla base del diritto della Parte Contraente parte nella controversia – comprese le norme di quest'ultima relativi ai conflitti di leggi -, delle disposizioni del presente Accordo, di clausole di eventuali particolari accordi relativi all'investimento, nonché sulla base dei principi di diritto internazionale applicabili in materia.

8. Le sentenze arbitrali definitive vincolanti per le parti nella controversia. Ciascuna Parte Contraente si impegna ad eseguire le sentenze, in conformità alla propria legislazione nazionale ed alle Convenzioni internazionali in materia vigenti per ambo le Parti Contraenti.

9. Le Parti Contraenti si asterranno dal trattare per via diplomatica argomenti attinenti ad un arbitrato od un procedimento giudiziario già in corso, finché le procedure relative non siano concluse e le parti nella controversia non abbiano poi adempiuto al lodo del tribunale arbitrale od alla sentenza del competente tribunale interno, secondo i termini di adempimento stabiliti nel lodo o nella sentenza medesimi."

⁵³³ "...Article 8 BIT does not appear to impose any specific form requirement, whilst Article 25(1) ICSID Convention only requires the consent to be in "written form", §432, cit..

⁵³⁴ § 447-448, *ibid.*.

questa forma fosse innanzitutto (i) informato e, in via consequenziale, (ii) chiaro e (iii) valido⁵³⁵.

La prestazione informata del consenso costituisce il comune presupposto per le due circostanze successive. Questa condizione deve essere verificata mediante la disamina delle modalità con cui il consenso è stato “raccolto”, ovvero tramite il Mandato. Questo allegato è composto, oltre dal mandato *strictu sensu* a TFA⁵³⁶, da un documento informativo⁵³⁷, da una procura *ad litem*⁵³⁸, nonché altra documentazione illustrativa⁵³⁹. Il documento che maggiormente ci interessa, in questa fase, è quello informativo, in quanto assolve la funzione di informare gli istanti sia sui requisiti necessari per poter prendere parte all’arbitrato ICSID⁵⁴⁰, *i.e.* avere delle obbligazioni emesse dallo Stato argentino, sia sulle regole che contraddistinguono questa procedura di risoluzione delle controversie⁵⁴¹. Quindi, mediante la messa a disposizione della documentazione informativa, gli istanti non potevano che essere nelle condizioni di prendere visione di questi elementi⁵⁴², in sede della successiva fase di prestazione del consenso⁵⁴³, soprattutto in considerazione del fatto che l’attività informativa è stata svolta attraverso pure ulteriori canali⁵⁴⁴.

In riferimento alla manifestazione del consenso, Il Tribunale ha ritenuto che esso fosse inequivocabilmente prestato in quanto la procura “contains a clear and unambiguous expression of irrevocable consent by the relevant Claimant”⁵⁴⁵, a respingendo le potenziali eccezioni sul punto⁵⁴⁶.

⁵³⁵ Il *reasoning* del Tribunale non è schematico, per cui si è ritenuto opportuno procedere ad una sua razionalizzazione.

⁵³⁶ “the TFA Mandate”, § 450, *ibid.*

⁵³⁷ “the TFA Instruction Letter”, *ibid.*

⁵³⁸ “the Power of Attorney”, *ibid.*

⁵³⁹ “additional questionnaires and instructions”, *ibid.*

⁵⁴⁰ “... the eligibility of a person to participate in the ICSID arbitration...”, § 451, *ibid.*

⁵⁴¹ “... rules concerning the conduct of such arbitration...”, *ibid.*

⁵⁴² Elemento che rende pacifico il punto, è la mancata presentazione di opposizioni da parte degli istanti, § 463, *ibid.*

⁵⁴³ “The Tribunal holds that the TFA Mandate Package contains sufficient information to allow Claimants to make an informed consent”, § 461, *ibid.*

⁵⁴⁴ *I.e.* per il tramite di associazioni di assistenza degli obbligazionisti, § 463, *ibid.*

⁵⁴⁵ § 453, *ibid.*

⁵⁴⁶ Queste eccezioni potrebbero fondarsi sulla compatibilità della procura con il diritto italiano e del District of Columbia, sulla non compatibilità con il Regolamento Arbitrale, § 454, *ibid.*

Per quanto concerne la validità del consenso prestato, il *reasoning* è più complesso. Innanzitutto, il Tribunale ha ritenuto che questo requisito fosse stato rispettato poiché il consenso, come già rilevato *supra*, è stato informato e questa è la prima condizione che deve essere verificata. La fase più complessa concerne la verifica dei principi di diritto internazionale secondo i quali il consenso deve essere liberamente prestato⁵⁴⁷ affinché possa essere considerato valido. Il Tribunale rigetta le eccezioni del convenuto secondo cui la sottoscrizione del Mandato da parte degli istanti non poteva considerarsi libera, in forza delle clausole che, rispettivamente, impedivano agli istanti di interferire sulla conduzione del procedimento⁵⁴⁸ e di citare in giudizio gli istituti bancari membri di TFA fintanto che è in corso il procedimento arbitrale⁵⁴⁹. *In primis*, la limitazione dei poteri procedurali non inerte il consenso, bensì la possibilità che vi sia un limite entro il quale non possa essere compreso. *In secundis*, la temporanea limitazione che impedisce di adire in giudizio le banche è una disposizione di garanzia, dettata in favore di quelle banche che hanno finanziato i costi dell'arbitrato, senza il cui supporto finanziario sarebbe stato *de facto* impossibile per gli istanti accedere a questo meccanismo di risoluzione delle controversie.

In base a questi rilievi, il Tribunale ha ritenuto che il consenso degli istanti così come rappresentato nel Mandato, fosse validamente prestato. A tal fine, è stata adottata una tecnica decisamente simile a quella impiegata nei già analizzati profili *ratione personae*, mediante la quale la disamina della situazione del singolo istante è posposta ad una fase successiva meramente eventuale:

“...Whether or not such fraud, coercion or mistake may exist with regard to individual Claimants based on the specific circumstances of the individual case remains open and will be addressed, to the extent necessary and appropriate, when dealing with issues concerning individual Claimants;”⁵⁵⁰

⁵⁴⁷ *I.e.* non deve essere prestato in ragione di minacce o coercizioni, ottenuto in modo fraudolento o basato su un errore essenziale, § 437, cit..

⁵⁴⁸ § 457, *ibid.*.

⁵⁴⁹ § 458, *ibid.*.

⁵⁵⁰ § 466, cit..

Non si è esclusa la possibilità che, in concreto, il consenso di alcuni degli istanti possa essere stata viziata, ma ciò tuttavia non rileva nella fase decisionale che riguarda la “massa”, dovendo essere oggetto di eccezioni specifiche solo in una fase eventuale successiva⁵⁵¹. L’impossibilità di trattare come un *unicum* i profili generali e quelli individuali ha imposto anche, in relazione al consenso degli istanti, di accertare esclusivamente la corretta compilazione del modulo incluso nel Mandato⁵⁵².

Il consenso dello Stato

In riferimento a questo aspetto, il Tribunale ha dovuto valutare se il consenso dello Stato, così come espresso nel summenzionato art. 8(3) del trattato di riferimento, ineriva i ricorsi di massa in caso di ristrutturazioni del debito sovrano e, nel caso, se la presenza di una *forum selection clause* o della previsione dell’obbligo di negoziazione obbligatorio avessero potuto compromettere la validità dello stesso⁵⁵³.

Il Tribunale ha affrontato dapprima la questione relativa all’ambito del consenso prestato nel BIT, in particolare se esso si estendesse alle controversie in materia di ristrutturazione del debito estero. Nel caso di specie, lo Stato non ha esercitato l’opzione prevista dall’art. 25(4) della Convenzione che gli avrebbe consentito di escludere classi di investimento dalla giurisdizione del Centro⁵⁵⁴, pertanto non si

⁵⁵¹ Eccezioni che, tuttavia, dovrebbero fondarsi sull’interesse esclusivo dell’istante, per cui è dubbio il loro accoglimento in una fase successiva.

⁵⁵² E’ stata esclusa l’analisi del ruolo di TFA, in quanto sarà ripresa in relazione al profilo dell’ammissibilità della procedura, § 466, cit..

⁵⁵³ “Thus, the specific issues to be determined by the Tribunal here are the following:

- What is the scope of Argentina’s consent under Article 8, and in particular:

(i) Does the fact that the dispute relates to sovereign debt restructuring somehow exclude Argentina’s consent to ICSID arbitration?

(ii) Which are the elements of the dispute that must be covered by Argentina’s consent, and in particular:

- Is the multiplicity of Claimants an element that must be covered by Argentina’s consent or is it only a procedural modality? (see Issue 1(a) of the List of 11 Issues of 9 May 2008)

- Is the previous negotiation and litigation requirement an element which draws the limits of the consent, or is it a modality of the consent? (see Issue 4 of the List of 11 Issues of 9 May 2008)

(iii) Based thereon, can Argentina be considered to have consented to the present proceedings? (see Issue 1(a) of the List of 11 Issues of 9 May 2008)”, §467, cit..

⁵⁵⁴ “It is to be recalled that a State has the possibility under Article 25(4) ICSID Convention to notify the Centre of the class or classes of disputes from that it would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. No such notification has been made by Argentina.”, § 477, *ibid.*

può ragionevolmente concludere che gli investimenti in obbligazioni sovrane non siano protetti in caso di ristrutturazioni unilaterali del debito.

La questione sicuramente più controversa è quella relativa al consenso ai *mass claims*. Il Tribunale, dopo aver definito alcune modalità tecniche con cui può configurarsi un ricorso di massa⁵⁵⁵, effettua una qualificazione del ricorso concretamente presentato dal gruppo di creditori italiani. Nel caso di specie, i creditori italiani non solo erano consapevoli, ma hanno specificatamente acconsentito a sottoporre la controversia ad arbitrato ICSID, *ergo* non può certamente essere considerata come un'azione di classe rappresentativa in cui l'azione è portata avanti in totale autonomia dal rappresentante della classe stessa⁵⁵⁶. Ciò detto, è evidente che vi è un terzo soggetto, TFA, che comunque coordina attivamente questo gruppo di istanti che si sarebbero esclusivamente limitati a prestare il loro consenso a procedere per questa via giurisdizionale, senza partecipare attivamente. Per questo motivo, il Tribunale ha definito questo ricorso come “a sort of a hybrid kind of collective proceedings, in the sense that it starts as aggregate proceedings, but then continues with features similar to representative proceedings due to the high number of Claimants involved”⁵⁵⁷. Il *mass claim* si contraddistinguerebbe, sotto questo profilo, per una prima fase avente le caratteristiche di un ricorso per aggregazione, essendo comunque richiesta la prestazione specifica del consenso, che solo successivamente acquisirebbe caratteristiche simili ad uno per rappresentanza. Infatti, superata questa fase, si è deciso che non è necessaria una prestazione del consenso specifica. Innanzitutto, per la natura stessa della controversia sarebbe stato difficilmente ipotizzabile che non fossero coinvolti se non un grande numero di investitori, la cui protezione può essere effettivamente garantita solo con un ricorso di massa⁵⁵⁸. Infatti, esso ha rilevato che si tratta di una questione

⁵⁵⁵ Esso definisce rispettivamente i *representative proceedings*, in cui è i rappresentanti agiscono per il tramite di un rappresentante, e gli *aggregate proceedings*, in cui gli individui continuano ad essere gli unici istanti, non ché fa riferimento lato ad altre categorie. § 483, *ibid.*.

⁵⁵⁶ Come avviene per le *class actions* negli Stati Uniti, in cui è perfino irrilevante la identificazione *ex ante* degli appartenenti alla classe.

⁵⁵⁷ § 488, *cit.*.

⁵⁵⁸ “...the collective nature of the present proceeding derives primarily from the nature of the investment made... where the BIT covers investments, such as bonds, which are susceptible of involving in the context of the same investment a high number of investors, and where such

eminentemente procedurale dell'arbitrato ICSID in cui il consenso delle parti è, almeno in principio⁵⁵⁹, irrilevante:

“The Tribunal is of the opinion that the —mass|| aspect of the present proceedings relates to the modalities and implementation of the ICSID proceedings and not to the question whether Respondent consented to ICSID arbitration. Therefore, it relates to the question of admissibility and not to the question of jurisdiction.”⁵⁶⁰

La tesi del collegio difensivo argentino, secondo cui lo Stato non avrebbe prestato il consenso per ricorsi di massa non previsti né dal BIT né dall'arbitrato ICSID⁵⁶¹, è stata pertanto rigettata in quanto non pertinente ai requisiti giur.

In riferimento alle ulteriori due questioni, il “negotiation and 18 months litigation requirement” non è considerato un profilo concernente la giurisdizione, ma bensì ancora l'ammissibilità del reclamo, poiché non condizionerebbe il consenso dell'Argentina all'arbitrato ICSID⁵⁶². Per quanto concerne le *forum selection clauses*, il Tribunale ha ricordato che le violazioni dei diritti degli investitori costituiscono una violazione del BIT, per cui, non essendo obbligazioni contrattuali, sono assolutamente irrilevanti⁵⁶³.

investments require a collective relief in order to provide effective protection to such investment, it would be contrary to the purpose of the BIT and to the spirit of ICSID, to require in addition to the consent to ICSID arbitration in general, a supplementary express consent to the form of such arbitration... §490, *ibid*. Pertanto, il mancato riconoscimento di questo rimedio sarebbe confliggente con gli obiettivi di promozione e protezione degli investimenti, previsti innanzitutto dalla Convenzione.

⁵⁵⁹ Salvo il caso in cui vi sia una specifica censura in sede di prestazione del consenso.

⁵⁶⁰ § 392, cit..

⁵⁶¹ Sosteneva inoltre che la presenza di una clausola designante il foro competente non invalidasse il consenso prestato dall'Argentina, e che i meccanismi per la soluzione delle controversie previsti all'art. 8 fossero alternativi tra di essi. § 472.

⁵⁶² “The Tribunal is of the opinion that the negotiation and 18 months litigation requirements relate to the conditions for implementation of Argentina’s consent to ICSID jurisdiction and arbitration, and not the fundamental question of whether Argentina consented to ICSID jurisdiction and arbitration. Thus, any non compliance with such requirements may not lead to a lack of ICSID jurisdiction, and only – if at all – to a lack of admissibility of the claim, and will thus be addressed when dealing with issues of admissibility (see §§ 567 et seq. below).”, § 496, *ibid*.. Cfr. cap. IV, *supra*.

⁵⁶³ “...even though Claimants claims relate to the bonds, they are based on alleged breaches by Argentina of the BIT and not on contractual rights provided to Claimants under the bond documents. The forum selection clauses apply only to claims based on contractual rights, and may not affect treaty claims, which the bond documents did neither anticipate nor deal with.”, § 498, *ibid*..

In base a questi rilievi, il Tribunale ha concluso che la controversie rientra nelle materie oggetto del consenso prestato dall'Argentina nel trattato di riferimento. L'aspetto sicuramente più interessante è quello del *reasoning* squisitamente tecnico relativo alla distinzione tecnica operata dal Tribunale in riferimento alla ristrutturazione del debito sovrano e al ricorso di massa. Il Governo dello Stato sudamericano ha, deliberatamente, concluso un BIT con l'Italia con cui ha assicurato la protezione di investimenti in forma di obbligazioni sovrane⁵⁶⁴ e non ha apposto clausole che escludessero questa classe di investimento dalla giurisdizione ICSID in sede di ratifica della Convenzione. Il ricorso di massa appare inoltre indispensabile in questa controversia al fine di garantire l'*effet utile* della tutela riconosciuta agli investitori del BIT. In questo modo, l'Argentina avrebbe riconosciuto *ex ante* l'ammissibilità di questo rimedio, seppur si tratta di un riconoscimento *ad abundantiam* stante il fatto che la volontà delle parti non può comunque incidere sulla procedura arbitrale. Si tratta di un passaggio tecnico-giuridico fondamentale, poiché il Tribunale ha segnato un importante limite all'estensione del consenso delle parti, che non può influire sulla regolamentazione tecnica della procedura che rimane di esclusiva competenza dei tribunali ICSID, oggetto di una trattazione indipendente all'interno della decisione sulla base dell'art. 44.

2.4 L'ammissibilità del ricorso di massa

L'ammissibilità del ricorso di massa, come già osservato, deve essere valutata facendo esclusivamente riferimento alle regole procedurali ICSID come previsto dall'art. 44 della Convenzione, che prevede:

“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

⁵⁶⁴ Cfr. par. 2.1, *supra*.

covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.”

Questa disposizione garantisce ai tribunali un potere suppletivo molto esteso in materia di ammissibilità di un procedimento, in quanto sono chiamati ad esercitarlo ogni qualvolta in cui non hanno un parametro di riferimento nella Convenzione o nel Regolamento Arbitrale. Nel caso di specie, bisogna valutare entro quali limiti può estendersi la discrezionalità nell'esercizio di questa prerogativa in riferimento ad un ricorso di massa.

Il Tribunale ha dovuto esercitare il potere suppletivo riconosciutogli dalla base normativa convenzionale stante la mancanza di una disposizione *ad hoc* che disciplini la questione⁵⁶⁵. Infatti, la circostanza che questa tipologia di ricorsi non sia espressamente annoverata non esclude l'adattamento della procedura, preso atto che la sua esclusione potrebbe essere potenzialmente contraria agli obiettivi stessi della Convenzione⁵⁶⁶. Il sistema ICSID si contraddistingue in ragione delle caratteristiche del suo *standard arbitration mechanism*⁵⁶⁷. Per la natura stessa delle controversie sottoposte a questa forma di arbitrato, sarebbe stato impossibile *ex ante*, in sede di negoziazione, fissare regole procedurali rigide che regolassero ogni aspetto della controversia. Per questa ragione, si è preferito adottare uno standard procedurale flessibile in base al quale, come previsto dal già richiamato art. 44, in mancanza di una disposizione specifica sarà il tribunale a decidere nel caso di specie. La *ratio* di questa disposizione non è quella di delegare ad un organo giurisdizionale un compito, quello di modificare il Regolamento Arbitrale, riservato al Consiglio di Amministrazione, ma bensì di limitarsi a colmare l'eventuale lacuna mediante un'applicazione estensiva delle regole procedurali per risolvere questioni peculiari relative ad un caso⁵⁶⁸. In base a questi rilievi, il tribunale deve valutare entro quali limiti possa essere esercitata questa prerogativa riconosciutagli dalla Convenzione.

⁵⁶⁵ Del summenzionato art. 44 e dell'art. 19 del Regolamento Arbitrale.

⁵⁶⁶ Il silenzio della Convenzione e del Regolamento non è qualificato, per cui non costituisce una condizione ostativa: "... it would be contrary to the purpose of the BIT and to the spirit of ICSID to interpret this silence as a qualified silence categorically prohibiting collective proceedings, just because it was not mentioned in the ICSID Convention...", § 519, *ibid.*

⁵⁶⁷ § 519, cit.

⁵⁶⁸ "... a tribunal's power to fill gaps will usually be limited to the design of specific rules to deal with specific problems arising in the proceedings at hand.", § 523, *ibid.*

Il riconoscimento di una discrezionalità in capo ad un organo giudicante non si configura mai come una libertà assoluta, in quanto la sua previsione è sempre funzionale alla tutela di un interesse⁵⁶⁹. In diritto internazionale, tale interesse in conformità delle regole di interpretazione dei trattati deve essere primariamente valutato in base agli obiettivi indicati nella fonte normativa. Nel caso di specie, il Tribunale riconosce che ciascuno degli adattamenti trova giustificazione in quanto funzionale alla realizzazione degli obiettivi di promozione e protezione degli investimenti. In particolare, esso ha ritenuto ammissibile l'adozione di procedure semplificate di raccolta delle allegazioni documentali⁵⁷⁰, ribadendo comunque che “the Tribunal remains obliged to examine all relevant aspects of the claims”⁵⁷¹.

Resta da verificare le giustificazioni di ordine tecnico che, secondo il Tribunale, possono considerarsi ammissibile al fine di introdurre questi adattamenti. Essi si fonderebbero sull'impossibilità di esaminare singolarmente gli elementi comuni a tutti gli istanti, relative primariamente all'espropriazione. La loro trattazione congiunta eviterebbe una prevedibile limitazione delle garanzie procedurali non solo degli istanti, ma pure dell'Argentina che non sarebbe in grado di predisporre la sua difesa se dovesse argomentare singolarmente ciascuna istanza⁵⁷². La trattazione comune non risponderebbe ad esigenze di mera economia processuale, ma bensì sarebbe funzionale alla protezione stessa sia del diritto d'azione dei creditori sia quello di difesa dello Stato. Quanto appena detto può essere argomentato *a contrario* ipotizzando la situazione opposta, ovvero la presentazione di tante istanze quanti sono i creditori, situazione determinerebbe una compressione dei diritti degli istanti⁵⁷³. Il Tribunale considera ammissibile la trattazione collettiva delle istanze in ragione della omogeneità di una pluralità di elementi riconducibili alla violazione di diritti garantiti dal BIT⁵⁷⁴. Gli elementi in

⁵⁶⁹ Questo aspetto è stato particolarmente approfondito nel diritto amministrativo. Per approfondirlo si consiglia CASSESE, S., “Il potere amministrativo e la discrezionalità”, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2012.

⁵⁷⁰ I.e. documenti d'identità degli istanti e delle prove del credito. § 531, cit..

⁵⁷¹ § 533, *ibid.*.

⁵⁷² § 536, *ibid.*.

⁵⁷³ Il costo che ciascun creditore dovrebbe sostenere sarebbe così alto da scoraggiare qualsiasi richiesta di arbitrato, nonché sarebbe impossibile da parte dell'ICSID gestire un simile numero (60.000) di istanze. § 537, *ibid.*.

⁵⁷⁴ Devono pertanto trattarsi di violazioni potenziali di obblighi contenuti nel BIT, essendo irrilevanti quelle relative ad obblighi contrattuali. § 541, *ibid.*.

questione sono la violazione delle medesime garanzie assicurate dal BIT a detentori di obbligazioni⁵⁷⁵, la comunanza delle azioni lesive⁵⁷⁶, ovvero l'espropriazione argentina nonché dell'evento che le ha determinate, la legislazione emergenziale dello Stato⁵⁷⁷. Dal quadro ricostruito nella decisione, la comunanza si articola in uno schema trilaterale in base al quale l'evento comune originario, l'adozione della summenzionata legislazione argentina, ha determinato effetti altrettanto comuni sia sul piano legale sia su quello fattuale. Pertanto, il carattere omogeneo delle istanze componenti la massa deve considerarsi accertato in ragione di queste caratteristiche. Altra giustificazione di carattere tecnico risiede nella già richiamata necessità di evitare la materiale compressione dei diritti procedurali sia degli istanti sia del convenuto. Infatti, il Tribunale prende in considerazione più che il danno che deriverebbe agli istanti in caso di diniego del ricorso di massa nel caso di specie, sicuramente di più immediata percezione, quello che si verificherebbe nei confronti dello Stato, che dovrebbe predisporre una difesa *ad hoc* per ciascun istanza con le prevedibili conseguenze di ordine economico e processuale⁵⁷⁸.

In base a questi rilievi, il Tribunale ha ritenuto ammissibile il ricorso di massa nel caso di specie. E' apprezzabile l'impiego di argomentazioni tecnico-giuridiche al fine di giustificare gli obiettivi della Convenzione, di matrice politica, che difficilmente riescono a trovare un'adeguata rappresentazione giuridica nelle decisioni, a partire dalla previsione del già richiamato art. 44. Questa disposizione introduce una clausola di flessibilità importantissima nella procedura arbitrale ICSID. Infatti, essa riconosce ai tribunali la funzione di porre rimedio a potenziali lacune del sistema attraverso l'utilizzo di correttivi procedurali, al fine di assicurare la tutela degli interessi previsti dalla Convenzione. Il riconoscimento di

⁵⁷⁵ "...The rights deriving from Claimants' investment and Argentina's obligations to protect these rights are the same with regard to all Claimants to the extent that they derive from the same BIT and the same provisions...", § 543, *ibid.*

⁵⁷⁶ "...The events leading to the alleged disregard of such rights and obligations, i.e. to the breach by Argentina of the relevant provisions, are the same towards all Claimants...", *ibid.*

⁵⁷⁷ "...The legislation and regulations promulgated and implemented by Argentina, together with the implementation of its Exchange Offer 2005, affected all Claimants in the same way...", *ibid.*

⁵⁷⁸ Il Governo argentino dovrebbe fronteggiare spese legali elevatissime, per pagare gli onorari sia dei collegi difensivi sia degli arbitri, oltre che dover argomentare per esteso in relazione alla situazione di ciascun istante.

un simile potere in capo ai tribunali consente ad essi, seppur limitatamente al caso di specie, di estendere l'ambito di tutela giurisdizionale assicurata dalla Convenzione e dal trattato di riferimento, da qui l'obbligo di argomentare sotto un profilo squisitamente giuridico la necessità della sua espressione. Nella fattispecie, questi correttivi tecnici erano strumentali ad assicurare il rispetto degli obiettivi enunciati nel BIT Italia-Argentina e potevano essere ragionevolmente impiegati essendo stato provato il carattere omogeneo delle questioni giuridiche e degli elementi di fatto principali della controversia.

2.5 Analisi finale

Come anticipato in premessa, nel corso di questo studio sono stati messi in evidenza peculiarità che rendono unica nel suo genere questa decisione sulla competenza. La decisione determina una notevole dilatazione della competenza giurisdizionale del Centro rispetto ai limiti precedentemente individuati dalla giurisprudenza.

In riferimento a ciascuno dei profili esaminati, è emerso l'impiego di una differente tecnica per adeguare il procedimento alle peculiarità del ricorso di massa. I requisiti giurisdizionali non sono stati derogati, ma piuttosto sottoposti ad un processo di interpretazione estensiva atto a consentire l'omogeneizzazione dei requisiti *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione voluntatis*. La base giuridica che ha consentito al Tribunale di poter fondare il riadattamento complessivo della procedura arbitrale⁵⁷⁹ è il più volte richiamato art. 44, in base al quale ha potuto trattare separatamente l'ammissibilità del ricorso di massa, valutazione rimessa al suo esclusivo sindacato nei limiti delineati dalla Convenzione, rispetto ai summenzionati profili squisitamente giurisdizionali. Questo dominio riservato previsto dalla disposizione ha consentito al Tribunale di introdurre, *a fortiori*, dei meccanismi ermeneutici strumentali ad armonizzare i requisiti giurisdizionali con la procedura. Questa clausola convenzionale, *prima facie* attributiva di poteri discrezionali, deve essere comunque interpretata secondo le regole previste dal

⁵⁷⁹ Si ricorda che, nonostante la Convenzione non contempli un meccanismo di appello, i vizi procedurali, secondo quanto previsto dall'art. 52, costituiscono motivo di annullamento della decisione.

diritto internazionale dei trattati che, com'è noto, impongono di valutare gli obiettivi del Trattati in cui una data norma è collocata⁵⁸⁰. Nella consapevolezza che la funzione fondamentale della Convenzione è di favorire gli investimenti garantendo un foro neutrale per la risoluzione delle controversie⁵⁸¹, è evidente che l'inserimento di questa clausola di flessibilità è strettamente strumentale a garantire l'evoluzione materiale della tutela internazionale degli investimenti, per cui il tribunale potrebbe legittimamente esercitare le prerogative da essa derivanti soltanto per questo scopo⁵⁸².

Il riconoscimento di questa funzione rende ancora più centrale il ruolo dei tribunali in riferimento all'estensione della giurisdizione ICSID. Infatti, come dimostrato nella decisione relativa al caso di specie, la prassi ha iniziato a generare un diritto pretorio che va a completare il quadro normativo convenzionale.

3 Il riconoscimento definitivo dell'ammissibilità dei ricorsi di massa

La valutazione dell'impatto che la decisione sulla competenza del caso *Abaclat* ha avuto sulla giurisdizione ICSID è un aspetto della massima importanza, stante le implicazioni giurisdizionali che sono da essa derivano. Si può sostenere che le innovazioni di questa decisione vadano oltre i meri profili procedurali inerenti il ricorso di massa.

In primis, le tesi restrittive della nozione di investimento, secondo cui la giurisdizione ICSID non si estenderebbe ai *portfolio investments*⁵⁸³, sono state superate. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, il mero acquisto di titoli di

⁵⁸⁰ “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.”, art. 1(1), *Vienna Convention on the law of treaties*, cit..

⁵⁸¹ Si veda il Preambolo della Convenzione.

⁵⁸² Si può sostenere, *a contrario*, che, laddove un tribunale eserciti questo potere senza che vi sia una necessità oggettiva, possa concretizzarsi l'ipotesi di eccesso di potere e che, conseguentemente, la decisione possa essere annullata da un comitato *ad hoc* secondo quanto previsto dall'art. 52 della Convenzione

⁵⁸³ Si veda il già richiamato M. SORNARAJAH, *Portfolio Investments and the Definition of Investment*, cit..

credito da parte dell'investitore⁵⁸⁴ non poteva essere considerato come un'operazione ammissibile secondo la giurisprudenza prevalente, dovendo concorrere un'altra serie di elementi da cui si potesse evincere un certo impegno nella gestione dell'investimento complessivo. Nel caso di specie, è stata riconosciuta l'ammissibilità di investimenti in titoli di debito pubblico, di cui la maggior parte acquistati sul mercato secondario, da parte di piccoli investitori privati, le cui operazioni non potevano certamente essere inquadrare nei criteri di base elaborati dagli orientamenti arbitrari oggettivistici⁵⁸⁵. Il riferimento alla dottrina dell'*accounted-based approach* ha permesso di superare il possibile *empasse* derivante dalla mancanza di un criterio giurisdizionale alternativo a quelli tradizionalmente utilizzati, in materia di investimento, dai tribunali ICSID, nonché di superare l'eccessiva importanza riconosciuta alle parti secondo l'orientamento soggettivistico⁵⁸⁶. L'elaborazione di un nuovo orientamento, secondo cui si deve verificare l'esistenza di un contributo in termini di capitale e, in via consequenziale, la compatibilità dell'investimento con il BIT di riferimento, consente di estendere la giurisdizione del Centro a categorie di controversie che, in passato, erano assolutamente precluse da essa. Una delle critiche che potenzialmente potrebbe essere mosse a questo orientamento è la presunta assenza di un riferimento al contributo allo sviluppo, requisito desumibile, in via interpretativa, direttamente dalla Convenzione. Si può respingere una simile osservazione con due distinti rilievi. Innanzitutto, un flusso di capitali, da uno Stato ad un altro, in modo duraturo nel tempo⁵⁸⁷ determina un trasferimento di ricchezza che astrattamente è un contributo allo sviluppo dello Stato ospite che beneficia di queste risorse, a prescindere dal loro ammontare. Inoltre, nei ricorsi di massa il valore del contributo dovrebbe essere calcolato come sommatoria del valore degli investimenti complessivamente posti in essere dai singoli investitori privati, il cui ammontare, come nel caso di specie, è sicuramente elevato⁵⁸⁸.

⁵⁸⁴ Come già trattato al cap. II, *supra*.

⁵⁸⁵ Il riferimento è ai criteri *Salini*, si veda il cap. II, par. 2.2, *supra*.

⁵⁸⁶ Si rimanda al cap. II, par. 2.3, *supra*.

⁵⁸⁷ I titoli obbligazionari avevano una durata pluriennale.

⁵⁸⁸ Secondo quest'ultimo rilievo riferito esclusivamente a *mass claims*, il collegio degli istanti in un ipotetico futuro procedimento può controbattere ad eventuali eccezioni di controparte evidenziando, in sede di contenzioso, che l'impatto sullo sviluppo dello Stato ospite deve essere valutato esclusivamente in riferimento all'ammontare complessivo dell'istanza di massa.

In secundis, si è delineata una sfera di competenza esclusiva del tribunale, in base al summenzionato art. 44 in materia di giurisdizione ICSID. Il silenzio della base legale, Convenzione e Regolamento Arbitrale, ha permesso al Tribunale nel caso di specie di ritagliarsi un ruolo primario nella definizione della procedura stessa da seguire. Il carattere di esclusività discende dalla summenzionata disposizione, che riconosce questa prerogativa regolamentare in capo ai tribunali stessi. Infatti, una volta che il consenso delle parti, alla base dell'instaurazione della procedura arbitrale ICSID, è stato validamente prestato, esse riconoscono una prerogativa assoluta in capo ai tribunali di disciplinare tutti gli aspetti procedurali, pure quelli che non sono specificatamente indicati nella Convenzione o nel Regolamento Arbitrale stesso e che, pertanto, non potevano essere oggetto di consenso specifico in sede della sua prestazione. Ciononostante, questa prerogativa ha due limiti fondamentali. Infatti, da un lato, l'esercizio di questa funzione è limitata ai casi, come specificato dalla disposizione, in cui non vi è una norma espressa che lo permetta. Dall'altro lato, deve essere sempre esercitata in funzione della realizzazione degli obiettivi di protezione degli investimenti indicati nei trattati rilevanti.

Il caso *Abaclat* rappresenta un precedente importantissimo per quanto riguarda i ricorsi di massa, in cui è stata delineato il valido modello di schema procedurale utilizzabile in relazione a tutti i possibili ricorsi di massa che in futuro potrebbero essere registrati all'ICSID. La sua influenza ha avuto delle forti ripercussioni nella risoluzione dei casi analoghi relativi al default argentino già in corso di svolgimento quando la decisione sulla competenza è stata emessa. La decisione *Abaclat* è stata ripresa, attraverso continui riferimenti, dal Tribunale del caso *Ambiente*⁵⁸⁹, nella cui decisione si è riproposto il medesimo schema argomentativo, mentre per quanto riguarda l'altro caso concernente un gruppo di creditori italiani, *Alemanni*⁵⁹⁰, ancora non c'è stata alcuna pronuncia.

⁵⁸⁹ *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9 (formerly *Giordano Alpi and others v. Argentine Republic*), 2013.

⁵⁹⁰ *Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/8.

3.1 La conferma del modello *Abaclat*: la decisione sulla competenza del caso *Ambiente*

La causa che ha determinato il sorgere della disputa del caso *Ambiente* è la medesima del caso *Abaclat*: gli istanti, un gruppo di creditori italiani, ha registrato un'istanza di arbitrato ICSID contro l'Argentina a seguito della già richiamata legislazione emergenziale da parte del suo Governo⁵⁹¹. Essendo il *casus belli* lo stesso, il Tribunale stesso evita nella decisione sulla competenza, con la quale ha affermato la propria competenza a dirimere la controversia, una ricostruzione dettagliata dei fatti e, fin dalle prime righe, contiene dei riferimenti espliciti alla decisione *Abaclat*. In ogni caso, esso esclude il riconoscimento esplicito del principio *stare decisis*⁵⁹², inesistente nell'arbitrato ICSID⁵⁹³.

La differenza più importante, con la decisione *Abaclat*, è paradossalmente la mancata qualificazione della controversia come arbitrato di massa⁵⁹⁴. Nel caso di specie, il Tribunale ha preferito considerare il ricorso come collettivo anziché come di massa, per una serie di differenze evidenti. Innanzitutto, la differenza principale si fonda sull'impossibilità di utilizzare il termine *mass claim* a causa del numero di istanti, solo 90 investitori, non sufficiente per procedere a tale qualificazione, che risulterebbe pertanto impropriamente utilizzata. L'ulteriore elemento di fatto che impedisce di procedere a siffatta qualificazione, è la mancanza dell'elemento di rappresentatività, presente invece in *Abaclat*, che, in forza del mandato individuale che ciascun ricorrente ha debitamente sottoscritto, non sussiste nel caso di specie.

Per quanto riguarda le altre questioni giurisdizionali, sono state risolte mediante l'utilizzo delle medesime argomentazioni della decisione precedente. *Id est*, per quanto riguarda la nozione di investimento è stata ripreso direttamente il *double-*

⁵⁹¹ La ricostruzione storica degli eventi è la medesima del caso *Abaclat*, cfr. par. 2.1, *supra*.

⁵⁹² Il principio dello *stare decisis* è l'elemento centrale della dottrina del precedente elaborata dal *common law* inglese. Esso prevede che i giudici successivi possono riconoscere ad una determinata decisione, o meglio alla sua *ratio decidendi*, valore di precedente a cui si considerano vincolati in ragione della comunanza della fattispecie. Per approfondire, si rimanda alla voce "Common Law", *Treccani.it - L'Enciclopedia Italiana*, Treccani.

⁵⁹³ § 12, cit..

⁵⁹⁴ In dottrina, questa comparazione è stata effettuata in STRONG, S. J., *Ambiente Ufficio SpA and others v Argentine Republic: Heir of Abaclat? Mass and Multiparty Proceedings*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2014.

barreled test, in tutti i suoi aspetti argomentativi dettagliatamente sviluppati in *Abaclat*. Inoltre, differenze sostanziali non sussistono nemmeno per quanto riguarda il profilo della nazionalità degli investitori, pacificamente ritenuta italiana in base all'interpretazione delle medesime fonti normative⁵⁹⁵. Pertanto, non è necessario riprendere questi aspetti, non sussistendo particolari problemi interpretativi.

In base a questi rilievi, in particolar modo per quanto riguarda il diniego del Tribunale di qualificare come *mass claim* le istanze dei creditori nel caso *Ambiente*, le divergenze tra i due casi in riferimento alla qualificazione stessa del tipo di ricorso potrebbero rendere ingiustificato ritenere che questa decisione costituisca un rafforzamento del precedente *Abaclat*. Questa obiezione non è fondata. Innanzitutto, il Tribunale, quando ha ritenuto doveroso non qualificare questa disputa come nascente da un'azione di massa, non ha svalutato le considerazioni della decisione precedente in quanto le differenze dipendono esclusivamente dalla diversità oggettiva delle istanze. La considerazione obiettiva del Tribunale, secondo la quale il numero delle istanze impedisce di procedere ad una qualificazione di arbitrato di massa, non nega il principio di ammissibilità dei *mass claims* nel sistema ICSID, ma lo rafforza a livello di *obiter dictum*. Infatti, si riconosce il suo carattere di necessità a fronte di ricorsi con un numero elevatissimo di istanti. Il profilo più interessante riguarda il mancato esercizio della prerogativa ex art. 44 della Convenzione. Il Tribunale, riprendendo idealmente quanto già evidenziato in *Abaclat*, ha ritenuto che l'uso del potere suppletivo di procedura deve essere utilizzato soltanto allorché vi siano delle circostanze di fatto che rendano doveroso il suo esercizio⁵⁹⁶. Si tratta di un aspetto fondamentale, che deve essere interpretato come un argomento a favore dell'istituzionalizzazione dei ricorsi di massa nell'arbitrato ICSID. L'individuazione di limiti esterni, oltre i quali tale prerogativa non può essere utilizzata, determina un rafforzamento dello schema complessivo tracciato in *Abaclat*. Lo schema processuale del precedente risulta pertanto assolutamente

⁵⁹⁵ Ovvero il BIT Italia-Argentina e il Protocollo in allegato allegato, § 279-215, *ibid.*.

⁵⁹⁶ "In view of the circumstances of the present case, notably the considerable but nonetheless limited number of Claimants, the Tribunal would not consider that the specific controversy regarding the scope of an ICSID tribunal's power to devise "necessary adaptations" to the ICSID standard procedure which arose in the context of the *Abaclat* case...", § 169, *ibid.*.

conformato, nonostante nell'istanza del caso di specie non potesse essere replicato.

3.2 L'istituzionalizzazione del profilo procedurale

Il riferimento ad un'istituzionalizzazione *perfecta* dei profili procedurali connessi ai ricorsi di massa è assolutamente legittimo in base ai rilievi già messi in evidenza nel corso di questa trattazione. Il consenso delle parti è del tutto ininfluenza nel ragionamento delle decisioni richiamate. In base al più volte richiamato art. 44, la prerogativa della regolamentazione del ricorso di massa rientra *tout court* nella competenza del tribunale adito, a cui è riconosciuto un potere esclusivo che ha delle inevitabili conseguenze sulla trattazione delle specifiche questioni giurisdizionali, come è già stato messo in evidenza nel caso *supra* esaminato. Questa caratteristica determina un rafforzamento del carattere istituzionale del sistema ICSID, contraddistinto da un potere incisivo di regolamentazione nelle materie procedurali da parte dei suoi tribunali. Nonostante il carattere *ad hoc* degli organi giudicanti⁵⁹⁷, il Tribunale del caso *Abaclat* ha, in una decisione sulla competenza lunga quasi trecento pagine, ricostruito un modello per la risoluzione dei profili giurisdizionali relativi ai ricorsi di massa che si è dimostrato validamente replicabile, come è stato dimostrato nel caso *Ambiente*. Infatti, pur escludendo l'applicabilità del principio *stare decisis*⁵⁹⁸, esso ha assegnato *de facto* il ruolo di precedente alla decisione *Abaclat*, nonostante in quel caso non si potesse procedere alla qualificazione di ricorso di massa rispetto alle istanze presentate, aspetto che denota una profonda interconnessione tra i tribunali del Centro e che, *a fortiori*, è un ulteriore elemento a sostegno della tesi qui esposta. L'istituzionalizzazione dei ricorsi di massa è avvenuta in forza del

⁵⁹⁷ Si ricorda inoltre che nel sistema ICSID manca un organo permanente di appello. Nel sistema di risoluzione delle controversie della WTO, l'*Appellate Body* svolge una funzione importantissima sotto questo profilo. Infatti la sua giurisprudenza tende a mettere in evidenza i principi di diritto che contraddistinguono la risoluzione di specifici casi, quale organo di secondo grado, creando *a fortiori* precedenti, soprattutto per la pubblicità delle decisioni stesse, in quanto i suoi *reports* sono trasmessi a tutti gli Stati parti dell'Organizzazione. Per ulteriori approfondimenti, AA.VV., "The process – stages in a typical WTO dispute settlement case", *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2004.

⁵⁹⁸ Cfr. par. 3.2, *supra*.

diritto pretorio creato dalla prassi, che ha consentito di introdurre un istituto in precedenza assolutamente sconosciuto nel sistema ICSID.

Conclusioni

La valutazione in merito all'estensione della giurisdizione ICSID non può prescindere dall'analisi della prassi giurisprudenziale rilevante in riferimento ai requisiti indicati nella Convenzione. Nel corso della trattazione si è cercato di ricostruire l'effettiva estensione che i singoli requisiti previsti dalla Convenzione hanno raggiunto secondo l'interpretazione dei tribunali. L'aspetto più importante che deve essere rilevato è il carattere *in fieri* di questa prassi. Infatti, essa interpreta in modo chiaramente evolutivo la Convenzione, ed è questo che ha consentito al sistema ICSID di adattarsi a fronte delle nuove istanze derivanti dai processi di globalizzazione. Questa progressiva evoluzione del sistema ICSID deriva dalla flessibilità delle disposizioni della Convenzione che delimitano l'ambito di operatività dei suoi meccanismi di composizione delle controversie, in quanto essa, salvo gli opportuni limiti previsti in fase di negoziazione, consente ai tribunali di addivenire ad un'interpretazione dei requisiti giurisdizionali in linea con le istanze provenienti da una mutevole società globalizzata. La nozione di giurisdizione ICSID si evolve costantemente, attraverso la giurisprudenza del Centro, rendendo non necessari eventuali interventi riformatori del trattato istitutivo secondo la procedura in esso descritta. In riferimento ai tre requisiti principali analizzati in questa sede, *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione voluntatis*, è stato possibile rinvenire questo processo di definizione della giurisdizione.

Per quanto riguarda il requisito *ratione materiae*, si è assistito all'elaborazione di una metodologia complessa fondata sulla verifica di una serie di criteri, che devono necessariamente sussistere affinché si possa ritenere che una determinata operazione possa essere considerata un investimento valido ai sensi della Convenzione e del trattato di riferimento. La verifica di questi elementi, elencati in precisi schemi logici, i test, elaborati nelle celeberrime decisioni richiamate nel corso della trattazione, hanno iniziato a essere interpretati in modo sempre più elastico dai tribunali. Infatti, il rischio sempre più effettivo che tali schemi presentavano, ovvero che potessero compromettere l'evoluzione della nozione di

investimento in forza della loro rigidità, è stato superato attraverso una loro interpretazione sempre più flessibile. Inoltre, le decisioni più recenti stanno identificando un criterio, quello del trasferimento di capitale, che, unitamente ai requisiti delineati nel trattato di riferimento, consente di estendere la competenza per materia del Centro a operazioni che originariamente erano escluse dalla sua giurisdizione, come quelle che si risolvono nell'acquisizione di strumenti finanziari.

In relazione al requisito *ratione personae*, la giurisprudenza ha affrontato di recente una serie di questioni, la cui risoluzione ha contribuito a chiarificare lo *ius standi iudicio* nelle procedure ICSID. Da un lato, è emerso come non si sia formata una prassi uniforme intorno al divieto di adire i meccanismi del Centro da parte dei nazionali stessi dello Stato ospite, in particolare se debba trovare applicazione il principio di prevalenza della sostanza sulla forma. Dall'altro lato, si è analizzato come si sia riconosciuta la responsabilità dello Stato per la condotta dei suoi enti facendo applicazione dalle norme di diritto internazionale generale riportate nel progetto sugli Articoli ILC.

Nella trattazione del requisito *ratione voluntatis* è emerso come il particolare contenuto dei trattati in materia di investimento sia stato utilizzato dalla prassi per estendere portata del consenso degli Stati parti. Questo genere di strumenti normativi, *in primis*, contiene un'offerta di consenso, da parte dello Stato, unilaterale a tutti i potenziali investitori, che addirittura è capace di estendersi, nonostante sussistano differenti posizioni in merito, alle controversie meramente contrattuali per il tramite delle clausole ombrello. *In secundis*, i tribunali hanno iniziato a riconoscere l'impatto che le clausole MFN possono avere nei meccanismi di prestazione del consenso, ritenendo che esse, nonostante non possano essere sufficienti da sole a prestarlo in via mediata, consentono di superare alcuni limiti apposti alla clausola che attribuisce la competenza al Centro, come il previo esaurimento delle vie di ricorso interne.

In breve, da questa analisi è emerso con forza l'importanza del sistema ICSID *ex se* nell'evoluzione della giurisdizione e nella definizione dei principali requisiti convenzionali, in cui svolgono un ruolo essenziale i tribunali in ragione del livello

di interconnessione *in crescendo* nelle loro più recenti decisioni. Essi costituiscono il fondamentale meccanismo di interpretazione dei requisiti previsti dalla Convenzione, capaci di modellarne l'ambito di applicazione in relazione a controversie sempre più complesse. Nonostante sia una caratteristica comune alla maggior parte dei tribunali internazionali quella di estendere la propria competenza attraverso un'interpretazione estensiva del loro trattato istitutivo, questo fenomeno risulta essere ancora più accentuato nel sistema ICSID. Infatti, i suoi tribunali esercitano un potere che determina la creazione di un diritto pretorio che va a integrare la Convenzione, svolgendo una funzione che va pertanto ben oltre alla mera attività interpretativa. L'introduzione dei ricorsi di massa nell'arbitrato ICSID ne rappresenta l'esempio più evidente, considerata la mancanza di qualsiasi tipo di riferimento a essi nella Convenzione di Washington. Questo ha comportato l'introduzione di un'importantissima variante nella procedura delineata nella Convenzione, attraverso la quale la verifica dei requisiti deve essere svolta primariamente in relazione alla massa in quanto tale, per cui le caratteristiche specifiche degli istanti *uti singuli* sono prese in considerazione soltanto in via subordinata e eventuale. Si tratta di un'autentica innovazione nella procedura delineata nel quadro giuridico dell'ICSID, resa necessaria al fine di permettere l'operatività del ricorso di massa nel rispetto della Convenzione. Lo studio di quest'ultimo profilo rivela quanto sia sempre più determinante il ruolo dei tribunali, che, nonostante la loro natura *ad hoc*, e con competenza limitata al caso specifico, costituiscono un sistema capace di interpretare e guidare l'evoluzione materiale della Convenzione di Washington. Si tratta di un *unicum* nel diritto internazionale, poiché l'arbitrato ICSID ha assunto questa caratteristica che è generalmente propria di un tribunale permanente. L'analisi dell'estensione della giurisdizione ICSID permette di identificare un modello innovativo di concepire la competenza di un tribunale internazionale fondato sulla centralità della sua giurisprudenza capace di evolversi nel rispetto del suo trattato istitutivo. La ragione principale del crescente successo di questo straordinario sistema di risoluzione delle controversie risiede primariamente in questa sua capacità di determinare, in via assolutamente autonoma senza bisogno di una procedura di revisione, l'evoluzione della propria giurisdizione.

Fonti normative

- ASEAN Investment Protection Agreement, 1987.
- BIT Australia-Cina, 1988.
- BIT Bulgaria-Cipro, 1988.
- BIT Canada-Argentina, 1991.
- BIT Canada-Ecuador, 1996.
- BIT Canada-Repubblica Ceca, 1990.
- BIT Canada-URSS, 1989.
- BIT Finlandia-Bulgaria, 1997.
- BIT Germania-Cina, 2003.
- BIT Germania-Ucraina, 1993.
- BIT Italia-Argentina, 1990.
- BIT Italia-Bangladesh, 1990.
- BIT Repubblica Ceca–Repubblica Slovacca, 1992.
- BIT Paesi Bassi-China, 2001.
- BIT Paesi Bassi-Argentina, 1992.
- BIT Turchia-Giordania, 1993.
- BIT USA-Argentina, 1991.
- BIT USA.-Kazakistan, 1992.
- BIT Svizzera-Filippine, 1997.
- BIT Svizzera-Pakistan, 1995
- BIT USA-Ucraina, 1996.
- Codice Civile (italiano), 1942.
- Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, 1958.
- Convention on the Settlement Disputes between States and Nationals of Other States, 1965.
- Costituzione della Repubblica Italiana, 1947.
- Draft Articles of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.
- European Convention on Human Rights, 1950.

- Eritrea Ethiopia Claims Commission - Rules of Procedure, 2000.
- General Agreement on Tariffs and Trade, 1947.
- IBRD Articles of Agreement, 1944.
- Investment Agreement for the COMESA Common investment Area, 2007.
- MIGA Convention, 1985.
- North American Free Trade Agreement” (“NAFTA”), 1992.
- Regulation 2006/50, UNMIK, 2006.
- Resolution 687, Security Council, United Nations, 1991.
- Rules Governing the Claims Resolution Process, 2001.
- Vienna Convention on the law of treaties, 1969.

Fonti giurisprudenziali

Tribunali ICSID

- *Abaclat and Others v. Argentine Republic* (precedentemente, *Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic*), ICSID Case No. ARB/07/5, 2011. (“*Abaclat*”)
- *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9 (formerly *Giordano Alpi and others v. Argentine Republic*), 2013. (“*Ambiente*”)
- *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, 1983. (“*AMCO v. Indonesia*”)
- *American Manufacturing and Trading, Inc. v. Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/93/1, 1997.
- *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan* ICSID Case No. ARB/08/2, 2010. (“*ATA v. Jordan*”)
- *Azurix Corp. v. Argentina*, ICSID Case ARB/01/12, 2003.
- *Bosh International, Inc and B&P Ltd Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, 2012.
- *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case, No. ARB/07/9, 2012.
- *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, 1999. (“*CSOB*”)
- *Champion Trading v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, 2009.
- *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, 2007.
- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (precedentemente *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*), 2002.
- *Consortio Groupement LESI-DIPENTA v Algeria*, ICSID Case No

ARB/03/08, 2004.

- *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, 2009.
- *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, 2012. (“*Electrabel*”)
- *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, 2000. (“*Maffezini v. Spain*”)
- *Enron Creditors Recovery Corp. (formerly Enron Corp.) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, 2004. (“*Enron*”)
- *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, 1997. (“*Fedax*”)
- *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/16, 2011. (“*GEA v. Ukraine*”)
- *Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/8. (“*Alemanni*”)
- *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, 2011. (“*Hochtief v. Argentine*”)
- *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, 2011. (“*Impregilo v. Argentine*”)
- *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, 2006.
- *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, 2004. (“*Joy Mining*”)
- *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, 2004.
- *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, 2009.
- *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, 2005.
- *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, 2009. (“*Phoenix*”)

- *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (precedentemente, *FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*), 2013.
- *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, 2005. (“*Plama v. Bulgaria*”)
- *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, 2011.
- *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, 2001. (“*Salini*”)
- *Saipem S.p.A v. The People Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, 2007. (“*Saipem v. Bangladesh*”)
- *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, 1980.
- *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, 2005.
- *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, Case No. ARB/07/6, 2009. (“*Tza Yap Sum*”)
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, 2003. (“*SGS v. Pakistan*”)
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, 2004. (“*SGS v. Philippines*”)
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, 2010. (“*SGS v. Paraguay*”)
- *SOABI c. la République du Sénégal*, AIU3/82/1, 1984. (“*SOABI*”)
- *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. V. Arab Republic of Egypt*, ARB/84/3, 1992.
- *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, 2008.
- *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, 2004. (“*Tokios Tokeles*”)
- *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case

No. ARB/07/12, 2009.

- *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, 2008. (“*TSA v. Argentine*”)
- *Vacuum Salt Products Ltd v. Republic of Ghana* Case No. ARB/92/1, 1994.
- *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, 2008. (“*Wintershall v. Argentine*”)
- *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, 2006.

Corte Internazionale di Giustizia

- *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey)*, 1976-78.
- *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, 1962-70. (“*Barcelona Traction*”)
- *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)*, 1955-57.
- *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, 1951-55. (“*Nottebohm*”)

Corte Permanente di Arbitrato

- *Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, PCA Case No. AA280, 2009.

Bibliografia

- AA.VV., *The dawn of modern banking*, New Haven, Yale University Press, 1979.
- AA.VV., “The Role of Foreign Direct Investment in Development”, *Foreign Direct Investment in Developing Countries*, Paris, IFM, 1985.
- AA.VV., *Portfolio Investment Funds Assessing the Impact on Emerging Markets*, Washington D.C., The World Bank Group, 1996.
- AA.VV., *The Energy Charter Treaty: An East-west Gateway for Investment and Trade*, a cura di T. W. WAELDE, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1996.
- AA.VV., *From GATT to the WTO: The Multilateral Trading System in the New Millennium*, a cura del WORLD TRADE ORGANIZATION - SECRETARIAT, The Hague, Kluwer Law International, 2000.
- AA.VV., “The process – stages in a typical WTO dispute settlement case”, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, 2004.
- AA.VV., *The IMF and Argentina, 1991-2001*, International Monetary Fund, 2004, <https://www.imf.org/external/np/ieo/2004/arg/eng/pdf/report.pdf>.
- AA.VV., *European Banking and Financial Services Law*, a cura della EUROPEAN ASSOCIATION OF PUBLIC BANKS, Bruxelles, Larcier, 2008.
- AA.VV., *The World Bank Group Guarantee Instruments 1990-2007: An Independent Evaluation*, Washington D.C., World Bank Publications, 2009.
- AA.VV., *Part I - Anatomy of a Class Action*, A Practitioner's Guide to Class Actions, a cura di GREER, R. H., American Bar Association Publishing, Chicago, 2010.
- AA.VV., *Mass Justice: Challenges of Representation and Distribution*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011.

- AA.VV., *Sovereign Debt Restructuring and International Investment Agreements*, UNCTAD, 2011, http://www.unctad.org/en/docs/webdiaepcb2011d3_en.pdf.
- AA.VV., *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*, a cura di GAZZINI, T., DE BRABANDERE, E., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.
- AA.VV., *Yearbook on International Investment Law & Policy*, a cura di K. § SAUVANT, New York, Oxford University Press, 2012.
- AA.VV., *Arbitrato. Profili di diritti sostanziale e di diritto processuale*, a cura di ALPA, G., VIGORITI, V., MISSOLI, F., Torino, UTET Giuridica, 2013, pp. 686-696.
- AA.VV., *Multilateralism in the 21st Century: Europe's Quest for Effectiveness*, a cura di BOUCHARD, C., PETERSON, J., TOCC, N., *Multilateralism in the 21st Century: Europe's Quest for Effectiveness*, Abingdon, Routledge, 2013.
- AA.VV., "The Arbitration Agreement" *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, a cura di GEISINGER, E., VOSER, N., PETTI, A. M., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013, pp. 25-50.
- AA.VV., *Globalization in an Age of Crisis: Multilateral Economic Cooperation in the Twenty-First Century*, a cura di FEENSTRA, R. C., TAYLOR, A. M., Chicago, University of Chicago Press, 2014.
- AA.VV., *Globalisation, Multilateralism, Europe: Towards a Better Global Governance?*, a cura di TELÒ, M., Farnham, Ashgate Publishing, 2014.
- ALEXANDROV, S. A., *Breaches of Contract and Breaches of Treaty*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2004.
- AMERASINGHE, C.F., *The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, in *Indian Journal of International Law*, 1979.

- AMERASINGHE, C. F., *Jurisdiction of International Tribunals*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 643 ss.
- BANK, R., FOLTZ, F., *Lump-sums- Agreements*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, a cura di WOLFRUM, 2012.
- BANIFATEMI, Y., *The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration*, in *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, a cura di YANNACA-SMALL, K., New York, Oxford University Press, 2010.
- BARTON, J. H., GOLDSTEIN, J. L., JOSLING, T. E., STEINBER, R. H., *The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*, Princeton, Princeton University Press, 2010.
- BEDERMAN, D. J., *The Glorious Past and Uncertain Future of International Claims Tribunals*, in *International Courts for the Twenty-first century*, a cura di M. JANIS, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publisher, 1992.
- BESSELINK, L. F. M., *Should the European Union ratify the European Convention on Human Rights? Some remarks on the relations between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice*, in *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, a cura di FØLLESDAL, A., PETERS, B., ULFSTEIN G., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- BERMANN, G. A., *Reconciling European Union law demands with the demands of international arbitration*, in *A Man for All Treaties – Liber Amicorum en l'honneur de Jean-Claude Piris*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- BLUMBERG, I., "Piercing the veil jurisprudence", *The Multinational Challenge to Corporation Law: The Search for a New Corporate Personality*, New Yoek, Oxford University Press, 1993.
- BOUCHEZ, L. J., *The prospects for international arbitration : disputes between states and private enterprises*, in *International Arbitration: Past and Prospects : a Symposium to Commemorate the Centenary of the Birth of*

Professor J.H.W. Verzijl (1888-1987), a cura di SOONS, A. H. A., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

- BORCHARD, E. M., *La protection diplomatique des nationaux à l'étranger*, in *Bibliotheca Visseriana*, Lugduni Batavorum, 1924.
- BRENNAN, M. J., CAO, H. H., *International Portfolio Investment Flows*, in *The Journal of Finance*, 1997.
- BROCHES, A., *The convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Selected Essays*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- BROWNLIE, I., *The Rule of Law in International Affairs: International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1998.
- CASSESE, S., "Il potere amministrativo e la discrezionalità", *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè Editore, 2012.
- CONFORTI, B., *Diritto Internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- CRAWFORD, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility – Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 100-102.
- CRAWFORD, J., *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2008.
- CRAWFORD, J., LOWE, V., "Investment arbitration and the law of countermeasures", *British Year Book of International Law 2008*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- CRAWFORD, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 516 ss.
- CUNIBERTI, G., *Divergence d'appréciation entre juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention d'arbitrage*, in *The Paris Journal of International Arbitration*, 2011.

- DEL VECCHIO, A., *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, Cacucci Editore, 2009.
- DE BÚRCA, G., *The evolution of EU Human Rights Law*, in *The Evolution of EU Law*, a cura di CRAIG, P., DE BÚRCA, G., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DE HOICHEPIED, J. P., *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, Paris, A. Pedone, 1965.
- DELAUME, G., *Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)*, in *Journal de droit international*, 1982.
- DELAUME, G. R., *ICSID Arbitration and The Courts*, *The American Journal of International Law*, 1983.
- DELAUME, G., in *ICSID Arbitration: Practical Considerations*, in *Journal Arbitration*, 1984.
- DELBEZ, L., *Les Principes généraux du contentieux international*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962.
- DIMOPOULOS, A., *EU Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- DIXON, M., *Textbook on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- DOLZER, R., STEVENS, M., *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- DOLZER, R., SCHREUER, C., *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- DOUGLAS, Z. “Jurisdiction *ratione personae*”, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- DUGAN, C., WALLACE, D., RUBINS, N., SABAHA, B., “The Nationality of the Investor”, *Investor-State Arbitration*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 291-346.

- FEINBERG, K. R. *Compensating the Families and Victims of September 11th: An Alternative to the American Tort System*, in *The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration*, a cura della PERMANENT COURT OF ARBITRATION, New York, Oxford University Press, 2006.
- FIELD, H. D., UPCHURCH, J. J., *Preparation for and Presentation during Alternative Dispute Resolution*, in *Alternative Dispute Resolution: The Litigator's Handbook*, a cura di ATLAS, N., IUBER, S. K., TRACHTE-HUBER, E. Q., Chicago, American Bar Association Publishing, 2003.
- FIGANMEŞE, I. A., *The impact of the Maffezini decision on the interpretation of MFN clauses in investment treaties*, in *Ankara Law Review*, 2011.
- GAILLARD, E., “L'ordre juridique arbitral”, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Leiden, Martinus Nijoff Publishers, 2008.
- GAINES, S. E., OLSEN, B. E., SØRE, K. E., “Between Constitutionalism and Dispute Settlement”, *Liberalising Trade in the EU and the WTO: A Legal Comparison*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- GOLDIN, I., REINERT, K., “Finance”, *Globalization for Development: Meeting New Challenges*, New York, Oxford University Press, 2012.
- GORE, D., LEWIS, S., LOFARO, A., *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- GRISEL, F., *The Sources of International Investment Law*, in *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory Into Practice*, a cura di DOUGLAS, Z., PAUWELYN, J., VIÑUALES, Oxford, Oxford University Press, 2014.
- HART, J. A., PRAKASH, A., “Delegating public responsibilities to the private sector”, *Globalization and Governance*, London, Routledge, 2000, p. 272 ss..
- HEISKANEN, V., “The Glorious Past of International Claims Commissions and Claims Tribunals”, *Arbitrating Mass Investor Claims*, in *Multiple Party*

Actions in International Arbitration, Permanent Court of Arbitration, New York, Oxford University Press, 2009.

- HAMBRO, E. I., *Jurisprudence de la Cour Internationale*, Leiden Brill Archive, 1960 p. 810 ss..
- HAUSFELD, M. D., RATNER, B. A., *Prosecuting Class Actions and Group Litigation*, in *World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions Around the Globe*, a cura di KARLSGODT, P. G., New York, Oxford University Press, 2012.
- HEISKANEN, V., *Of Capital Import: The definition of "Investment" in International Investment Law*, in *Protection of Foreign Investments through Modern Treaty Arbitration*, a cura di Hoffman, A. K., Genève, Association Suisse de l'Arbitrage, 2010.
- HIRSCH, M., *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, New York, Springer, 1993, p. 85.
- HOLTZMANN, H. M., KRISTJANSDOTTIR, E., "Due Diligence", *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives*, New York, Oxford University Press, 2007.
- HOUTHAKKER, H. S., WILLIAMSON, P. J., "The role of financial statements analysis", *The Economic of Financial Markets*, New York, Oxford University Press, 1996.
- *Hussein Nuaman Soufraki v. The United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, 2004.
- HWANG, M., CHUNG, K., CHENG, F. L., *Claims Against Arbitrators for Breach of Ethical Duties*, in *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007*, a cura di ROVINE, A. W., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- JACKSON, J. R., *Mass Torts and Consumer Class Actions: Pleading Artificial Homogeneity*, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP & Affiliates, 2009

http://www.skadden.com/sites/default/files/publications/Publications1641_0.pdf.

- JACKSON, J. H., *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 91-103.
- KLEMM, U., *Investment through Third Countries: State Practice and Needs of Investors*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2009.
- KRISHAN, D., *A Notion of ICSID Investment*, in *International Treaty Arbitration*, a cura di WEILER, T., New York, Juris Publishing, Inc, 2005.
- KULICK, A., *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 140 ss..
- LEGUM, B., MOUAWAD, C., *The meaning of "Investment" in ICSID Convention*, in *Making Transnational Law Work in the Global Economy*, a cura di BEKKER, P. H. F., DOLZER, R., WAIBEL, M., Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- LAUTERPACHT, E., *The World bank Convention on the Settlement of International investment Dispute*, in *Recueil d'etudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de droit de l'Université de Genève, 1968.
- LAVIEC, J. P., *Protection et Promotion des Investissement*, Paris, Presse Universitaires de France, 1985.
- LEVESQUE, C., *Abaclat and Others v Argentine Republic: The Definition of Investment*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2012.
- LOWE, V., *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007; DIXON, M., *Textbook on International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- MAURO, M. R., *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003.
- MAURO, M. R., *Investimenti stranieri*, Enciclopedia del Diritto, Milano, Giuffrè Editore, 2011.

- MCLACHLAN, C., SHORE, L., WINIGER, M., in *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MISTELIS, L. A., *Award as an Investment: The Value of an Arbitral Award or the Cost of Non-Enforcement*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2013.
- MORTENSON, J. D., “The Meaning of “Investment”: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law”, in *Harvard International Law Journal*, 2010.
- MONACO, R., *Regionalismo internazionale e Nazioni Unite*, in *La Comunità internazionale*, 1947, e in *Scritti di diritto delle organizzazioni internazionali*, Giuffrè Editore, 1981.
- MUCHLINSKI, P., ORTINO, F., SCHREUER, C., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- NAGAREDA, R. A., “The Mass Tort Problem”, *Mass Torts in a World of Settlement*, Chicago, University of Chicago Press, 2008, pp. 1-29.
- NARLIKAR, A., DAUNTON, M., STERN, R. M., *The Oxford Handbook on The World Trade Organization*, NEW YORK, Oxford University Press, 2012.
- NASCIMBENE, B., *La protezione diplomatica. Profili evolutivi*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè Editore, 2013.
- NEWCOMBIE, A., PARADELL, L., “Historical Development of Investment Treaty law”, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009.
- NOLDE, B., *La clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels*, in *Recueil des cours*, Academie de droit international de La Haye, The Hague, 1932.
- OBSTFELD, M., TAYLOR, A. M., “Globalization and Capital Markets”, *Globalization in Historical Perspective*, Chicago, University of Chicago Press, 2003.

- PAPANINSKIS, M., *MFN Clauses and International Dispute Settlement: Moving beyond Maffezini and Plama?*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2011.
- PARRA, A. R., *The History of ICSID*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- PAULSSON, J., *Arbitration without privity*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1995.
- PERKAMS, M., *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law – Searching for Light in the Dark*, in *International Investment Law and Comparative Public Law*, a cura di SCHILL, S. W., Oxford, Oxford University Press, 2010.
- PETIT, N., LOUSBERG, C., *Droit européen de la concurrence, institutions et procédures*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- POLLICINO, O., *The Relationship Between the Court of Justice of the European Union and the Court of Justice of Human Rights: The Horizontal and the Vertical Dimensions*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2010*, New York, Oxford University Press, 2012.
- RAPPA, A. L., *Globalization: Power, Authority, and Legitimacy in Late Modernity*, Singapore, Institute of Southeast Asian, 2011.
- REED, L., PAULSSON, J., BLACKABY, N., “Execution of ICSID Awards – Sovereign Immunity from execution”, *Guide to ICSID Arbitration*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011.
- RUGARD, M. J., *Diplomatic Protection*, in *Yearbook of the International Law Commission 2000*, New York - Genève, United Nations, 2010, pp. 229-230.
- ROMANO, C., ALTER, K., SHANY, Y., “The influence of large numbers: individualized adjudication vs mass claims techniques”, *The Oxford Handbook of International Adjudication*, New York, Oxford University Press, 2013.
- ROMERO, E. S., *Are States Liable for the Conduct of their Instrumentalities?*, in *State Entities in International Arbitration, IAI Series on International*

Arbitration No. 4, a cura di E.GAILLARD, E., YOUNAN, J., Huntington, Juris Publishing, 2008.

- ROSENFELD, F., *Mass Claims in International Law*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2013.
- SAPORI, A., *La crisi delle compagnie mercantili dei Bardi e dei Peruzzi*, Firenze, Olschki, L. S., 1926.
- SHANY, Y., *Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multi-sourced Investment Claims*, in *Journal of International Law*, 2005
- SCHILL, S., *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, in *Journal of International Law*, 2009.
- SCHILL, S. W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- SCHNEIDER, J. W., *Treaty Making Power of International Organizations*, in *Travaux de Droit d'Economie et de Sociologie*, Genève, Librairie Droz, 1963.
- SCHREUER, C., *Travelling the BIT Route: Of Waiting Period, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, in *World Investment & Trade*, 2004.
- SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- SHAVELL, S., "General Topics on the Legal Process", *Foundations of Economic Analysis Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2004.
- SMITH, R., *Textbook on International Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- SORNARAJAH, M., *Portfolio Investments and the Definition of Investment*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2009.
- SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

- SPECCHIA, S., *L'arbitrato internazionale*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2013, pp. 28-30.
- STERN, B., *The Countours of the Notion of Protected Investment*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2009.
- STIGLITZ, J. E., "The case of Argentina", *Making the Globalization Work*, New York, W. W. Norton & Company, 2007.
- STOLL, P. T., FRANK SCHORKOPF, F., *WTO: World Economic Order, World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- STRONG, S. I., "Is Large-Scale Arbitration Really Arbitration?", *Class, Mass, and Collective Arbitration in National and International Law*, New York, Oxford University Press, 2013.
- STRONG, S. J., *Ambiente Ufficio SpA and others v Argentine Republic: Heir of Abaclat? Mass and Multiparty Proceedings*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2014.
- SUTHERLAND, P. F., *The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1979.
- TAMS, C. J., *The Sources of Rights and Obligations*, in *ibid.*; ZEITLER, H. E., *Full Protection and Security*, in *International Investment The International Law on Foreign Investment Law and Comparative Law*, a cura di SCHILL S. W., New York, Oxford University Press, 2010;
- TESAURO, G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, CEDAM, 2012.
- TRAKMAN, L., RANIERI, N., *Regionalism in International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2013.
- VAN DER WOUDE, M. H., JONES, C., *EU Competition Law Handbook 2014*, Sweet & Maxwell, London, 2014.
- VANDEVELDE, K. J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

- VERHOEVEN, J., *Droit International Publique*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 721 ss.
- VOGEL, L., *European Competition Law*, Paris, Lawlex, 2011.
- VOSS, J. O., “Contract between Host States and Foreign Investors”, *The Impact of Investment Treaties on Contracts Between Host States and Foreign Investors*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- WANG, M., LEE CHENG, J., *Definition of “Investment” - A voice from the Eye of the Storm*, in *Asian Journal of International Law*, 2011.
- WIJCKMANS, F., TUYTSCHAEVER, F., *Vertical Agreements in EU Competition Law*, New York, Oxford University Press, 2011.
- WONG, J., *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Doreign Investment Disputes*, in *George Mason Law Review*, 2006.
- YANNACA-SMALL, C., LIBERTI, L., *Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements*, in *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*, Paris, OECD, 2008.