

# ARBITRATO ICSID: *TREATY CLAIMS V. CONTRACT CLAIMS*

## INTRODUZIONE

Scopo e struttura del lavoro.....	3
-----------------------------------	---

## CAPITOLO I

### Le fonti di diritto applicabili all'arbitrato degli investimenti

1. Le fonti di diritto nella Convenzione di Washington.....	7
2. Il diritto applicabile alla controversia in assenza di scelta delle parti.....	12
2.1 Il diritto nazionale dello Stato ospite dell'investimento.....	13
2.2 Il diritto internazionale.....	16
3. Il rapporto fra diritto nazionale e internazionale nella Convenzione ICSID.....	31

## CAPITOLO II

### La giurisdizione ICSID

1. L'Articolo 25 della Convenzione ICSID.....	35
2. La controversia giuridica derivante direttamente da un investimento.....	37
3. La nazionalità dell'investitore privato.....	41
4. Il consenso delle parti.....	49

## CAPITOLO III

### *Treaty claims e contract claims*

1. La distinzione fra le diverse categorie di <i>claims</i> .....	55
2. <i>Treaty claims</i> derivanti da violazioni contrattuali.....	63
3. <i>Claims</i> derivanti da atti di natura commerciale o sovrana.....	68
4. Gli effetti delle clausole di selezione del foro competente sulla giurisdizione ICSID...	72
5. La giurisdizione ICSID sui <i>treaty claims</i> : considerazioni conclusive.....	86

## CAPITOLO IV

### La competenza dei Tribunali ICSID in relazione ai *contract claims*

1. Le <i>umbrella clauses</i> e i <i>contract claims</i> “puri” .....	89
2. Le origini delle “clausole ombrello” .....	90
3. Gli effetti delle <i>umbrella clauses</i> sulla competenza dei Tribunali ICSID.....	96
3.1 L’interpretazione restrittiva delle <i>umbrella clauses</i> .....	96
3.2 L’interpretazione espansiva delle <i>umbrella clauses</i> .....	105
4. Le <i>umbrella clauses</i> e le clausole contrattuali di risoluzione delle controversie.....	112
5. I soggetti che possono fare affidamento sulle <i>umbrella clauses</i> .....	120
5.1 L’applicazione delle <i>umbrella clauses</i> nei casi in cui vi sia una società controllata dalla parte attrice.....	121
5.2 L’applicazione delle <i>umbrella clauses</i> in presenza di enti diversi dallo Stato ospite.....	127
6. I Tribunali ICSID e i <i>contract claims</i> “puri”.....	131
6.1 L’interpretazione inclusiva dei <i>purely contract claims</i> .....	132
6.2 L’opposizione alla giurisdizione sui <i>purely contractual claims</i> .....	136
CONCLUSIONE.....	140
BIBLIOGRAFIA.....	145
SITOGRAFIA della giurisprudenza ICSID.....	153

## INTRODUZIONE

### Scopo e struttura del lavoro

Il presente lavoro si prefigge lo scopo di analizzare l'evoluzione della giurisprudenza arbitrale ICSID sulla dibattuta questione della distinzione fra i c.d. *treaty claims* e *contract claims*, osservando in particolare il rapporto che si configura fra le citate categorie di pretese e la sussistenza della competenza dei Tribunali arbitrali ICSID.

Tratteggiare una linea di confine fra *treaty* e *contract claims* risulta, infatti, essenziale ai fini di una piena comprensione dei limiti del potere, conferito agli arbitri ICSID, di pronunciare sul merito di una controversia sugli investimenti. Tuttavia, nonostante gli sforzi di dottrina e giurisprudenza per individuare criteri definiti e oggettivi al fine di tratteggiare una chiara distinzione fra le due tipologie di *claims*, la complessità dei rapporti di investimento fa sì che le posizioni adottate dai Tribunali non possano essere sempre ricondotte ad unità.

La trattazione dell'argomento pone necessariamente le proprie fondamenta su un'analisi della Convenzione di Washington, in qualità di trattato costitutivo del Centro. In particolar modo, l'attenzione si deve concentrare su quelle disposizioni del trattato che regolano il diritto applicabile dagli arbitri ICSID, nonché sulle norme che individuano gli elementi essenziali per la sussistenza della competenza dei Tribunali arbitrali.

Osservando le norme applicabili all'arbitrato degli investimenti emerge fin da subito la necessità di una dialettica fra le fonti di diritto nazionale e quelle di diritto internazionale, specialmente nei casi in cui le parti controvertenti non abbiano concordato in maniera espressa un chiaro *corpus* normativo quale diritto applicabile al procedimento arbitrale.

Per quanto riguarda il diritto nazionale, vanno considerate con un certo riguardo le legislazioni interne di promozione (o, viceversa, di dissuasione) degli investimenti esteri, ma in generale l'intero ordinamento giuridico degli Stati ospiti delle controversie va tenuto in considerazione.

Per quanto attiene il diritto internazionale, invece, si avrà modo di osservare come l'arbitrato ICSID sia aperto all'applicazione di tutte le “*rules of international law*” tradizionalmente elencate all'Articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, dal diritto consuetudinario fino ai principi generali di diritto e gli atti di *soft law*. Poiché il meccanismo di risoluzione delle controversie delineato dalla Convenzione di Washington rientra negli schemi dell'arbitrato *treaty-based*, particolare attenzione deve essere rivolta agli *International Investment Agreements* (perlopiù nella forma di BITs) conclusi fra lo Stato ospite e lo Stato nazionale dell'investitore.

Uno degli scopi principali del lavoro è quello di osservare come, al variare della tipologia della pretesa avanzata dalla parte attrice (*treaty claim* ovvero *contract claim*), siano poste o meno limitazioni alla giurisdizione dei Tribunali ICSID chiamati a risolvere le controversie sul rapporto di investimento.

Per raggiungere un tale obiettivo, è necessario, innanzitutto, offrire una panoramica esaustiva sugli elementi indispensabili per la sussistenza della giurisdizione ICSID, così come delineati dalla Convenzione di Washington. Come si avrà modo di osservare, una simile operazione non può limitarsi semplicemente all'esposizione dei principi espressi all'Articolo 25 della Convenzione, ma richiede altresì l'integrazione di quegli atti giuridici (primo fra tutti il BIT eventualmente applicabile) con cui le parti controvertenti hanno espresso le loro modalità di consenso all'arbitrato ICSID. La giurisdizione *ratione materiae* e *ratione personae* dei Tribunali arbitrali, infatti, viene disciplinata tanto dai principi fondamentali del Centro, quanto dalle specifiche disposizioni indicate dalle parti a fondamento del procedimento arbitrale.

Dopo aver posto le basi alla trattazione della questione centrale, il lavoro si svilupperà nel tentativo di offrire una distinzione precisa e netta – quantomeno sul piano teorico – delle categorie giuridiche dei *treaty claims* e dei *contract claims*, incentrata sul diverso fondamento giuridico delle pretese e, conseguentemente, sui distinti metodi di risoluzione delle controversie da esse derivanti.

A tal proposito, va segnalato fin da subito come la giurisprudenza arbitrale abbia ormai pacificamente riconosciuto che la natura contrattuale della violazione lamentata dall'investitore non costituisce, di per sé, un ostacolo al riconoscimento della natura di *treaty claim* della stessa pretesa avanzata dall'attore. È infatti possibile che una

medesima condotta sia considerabile illecita tanto sotto il profilo di diritto nazionale, tanto ai fini della responsabilità internazionale. Ciò rende, nella prassi dei rapporti di investimento, molto più complesso distinguere nitidamente le varie categorie di *claims* proposte di volta in volta dalle parti attrici.

Dopo aver provveduto ad una descrizione degli elementi distintivi di *treaty* e *contract claims*, la trattazione si prefigge di individuare i confini della giurisdizione ICSID nel caso in cui la richiesta di arbitrato dell'investitore straniero sia configurabile come *treaty claim*. Come si avrà modo di osservare, la giurisprudenza ICSID ha raggiunto sull'argomento un notevole grado di uniformità, riconoscendo la sussistenza di margini amplissimi alla giurisdizione arbitrale su questa categoria di pretese.

La giurisprudenza dei Tribunali arbitrali non risulta infatti scalfita dalla presenza di clausole di selezione del *foro* competente eventualmente presenti all'interno del contratto di investimento, e neppure l'esistenza di un procedimento giudiziario o arbitrale interno già intrapreso in sede nazionale appare sufficiente a sottrarre questa tipologia di *claim* alla giurisdizione degli arbitri ICSID.

Il punto ancora oggi più dibattuto e controverso in riferimento alla distinzione fra *treaty* e *contract claims* riguarda la possibilità di estendere la giurisdizione dell'arbitrato ICSID anche in presenza di pretese non direttamente ricollegabili a una violazione delle norme convenzionali di tutela degli investimenti. La questione centrale, quindi, è se siano proponibili dinnanzi ad un Tribunale ICSID pretese configurabili fondamentalmente come *contract claims*.

Al fine di superare la tradizionale esclusione di questa categoria di pretese dall'alveo della giurisdizione ICSID, gli investitori stranieri hanno sfruttato – negli ultimi due decenni – le potenzialità offerte da due tipologie di clausole generalmente incluse nei BITs: le c.d. “clausole ombrello” e le clausole di risoluzione delle controversie.

L'utilizzo di tali strumenti giuridici, tuttavia, ha scatenato reazioni contrastanti tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Nel corso del lavoro, infatti, si avrà modo di constatare come solo negli ultimi anni – e non senza fatica – si stia raggiungendo una certa uniformità nell'interpretazione delle clausole sopracitate e nella valutazione dei loro effetti sulla giurisdizione arbitrale.

Specialmente in riferimento alle *umbrella clauses*, il dibattito ha assunto sin dai primi lodi arbitrali i toni di un vero e proprio scontro giurisprudenziale, con posizioni nettamente divergenti e difficilmente conciliabili. Se un'interpretazione eccessivamente restrittiva di tali clausole condurrebbe, infatti, alla privazione di ogni loro reale ragion d'essere, d'altra parte un'interpretazione espansiva e favorevole all'investitore recherebbe con sé numerose problematiche, soprattutto in merito alla compatibilità con eventuali *domestic forum selection clauses* inserite nell'accordo di investimento, ovvero nel caso in cui le parti controvertenti non coincidano perfettamente con le parti firmatarie del contratto di investimento.

Lo scopo ultimo che questa trattazione si prefigge consiste, dunque, nel fornire un'analisi quanto più chiara possibile del panorama – passato e presente – della giurisprudenza ICSID sugli argomenti citati, cercando di individuare – ove esso sussista – un percorso evolutivo delle pronunce arbitrali circa la distinzione delle categorie dei *treaty* e *contract claims* e gli effetti di tali pretese in riferimento alla giurisdizione dell'arbitrato ICSID.

## **CAPITOLO I: Le fonti di diritto applicabili all'arbitrato degli investimenti**

### **1. Le fonti di diritto nella Convenzione di Washington**

L'attività di investimento in uno Stato straniero espone un investitore privato a incertezze notevolmente superiori rispetto al semplice rischio d'impresa che normalmente accompagna un imprenditore che decide di investire nel proprio territorio nazionale. Nel caso degli investimenti esteri, infatti, il soggetto privato si ritrova ad operare in un contesto giuridico e culturale spesso molto diverso da quello domestico. Se si considera, inoltre, che molto spesso la controparte nell'accordo di investimento è lo Stato sovrano nel territorio del quale avrà luogo l'investimento, è comprensibile che l'investitore privato ricerchi strumenti che gli consentano una tutela efficace, specialmente in caso di possibili controversie. Contestualmente, lo Stato ospite dell'operazione di investimento ha interesse ad attirare capitali stranieri, dimostrando un atteggiamento aperto o quantomeno non ostile al flusso di investimenti in entrata e consentendo agli investitori margini di negoziazione e contrattazione anche notevoli nella stesura degli accordi.

A garanzia di un giudizio imparziale e svincolato dalle corti nazionali dello Stato ospite, la soluzione più diffusa per risolvere le controversie di natura giuridica riguardanti il rapporto di investimento è lo strumento dell'arbitrato internazionale. La soluzione arbitrale delle controversie sugli investimenti ha un vantaggio rispetto al giudicato nazionale: nella maggioranza dei casi, infatti, gli arbitri internazionali non sono vincolati nella loro attività interpretativa e decisionale alle sole fonti di diritto nazionale di uno Stato, bensì hanno facoltà di applicare, parallelamente a norme domestiche, il più ampio *corpus* del diritto internazionale.

Ciò appare particolarmente rilevante in un settore, quale quello degli investimenti esteri, in cui tradizionalmente gli interessi delle parti trovano una tutela radicalmente differenziata a seconda che si consideri il diritto nazionale ovvero lo *ius gentium*. Da un lato, infatti, le attività dell'investitore straniero sono profondamente influenzate dalla legislazione interna dello Stato ospite, il quale assume la vantaggiosa posizione di artefice delle regole che lui stesso si troverà applicare nel corso del rapporto di

investimento. Allo stesso tempo, tuttavia, il soggetto privato è protetto dal diritto internazionale, spesso per mezzo di apposite convenzioni quali i trattati bilaterali di investimento (BITs), ma anche nella forma di diritto internazionale consuetudinario. Al sorgere di una controversia, quindi, è naturale che lo Stato sovrano reclami l'applicazione della sola propria normativa interna, mentre l'investitore straniero cercherà di far valere la salvaguardia accordatagli dagli strumenti internazionali.

In questo contesto diviene indispensabile non solo garantire l'applicazione di entrambe le fonti normative, ma anche e soprattutto regolare i rapporti fra di esse in modo da consentire agli arbitri di applicare nel caso concreto la fonte di diritto appropriata. Trattandosi di arbitrato, centrale è la volontà espressa dalle parti controvertenti, le quali restano libere di selezionare il *corpus* delle norme di diritto che gli arbitri saranno tenuti ad applicare nel corso del procedimento arbitrale.

Nel caso in cui le parti propendano per un arbitrato istituzionale, la loro scelta risulta peraltro guidata dalla regolamentazione preesistente, che spesso disciplina le fonti di diritto applicabili al procedimento. Nel Capitolo 11, Sezione B del NAFTA<sup>1</sup> – ad esempio – si indica espressamente che la soluzione delle controversie fra Stato e investitore relative all'Accordo di libero commercio debba utilizzare, quale diritto applicabile, unicamente norme di diritto internazionale<sup>2</sup>; una previsione analoga è inoltre prevista dalla *Energy Charter Treaty*<sup>3</sup>.

La Convenzione di Washington<sup>4</sup>, invece, disciplina le norme applicabili dai Tribunali ICSID all'Articolo 42, distinguendo l'eventualità di una scelta del diritto applicabile su accordo delle due parti dall'ipotesi in cui gli arbitri si ritrovino a operare

---

<sup>1</sup> Cfr. *North American Free Trade Agreement*, entrato in vigore il 1 gennaio 1994 fra Stati Uniti, Canada e Messico. Il testo del Capitolo 11, avente ad oggetto "Investimenti, servizi e questioni connesse", è consultabile sul sito <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25>

<sup>2</sup> Cfr. *North American Free Trade Agreement*, Articolo 1131(1): "Governing Law. A Tribunal established under this Section shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law".

<sup>3</sup> Cfr. *Energy Charter Treaty*, entrato in vigore nell'aprile 1998, consultabile sul sito <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>

All'articolo 26(6) il trattato stabilisce: "Settlement of Disputes between an Investor and a Contracting Party. A tribunal established under paragraph 4 shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law".

<sup>4</sup> Cfr. Convenzione di Washington, comunemente conosciuta come "Convenzione ICSID", conclusa il 18 marzo 1965 ed entrata in vigore il 14 ottobre 1966. Il testo della Convenzione è consultabile sul sito della Banca Mondiale <https://icsid.worldbank.org>

in assenza di indicazioni esplicite dalle parti controvertenti<sup>5</sup>. L'Articolo 42 della Convenzione ICSID si discosta dunque dalla posizione adottata dagli accordi NAFTA e ECT, evitando ogni limitazione alle fonti di diritto applicabili nella soluzione delle controversie. Alle parti viene lasciata, infatti, piena autonomia nell'indicare agli arbitri le norme che questi potranno utilizzare nel corso del procedimento arbitrale: essi sono dunque liberi di propendere per il diritto nazionale dello Stato ospite, il diritto internazionale (comprensivo di norme convenzionali, specialmente quelle previste dai BITs) ovvero una combinazione di entrambe le categorie. Riferimenti al diritto interno di Stati diversi dall'ospite, quali ad esempio lo Stato nazionale dell'investitore, sono più rari: ciò può accadere in casi riguardanti contratti di prestito, per i quali esiste una pratica consolidata per la scelta della legge nazionale dello Stato del prestatore o, in alternativa, di uno Stato terzo e importante centro finanziario<sup>6</sup>.

È altresì possibile che le parti decidano, ai fini della soluzione della controversia, per una completa internazionalizzazione della stessa tramite l'esclusivo riferimento al diritto internazionale quale normativa applicabile: tale formula risulta, tuttavia, raramente adottata per via delle numerose lacune e incertezze che gli arbitri si troverebbero ad affrontare nel corso del procedimento<sup>7</sup>. Il *corpus* del diritto internazionale è infatti sprovvisto di quel livello di dettaglio tecnico tipico delle normative interne nazionali e necessario per una disciplina completa del rapporto di investimento, mentre concentra la propria attenzione sulla protezione degli investitori stranieri e sugli standard minimi di tutela a cui è vincolato lo Stato ospite. Da ciò deriva, dunque, che la soluzione generalmente adottata dalle parti prevede l'indicazione di una legge nazionale per una regolamentazione dettagliata dell'investimento, alla quale viene affiancata la normativa internazionale di tutela

---

<sup>5</sup> Cfr. Convenzione ICSID, Articolo 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".

<sup>6</sup> Cfr. G.R. DELAUME, *ICSID and the Transnational Financial Community*, in *1 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1986, p. 237-243. Si veda a titolo di esempio il caso *ICSID Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case n. ARB/84/3, Decisione sul merito del 20 maggio 1992, *3 ICSID Reports 242*, in cui la scelta del diritto inglese in esclusione del diritto nazionale dello Stato ospite ebbe un'influenza decisiva nel calcolo degli interessi.

<sup>7</sup> Si veda sull'argomento C. SCHREUER, *International and Domestic Law in Investment Disputes. The Case of ICSID*, in *1 Austrian Review of International and European Law*, 1996, p. 92.

dell'investitore straniero: il risultato è, quindi, in linea con la disciplina residuale prevista dalla seconda parte dell'Articolo 42(1) della Convenzione.

Per esempio, nel caso *ICSID Agip v. Repubblica Popolare del Congo*<sup>8</sup>, l'accordo fra le parti prevedeva che “*The law of the Congo, supplemented if need be by any principles of international law, will be applicable*”<sup>9</sup>. Nella propria decisione il Tribunale arbitrale constatò che l'ordinanza congolese che nazionalizzava le proprietà della parte attrice era in violazione della legislazione interna congolese. Nonostante la conclusione fosse chiara in tal senso, gli arbitri proseguirono la propria analisi, esaminando la condotta contestata sotto il profilo del diritto internazionale<sup>10</sup> e sottolineando come l'accordo delle parti li vincolasse a ricorrere ai principi di diritto internazionale “*either to fill a lacuna in Congolese law, or to make any necessary additions to it*”<sup>11</sup>. Su queste basi, concluse quindi che la nazionalizzazione compiuta dal Governo Congolese fosse illecita sotto il profilo nazionale e internazionale, decidendo a favore dell'investitore.

Qualora, invece, l'accordo fra le parti indichi come unico diritto applicabile quello nazionale, si potrebbe dedurre che nel corso del procedimento il Tribunale arbitrale sia vincolato a decidere senza tenere in considerazione alcuna norma internazionale. Autorevole dottrina ha evidenziato, infatti, come l'utilizzo del diritto internazionale da parte degli arbitri nonostante la scelta negativa delle parti risulterebbe in una violazione della loro espressa volontà e quindi del principio di autonomia<sup>12</sup>. Ciononostante, la prassi pressoché unanime dei Tribunali ICSID indica che il diritto internazionale occupa un ruolo indispensabile nell'arbitrato, anche qualora esso non sia incluso nell'accordo sulla normativa applicabile concluso dalle parti.

---

<sup>8</sup> Cfr. *ICSID AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Decisione del 30 novembre del 1979, *1 ICSID Reports*, p. 313.

<sup>9</sup> Cfr. Art. 15 dell'Accordo del 2 gennaio 1974, ICSID Case No. ARB/77/1, *1 ICSID Reports*, p. 313.

<sup>10</sup> Cfr. *ICSID AGIP S.p.A. v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Decisione del 30 novembre del 1979, par. 80. Secondo il Tribunale, infatti, “These observations, with respect to Congolese Law, do not, however, exempt the Tribunal from examining the acts of nationalization from the point of view of international law”

<sup>11</sup> *Ibidem*, par. 83.

<sup>12</sup> D. BETTEMS, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères* 1989, p 76-79; A. MASOOD, *Law Applicable in Arbitration of Investment Disputes under the World Bank Convention*, 15 *Journal of the Indian Law Institute*, 1973, p. 311-319; S. J. TOOPE, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration Between States and Private Persons*, Cambridge, 1990.

Nel caso *LETCO v. Liberia*<sup>13</sup>, il Tribunale arbitrale affermò che il riferimento alla legge liberiana presente nell'accordo di concessione fra Stato e investitore dovesse essere letto come una esplicita scelta della legge dello Stato ospite ai sensi dell'Articolo 42(1) della Convenzione di Washington. Gli arbitri tuttavia proseguirono nella decisione effettuando uno scrutinio sulla conformità della legislazione liberiana rispetto ai principi di diritto internazionale, nonostante un'interpretazione letterale della Convenzione ICSID non richiedesse un tale passaggio<sup>14</sup>. Solo dopo aver attestato tale conformità il Tribunale procedette a esaminare la legalità della revoca della concessione da parte dello Stato ospite e la questione del risarcimento dei danni, valutando anche in questo caso il diritto nazionale liberiano congiuntamente ai principi internazionali.

Nel caso *SPP v. Egitto*<sup>15</sup> il Tribunale dovette affrontare una situazione di incertezza in merito all'applicazione dell'Articolo 42 della Convenzione ICSID, in quanto nel caso in discussione non era possibile affermare con certezza se le parti avessero concordato l'adozione esclusiva della legge egiziana o se – in alternativa – fosse applicabile a fianco della legislazione interna anche il diritto internazionale, in conformità con la seconda disposizione dell'Articolo 42(1) della Convenzione. Il Tribunale uscì dall'impasse dichiarando irrilevante la questione in quanto, indipendentemente dalla risposta data, gli arbitri avrebbero comunque dovuto fare affidamento anche sulle norme internazionali per risolvere la controversia in esame<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. *ICSID Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Decisione del 31 marzo 1986, 2 *ICSID Reports*, p. 346.

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 358: "The law of the contracting state is recognized as paramount within its own territory, but is nevertheless subjected to control by international law. The role of international law as a 'regulator' of national systems of law has been much discussed, with particular point between national and international law. No such problem arises in the present case; the Tribunal is satisfied that the rules and principles of Liberian law which it has taken into account are in conformity with generally accepted principles of public international law governing the validity of contracts and the remedies for their breach."

<sup>15</sup> Cfr. *ICSID Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decisione del 20 maggio 1992, consultabile sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf).

<sup>16</sup> *Ibidem*, par. 80: "Finally, even accepting the Respondent's view that the Parties have implicitly agreed to apply Egyptian law, such an agreement cannot entirely exclude the direct applicability of international law in certain situations. The law of ARE, like all municipal legal systems, is not complete or exhaustive, and where a *lacuna* occurs it cannot be said that there is agreement as to the application of a rule of law which *ex hypothesi*, does not exist. In such case, it must be said that there is 'absence of agreement' and, consequently, the second sentence of Article 42(1) would come into play".

Gli esempi presentati dimostrano una generale riluttanza da parte dei Tribunali ICSID ad abbandonare completamente le fonti di diritto internazionale in favore della sola legislazione nazionale dello Stato ospite dell'investimento. L'esclusione degli standard di tutela previsti dal diritto internazionale potrebbe infatti condurre i Tribunali arbitrali a riconoscere come legittime anche condotte dello Stato ospite del tutto arbitrarie (quali ad esempio un palese diniego di giustizia o un'espropriazione apertamente discriminatoria ai danni dell'investitore), fintanto che queste risultino nel rispetto formale della legislazione nazionale.

Ciò andrebbe a significare che un investitore, con la semplice accettazione del diritto applicabile, potrebbe vedersi privato degli standard minimi di protezione degli stranieri e delle loro proprietà previsti dal diritto internazionale consuetudinario. L'effetto sarebbe di fatto paragonabile, nell'ambito del diritto applicabile, a quello che una clausola Calvo<sup>17</sup> avrebbe in riferimento alla giurisdizione<sup>18</sup>. Una simile conseguenza sembra quindi difficilmente conciliabile con uno dei principali obiettivi della stessa Convenzione di Washington, ossia promuovere "... *an atmosphere of mutual confidence and thus stimulating a larger flow of private international capital into those countries which wish to attract it*"<sup>19</sup>.

## **2. Il diritto applicabile alla controversia in assenza di scelta delle parti**

Qualora le parti non abbiano concordato in maniera espressa la normativa applicabile alla controversia di fronte a un Tribunale ICSID, l'Articolo 42(1) della Convenzione di Washington prevede che gli arbitri debbano decidere sulla base del diritto interno dello Stato ospite e del diritto internazionale: "*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*".

---

<sup>17</sup> Secondo la c.d. "clausola Calvo", gli investitori stranieri si impegnano a non richiedere protezione diplomatica del proprio Stato nazionale, accettando dunque di risolvere eventuali controversie di natura legale davanti alle corti nazionali dello Stato ospite dell'investimento.

<sup>18</sup> Cfr. C. SCHREUER, *International and Domestic Law in Investment Disputes. The Case of ICSID*, in *1 Austrian Review of International and European Law*, 1996, p. 99.

<sup>19</sup> Cfr. *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention*, par. 9, consultabile sul sito <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm>.

## 2.1. Il diritto nazionale dello Stato ospite dell'investimento

Le attività di un investitore straniero all'interno dello Stato ospite sono inevitabilmente influenzate dalla legge in vigore nel territorio in cui questi si ritrova ad operare. Il rapporto di investimento sarà infatti soggetto alla legislazione nazionale sotto il profilo – fra gli altri – del diritto commerciale, societario, tributario, civile e del lavoro. L'ordinamento interno statale è in genere sufficientemente dettagliato da poter regolamentare anche gli aspetti più tecnici dell'investimento, mentre la disciplina internazionale si limita perlopiù a norme di tutela sotto forma di standard minimi di protezione.

Questo evidenzia quanto sia importante per uno Stato che intenda attrarre investimenti stranieri adottare politiche legislative favorevoli a possibili investitori stranieri, prima ancora di impegnarsi in ambito internazionale con la ratifica di accordi e trattati di investimento. Diffusa in questo senso è la prassi, in particolare nei Paesi in via di sviluppo (in quanto soggetti maggiormente interessati al fenomeno degli investimenti internazionali), della creazione di autonomi codici degli investimenti, in cui raccogliere l'intera disciplina nazionale in merito.

A seconda della politica economica adottata di volta in volta dagli Stati ospiti, queste leggi possono porsi in maniera neutrale nei confronti del flusso di investimenti in entrata, ma anche favorire (nel caso delle c.d. leggi di promozione degli investimenti) od ostacolare l'ingresso dei capitali stranieri (c.d. leggi di dissuasione degli investimenti).

Al momento dell'accesso delle imprese e dei finanziamenti esteri all'interno dei confini nazionali, la legge dello Stato ospite può imporre controlli e vincoli di approvazione da parte di agenzie statali, così come d'altra parte concedere benefici fiscali ai soggetti interessati ad investire nel Paese<sup>20</sup>. In alcuni casi, inoltre, gli Stati in via di sviluppo tendono a riservare interi settori dell'economia nazionale ritenuti particolarmente sensibili (quali banche, telecomunicazioni, sfruttamento del territorio

---

<sup>20</sup> Sull'argomento, si veda N. KOFELE-KALE, *Host-Nation Regulation and Incentives for Private Foreign Investment: A Comparative Analysis and Commentary* in *15 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 1990, p.370.

etc.) a imprese e investitori locali<sup>21</sup>, rendendo dunque impossibile ogni investimento straniero in tali aree.

In genere, anche in seguito all'ingresso degli investitori esteri, la legislazione nazionale rivolge loro un'attenzione particolare per tutta la durata del rapporto di investimento, imponendo – ad esempio – quali condizioni necessarie per l'attività d'impresa nel territorio nazionale delle soglie minime di rendimento<sup>22</sup> o quote obbligatorie in mano a soggetti locali<sup>23</sup>. Infine, le leggi sugli investimenti stranieri possono porre restrizioni al momento dell'uscita dei capitali esteri dallo Stato ospite dell'investimento verso il Paese dove ha sede l'investitore, in modo tale da evitare che i guadagni acquisiti sul territorio nazionale (specialmente se derivanti dallo sfruttamento delle risorse naturali locali) siano totalmente sottratti all'economia del Paese e trasferiti all'estero, senza un reale vantaggio per lo sviluppo economico dello Stato ospite.

La legislazione interna assume un ruolo rilevante, ovviamente, anche in quei casi dove lo Stato ospite non rientri all'interno della categoria tradizionale dei Paesi in via di sviluppo. Ciò è osservabile nel caso *Maffezini v. Spagna*, in cui il Tribunale arbitrale applicò disposizioni del diritto amministrativo (sostanziale e processuale) spagnolo<sup>24</sup> per chiarire la struttura e le funzioni di un ente statale; la Costituzione spagnola e una direttiva comunitaria recepita dal legislatore nazionale<sup>25</sup>, al fine di chiarire l'impatto ambientale del rapporto di investimento; le disposizioni del codice civile e del codice

---

<sup>21</sup> Si veda al riguardo G. PFEFFERMAN, *Private Business in Developing Countries: Improved Prospects*, 1988.

<sup>22</sup> Questi requisiti possono comprendere quote inerenti alle esportazioni (in cui viene richiesto all'investitore di mantenere un volume minimo di export), alla catena di produzione (per cui l'investitore è tenuto a utilizzare come minimo una data quantità di materiali locali nei suoi prodotti) o alla forza lavoro (la quale deve necessariamente ricomprendere una percentuale minima di impiegati del luogo). Spesso tali richieste risultano essere oneri particolarmente gravosi per le imprese straniere stabilitesi nel Paese ospite, essendo difficilmente bilanciabili dagli incentivi offerti dal Governo locale. Si veda, e.g., H.R. MASON, *The International Food Processing Industry*, in *Investment Incentives and Performance Requirements: Patterns of International Trade, Production and Investment*, New York, 1985, p. 56-83.

<sup>23</sup> Sull'argomento, si veda LESSARD & HANSEN, *Host-Government Regulations and Incentives for Foreign Direct Investment*, in *1 Negotiating Foreign Investments: a Manual for the Third World*, 1982, § 3.1 B, p. 9-10. Un esempio recente è dato dal *Companies Act 2015* kenyota, che richiede alle società straniere registrate in Kenya di cedere almeno il 30 per cento del loro capitale sociale a cittadini del Kenya dalla nascita. Questo tipo di misure consentono, agli occhi del legislatore, di stimolare lo sviluppo di un mercato di capitali interno, permettendo agli investitori locali di partecipare ai ricavi delle attività straniere in loco.

<sup>24</sup> Cfr. *ICSID Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisione del 13 novembre 2000, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf>, par. 47-49.

<sup>25</sup> *Ibidem*, par 67-71.

commerciale spagnolo<sup>26</sup>, infine, per chiarire se il contratto di investimento fra l'investitore e l'ente statale fosse stato effettivamente perfezionato. In sede ICSID, dunque, gli arbitri dovranno tenere in considerazione l'intero *corpus* normativo dello Stato ospite al fine di esprimere una valutazione sulla condotta delle parti riguardo al rapporto di investimento.

Il diritto nazionale diventa rilevante ai fini dell'arbitrato ICSID anche nei casi in cui viene applicato in via incidentale dagli arbitri. Ciò accade in particolare ogniqualvolta sia necessario discutere, come questione pregiudiziale della pretesa principale, l'esistenza di un diritto che l'investitore afferma essere stato violato da una condotta illecita dello Stato ospite.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui un investitore straniero si rivolga ad un Tribunale ICSID lamentando una presunta espropriazione in violazione delle norme poste a sua tutela da un BIT. Lo Stato ospite, in risposta, potrebbe sollevare un'eccezione davanti al Tribunale affermando che l'investitore non godesse già più, al momento dell'espropriazione, della titolarità dei beni espropriati, in quanto ceduti in precedenza a terzi. In una situazione simile gli arbitri, ancor prima di valutare la condotta espropriativa dello Stato terzo alla luce della compatibilità con le norme del BIT, sarebbero tenuti a risolvere la questione pregiudiziale in merito alla proprietà del bene oggetto di espropriazione, applicando necessariamente la legislazione nazionale dello Stato ospite circa i diritti reali e alla compravendita.

Tale situazione si è prospettata, per esempio, nel caso *Libananco v. Turchia*<sup>27</sup>, dove la parte attrice attivò la procedura arbitrale ICSID per una presunta violazione dell'*Energy Charter Treaty* da parte del Governo di Ankara. Come già si è avuto modo di accennare in precedenza, tale trattato indica come legge applicabile le norme della stessa Convenzione, unitamente ai principi di diritto internazionale, senza alcun accenno alla normativa interna dello Stato ospite. Ciononostante, il Tribunale non ebbe alcun dubbio nel dichiarare di dover fare riferimento al diritto nazionale turco per verificare se i diritti di proprietà oggetto della controversia, di fatto, esistessero: “[I]t is common ground between the Parties that Turkish law applies to the issue of whether

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, par 89-90.

<sup>27</sup> Cfr. ICSID *Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decisione del 2 settembre 2011, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0466.pdf>

*(and when) Libananco acquired the shares in question and thus had an 'Investment' under Article 26(1) of the ECT and Article 25(1) of the ICSID Convention. In interpreting the provisions of the ECT and the ICSID Convention, the Tribunal has considered previous ICSID decisions and awards relied on by the Parties. Accordingly, in this Award, the Tribunal will apply the provisions of the ECT and the ICSID Convention. The Tribunal will also apply Turkish law (evidence of which has been given by both Parties) to determine whether there has been a valid transfer of the shares in question to Libananco as this is a question of domestic law*"<sup>28</sup>.

## 2.2. Il diritto internazionale

Durante i lavori preparatori della Convenzione di Washington, l'inclusione del diritto internazionale fra le fonti di diritto applicabili dai Tribunali arbitrali fu una scelta tutt'altro che incontestata. L'argomento fu infatti territorio di scontro fra due visioni opposte del diritto internazionale degli investimenti.

Da un lato vi era la posizione degli Stati in via di sviluppo, sostenitori del Nuovo Ordine Economico Internazionale<sup>29</sup>, i quali sostenevano che il rispetto della sovranità

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, par 112-113.

<sup>29</sup> Il movimento del c.d. Nuovo Ordine Economico Internazionale trovava il proprio nucleo di principi fondamentali nelle Dichiarazioni enunciate il 1 maggio 1974 dalle risoluzioni dell'Assemblea Generale ONU n.3201 e 3202, contenenti una proposta di revisione delle regole che fino ad allora avevano disciplinato i rapporti economici fra Stati. L'obiettivo che si proponevano gli Stati in via di sviluppo era quello di delineare un nuovo ordine economico fondato sull'equità, sull'uguaglianza sostanziale – e non solo formale – dei membri della comunità internazionale e sulla cooperazione fra gli Stati. Alla prima Dichiarazione di principi seguì un'ulteriore risoluzione dell'Assemblea Generale (n. 3281 del 12 dicembre 1974), contenente la Carta sui diritti e doveri economici degli Stati. Tale strumento aveva l'ambizione di diventare l'atto costitutivo del NOEI. Particolarmente rilevante, fra i principi esposti nella Carta, era la tutela e la valorizzazione dell'ambiente nell'interesse delle generazioni presenti e future, che avrebbe dovuto trovare applicazione, sotto il profilo economico, nel principio della c.d. sovranità permanente sulle risorse naturali. Il principio della sovranità permanente dello Stato sulle proprie risorse naturali ha ricoperto un ruolo fondamentale nella contrapposizione all'interpretazione "tradizionale" della c.d. formula Hull in merito alle misure di nazionalizzazione, espropriazione o confisca adottate dallo Stato ospite dell'investimento. Laddove il diritto consuetudinario allora vigente richiedeva la corresponsione al soggetto danneggiato dall'atto espropriativo di un indennizzo "prompt, adequate and effective", gli Stati sostenitori del NOEI ritenevano che l'adeguatezza dell'indennizzo dovesse essere calcolata tenendo presente non soltanto il valore di mercato del bene oggetto della misura espropriativa, ma anche altri fattori, quale ad esempio l'indebito arricchimento già goduto dall'investitore per lo sfruttamento a spese dello Stato territoriale. Sempre riguardo al risarcimento da atti espropriativi, i Paesi in via di sviluppo sostenevano la necessità di includere nel computo dell'indennizzo anche le ragioni e le esigenze specifiche che avevano spinto lo Stato nazionale ad operare la nazionalizzazione. Tali principi e posizioni non furono mai accettati dai Paesi esportatori di capitali, conducendo a una contrapposizione fra i due blocchi che perdurò fino alla prima metà degli anni '80. Infine, i Paesi in via di sviluppo dovettero constatare come le loro richieste non avevano avuto

statale imponesse l'applicazione esclusiva del solo diritto dello Stato ospite. D'altra parte, i Paesi esportatori di capitali insistevano sulla necessità di rendere azionabili in sede ICSID le tutele previste dagli standard minimi di protezione dei cittadini stranieri. Nella versione definitiva della Convenzione si giunse a una soluzione di compromesso, che consente agli arbitri ICSID di applicare entrambe le categorie di fonti congiuntamente in caso di assenza di una scelta espressa ad opera delle parti<sup>30</sup>.

L'Articolo 42(1) della Convenzione, riferendosi alle fonti di diritto internazionale si limita e indicare un generico “*rules of international law*”, non entrando tuttavia nel dettaglio delle singole norme riconducibili a tale definizione. Un chiarimento al riguardo viene dato dal *Report* dei Direttori Esecutivi della Banca Mondiale che accompagna la Convenzione stessa. Il documento, infatti, specifica che con “*international law*” il testo del Trattato si riferisce alle fonti tradizionalmente indicate all'Articolo 38(1) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia<sup>31</sup>: “*Under the Convention an Arbitral Tribunal is required to apply the law agreed by the parties. Failing such agreement, the Tribunal must apply the law of the State party to the dispute (unless that law calls for the application of some other law), as well as such rules of international law as may be applicable. The term ‘international law’ as used in this context should be understood in the sense given to it by Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice, allowance being made for the fact that Article 38 was designed to apply to inter-State disputes*”<sup>32</sup>. Nella giurisprudenza dei

---

il seguito sperato, portando anzi ad un affievolirsi del flusso di capitali stranieri in entrata e a notevoli difficoltà economiche. A partire dagli anni '90, dunque, si registrò un tendenziale ri-allineamento sulle posizioni "tradizionali" appoggiate dai Paesi sviluppati, con un ritorno – in materia di diritto degli investimenti – all'interpretazione classica della formula di Cordell Hull dell'indennizzo pronto, adeguato ed effettivo. Per una trattazione approfondita sull'argomento, si veda E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2012, p. 30-34.

<sup>30</sup> Si veda al riguardo l'analisi dei *travaux préparatoires* della Convenzione in *History of the ICSID Convention*, Vol. II, consultabile sul sito <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/The-History-of-the-ICSID-Convention.aspx>, pp. 501-514, 801-804.

<sup>31</sup> L'Articolo 38(1) dello Statuto recita: “The Court, whose function it is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c) the general principles of law recognized by civilized nations; d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”

<sup>32</sup> Cfr. *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention*, par. 40.

Tribunali ICSID sono pertanto applicate tutte le fonti classiche di diritto internazionale.

a) Trattati internazionali

La principale fonte convenzionale applicabile in caso di controversie sugli investimenti consiste negli *International Investment Agreements* (IIAs), in particolare nella forma di *Bilateral Investment Treaties* (BITs), conclusi fra lo Stato ospite e lo Stato cui l'investitore è cittadino. Come suggerisce il nome, il BIT è un trattato che disciplina la protezione degli investimenti che hanno luogo nel territorio di ciascuno dei due Stati parte ad opera di una persona fisica o giuridica dell'altro Stato co-firmatario.

I trattati bilaterali di investimento sono oggi il punto di arrivo di un percorso cominciato con i *Friendship, Commerce and Navigation Treaties* (FCNs)<sup>33</sup>, ossia accordi di tipo bilaterale il cui scopo originario era quello di proteggere la persona e le proprietà dei mercanti impegnati nei commerci marittimi e che dopo il termine del primo conflitto mondiale furono impiegati per una basilare tutela degli investimenti. Essendo tali trattati generalmente conclusi fra due Paesi sviluppati, gli FCNs si dimostrarono strumenti poco adatti a disciplinare i rapporti di investimento nel periodo della decolonizzazione a seguito della seconda guerra mondiale. Inoltre, in caso di controversie sorte a seguito del rapporto di investimento, gli FCNs non prevedevano alcun tipo di meccanismo internazionale per la risoluzione delle controversie<sup>34</sup>.

Ben presto, dunque, divenne palese l'inadeguatezza di questi primi accordi bilaterali, mentre d'altra parte i tentativi di trovare una soluzione di tipo multilaterale naufragarono a seguito del fallimento della Carta dell'Avana<sup>35</sup> nel 1948. Pertanto,

---

<sup>33</sup> Il primo trattato riconducibile a questa categoria di accordi è il "*Treaty of Amity and Commerce*" concluso fra Stati Uniti e Francia nel 1778. Gli Stati Uniti, peraltro, continuarono a siglare Trattati FCN fino al secondo dopoguerra: si veda al riguardo H. WALKER, *The Post-War Commercial Treaty Program of the United States in 73 Political Science Quarterly*, 1957, p. 57-59. Sull'argomento, si veda inoltre M.R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003.

<sup>34</sup> Si veda sull'argomento R. DOLZER & M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties XII*, 1995, p. 10-11; M. WENDLANDT, *SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes*, in *43 Texas International Law Journal*, 2007-2008, p. 528.

<sup>35</sup> La "Carta dell'Avana" (ufficialmente: "*Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment*") nasce come Statuto costitutivo dell'Organizzazione Internazionale per il Commercio (*International Trade Organization*). Conclusa il 24 marzo 1948, non entrò tuttavia mai in vigore.

ancora per tutti gli anni '50 del Novecento, l'unico supporto dato agli investitori a livello internazionale consisteva in “*an ephemeral structure consisting largely of scattered treaty provisions, a few questionable customs, and contested general principals of law*”<sup>36</sup>. La svolta si ebbe nel 1959 con la firma del primo BIT da parte di Germania e Pakistan, cui seguì una crescita esponenziale nei decenni successivi: nel 1970 erano già stati conclusi 83 trattati bilaterali internazionali degli investimenti, che divennero 211 entro il 1980. Agli inizi degli anni Novanta si ebbe un'impennata a seguito del crollo dell'Unione Sovietica e con l'apertura dei mercati dell'Est Europa, Africa e Sudamerica: se nel 1990 il numero di BITs in vigore ammontava a circa 400, al termine del decennio se ne potevano contare più di 1800. Ad oggi sono stati conclusi circa 3000 BITs, di cui 2400 in vigore<sup>37</sup>. Inoltre, se in passato il flusso di capitali e di investimenti era praticamente unidirezionale (dai Paesi sviluppati a quelli in via di sviluppo), negli ultimi anni si è assistito alla conclusione di numerosi trattati fra Stati tradizionalmente sviluppati, così come diversi Paesi in via di sviluppo hanno stretto fra di loro accordi bilaterali, a dimostrazione di un progressivo superamento della visione marcatamente bipolare nei rapporti di investimento internazionali<sup>38</sup>.

L'evidente successo dei BITs è riconducibile a due innovazioni che li distinsero immediatamente dai precedenti strumenti di tutela degli investimenti. *In primis*, essi garantiscono agli investitori una serie di diritti sostanziali specificamente enumerati nel testo dell'accordo, i quali contribuiscono a delineare un ambiente chiaro e stabile per lo sviluppo degli investimenti futuri. L'elemento chiave è tuttavia la possibilità di accesso, in caso di violazione dei suddetti diritti ad opera dello Stato ospite, a mezzi di risoluzione delle controversie direttamente azionabili dall'investitore<sup>39</sup>. Dal punto di vista del soggetto privato, infatti, la prospettiva di uno strumento internazionale imparziale per la soluzione delle potenziali dispute (generalmente nella forma di arbitrato ICSID) è un fattore essenziale per intraprendere un investimento in uno Stato straniero.

---

<sup>36</sup> Cfr. J. W. SALACUSE & N. P. SULLIVAN, *Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, in 46 *Harvard International Law Journal*, 2005, p. 66.

<sup>37</sup> I dati possono essere consultati sul sito UNCTAD <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

<sup>38</sup> Cfr. S. D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, in 73 *Fordham Law Review*, 2005 p. 1527.

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 1529.

Nella parte introduttiva del trattato di investimento, le parti contraenti individuano i beni e i soggetti suscettibili della protezione conferita dall'accordo, delimitando l'ambito di applicazione del BIT sotto il profilo della *ratione materiae* e della *ratione personae*: ciò avviene tramite le definizioni, rispettivamente, di "investimento" e "investitore". Dal punto di vista della tutela sostanziale, i BITs prevedono contenuti simili e in genere abbastanza consolidati<sup>40</sup>. Innanzitutto, in linea con le norme di diritto consuetudinario, viene garantito agli investitori un equo indennizzo in caso di espropriazioni e nazionalizzazioni, le quali in ogni caso non possono avere carattere arbitrario o discriminatorio. Lo Stato firmatario del BIT si impegna poi a garantire allo straniero che opera all'interno dei propri confini uno standard internazionale minimo di trattamento. Tale tutela può variare dal generico divieto di discriminazione sulla base della nazionalità al più stringente impegno a concedere agli investitori stranieri lo stesso trattamento accordato ai propri cittadini, fino a giungere alla previsione di una clausola della "nazione più favorita" (*most favoured nation*), con cui lo Stato ospite si impegna a concedere ai cittadini dello Stato co-firmatario un trattamento non meno vantaggioso di quello che è stato concesso o sarà concesso agli investitori di un Paese terzo<sup>41</sup>.

L'importanza e la diffusione dei BITs in ambito globale ha fatto sì che questi trattati contribuissero in maniera determinante allo sviluppo del diritto internazionale nel settore degli investimenti. In generale, tuttavia, anche altre convenzioni internazionali possono assumere rilevanza in materia, come dimostrato in sede ICSID dal Tribunale del caso *SPP v. Egitto*. Oggetto della controversia in questione era infatti la cancellazione unilaterale, decisa dal Governo egiziano, della costruzione di un complesso turistico in prossimità dell'Oasi delle Piramidi. A giustificazione della propria condotta l'Egitto addusse gli obblighi imposti dalla Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio dell'umanità del 1972, in quanto il progetto edilizio aveva sollevato timori in merito alla possibile distruzione di reperti storici non ancora scoperti. Il Tribunale riconobbe la Convenzione UNESCO come fonte di diritto applicabile<sup>42</sup>, ma concluse che questa non potesse giustificare le misure adottate dallo

---

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 1531.

<sup>41</sup> Sull'argomento, si veda E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2012, p. 187.

<sup>42</sup> Cfr. ICSID *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decisione del 20 maggio 1992, par. 78.

Stato ospite ed escludere il diritto dell'investitore ad un adeguato indennizzo in quanto l'area interessata fu registrata fra i siti tutelati dalla Convenzione solo successivamente alla cancellazione del progetto e al sorgere della controversia<sup>43</sup>.

#### b) Diritto consuetudinario

Nonostante la proliferazione dei trattati di investimento, il diritto internazionale consuetudinario mantiene un ruolo di rilievo nell'ambito degli investimenti stranieri<sup>44</sup>. Storicamente, il diritto internazionale degli investimenti trova le proprie origini proprio nelle norme consuetudinarie in materia di protezione dei cittadini stranieri e delle loro proprietà all'estero: fra le norme più risalenti nel settore si possono infatti annoverare gli istituti della protezione diplomatica e le limitazioni poste alle opere di espropriazione e nazionalizzazione dello Stato ospite<sup>45</sup>.

Tradizionalmente, il rapporto fra le due principali fonti di diritto internazionale viene ricondotto allo schema *lex specialis - lex generalis*, per cui in caso di norme confliggenti è data generalmente precedenza alle previsioni convenzionali<sup>46</sup>. Nel settore degli investimenti internazionali, peraltro, i trattati (perlopiù BITs) e le norme consuetudinarie interagiscono fra loro con frequenza e continuità, "contaminandosi" gli uni con le altre.

Ciò può accadere innanzitutto nel caso in cui un numero ampiamente rappresentativo di Stati concluda trattati internazionali contenenti previsioni simili:

---

<sup>43</sup> *Ivi*, par. 153.

<sup>44</sup> Per un approfondimento, si veda T. GAZZINI, *The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment*, in 8 *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, p. 691.

<sup>45</sup> Al riguardo, un classico esempio di norma di diritto internazionale consuetudinario è la c.d. formula Hull, in base alla quale lo Stato ospite che abbia effettuato un'espropriazione ai danni di un cittadino straniero è tenuto a corrispondere al soggetto danneggiato un indennizzo "prompt, adequate and effective". Se in passato (per via dell'opposizione degli Stati allineati al Nuovo Ordine Economico Internazionale e la diffusione di misure di contrasto come le c.d. clausole Calvo) si dubitò dell'*usus* e della *opinio iuris ac necessitatis* a sostegno della formula Hull, oggi tale principio risulta un punto fermo nella disciplina dei rapporti internazionali di investimento.

<sup>46</sup> Alcuni BITs tuttavia stabiliscono espressamente che le norme di diritto internazionale già esistenti alla conclusione del trattato o ad essa successive preverranno qualora risultino più favorevoli per l'investitore. Ad esempio, l'Articolo 3(5) del BIT fra Paesi Bassi e Repubblica Ceca afferma: "If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement."

una prassi omogenea diffusa fra le Nazioni, infatti, crea un presupposto importante per la creazione di norme consuetudinarie. Indicativo a tal proposito è quanto affermato dal Tribunale *ad hoc* (secondo regole UNCITRAL) nel caso *CME v. Repubblica Ceca*, secondo cui la decennale controversia circa la quantificazione dell'indennizzo derivante dall'espropriazione si sarebbe potuta considerare risolta sulla base della prassi uniforme di oltre 2200 BIT: “[t]oday these treaties are truly universal in their reach and essential provisions. They concordantly provide for payment of 'just compensation' representing the 'genuine' or 'fair market' value of the property taken. Some treaties provide for prompt, adequate and effective compensation amounting to the market value of the investment expropriated immediately before the expropriation or the intention to embark thereon become public knowledge. Others provide that compensation shall represent the equivalent of the investment affected. Those concordant provisions are variations on an agreed, essential theme, namely that when a State takes foreign property, full compensation shall be paid”<sup>47</sup>.

Un'altra forma di interazione fra trattati e consuetudini internazionali è, come si è già avuto modo di accennare, la possibilità di deroga del diritto consuetudinario da parte delle norme convenzionali. Al fine di produrre questo risultato, tuttavia, è necessario che le disposizioni del trattato siano formulate in modo espresso e chiaro<sup>48</sup>. Un esempio comune di deroga al diritto consuetudinario in materia di investimenti si ha riguardo all'esaurimento dei rimedi locali come condizione necessaria per rivolgersi a un tribunale arbitrale internazionale<sup>49</sup>. Non si può escludere che, qualora un numero ragguardevole di trattati dispongano in modo diverso – se non addirittura opposto – rispetto alla consuetudine internazionale, possa emergere con il tempo una nuova norma di diritto consuetudinario (a patto che, ovviamente, questa nuova prassi sia generalmente accettata come legge). Anche in questo caso, quindi, si verificherebbe

---

<sup>47</sup> Cfr. *CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, Decisione finale del 14 marzo 2003, par. 497. In linea con la tesi del Tribunale sono T. WILDE e S. BORZU, *Compensation and Damages in International Investment Law*, in *Report to the ILA Committee on international Law on Foreign Investment*, p. 21, i quali affermarono che “the overwhelming – not only prevailing – treaty practice and equally rapidly growing and solidifying arbitral jurisprudence suggest that international customary law has returned, without any significant dissent at this time, to the full compensation standard”.

<sup>48</sup> Cfr. *ICSID Loewen Group, Inc. and R.L. Loewen v. United States*, Decisione del 26 giugno 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, par. 160

<sup>49</sup> Si pensi, ad esempio, a quanto affermato all'Articolo 26 della Convenzione ICSID, in cui si prevede esplicitamente che la controversia possa essere portata direttamente all'attenzione degli arbitri.

una situazione non dissimile da quella rappresentata dal Tribunale nel caso *CME v. Repubblica Ceca*.

Infine, le norme consuetudinarie risultano strumenti fondamentali nell'interpretazione dei trattati<sup>50</sup> e per colmare le lacune che emergono al momento della loro applicazione. A tal proposito, l'esempio più evidente è dato dai *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* elaborati nel 2001 dalla Commissione del diritto internazionale e in larga parte considerati da dottrina e giurisprudenza quali codificazione del diritto consuetudinario. Il contributo dei *Draft Articles* è risultato indispensabile nell'interpretazione e applicazione dei BITs da parte dei Tribunali ICSID in questioni quali la determinazione dei criteri di attribuzione di una determinata condotta ad uno Stato<sup>51</sup>, ovvero la definizione dello stato di necessità come causa di esclusione dell'illiceità<sup>52</sup>.

#### c) Principi generali di diritto

I “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili” sono indicati tra le fonti del diritto internazionale all'Articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che li elenca dopo le norme convenzionali e le norme consuetudinarie. Affinché un principio generale di diritto interno sia applicabile nell'ordinamento internazionale, occorre che esso sia presente nella maggioranza degli ordinamenti degli Stati (l'espressione “nazioni civili” dovendosi ormai considerare anacronistica) e che, inoltre, sia considerato dagli Stati stessi come principio applicabile anche sul piano internazionale.

Come fonte di diritto internazionale viene loro riconosciuto un ruolo tradizionalmente sussidiario, essendo utilizzati di frequente per colmare le lacune delle consuetudini e dei trattati internazionali. Nel caso *Barcelona Traction*, la Corte Internazionale di Giustizia affermò che laddove “*there are no corresponding*

---

<sup>50</sup> Si veda quanto disposto a riguardo dall'Articolo 31(3)(c) della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

<sup>51</sup> Cfr. ICSID *ADC and ADC & ADMC v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Decisione del 2 ottobre 2006, par. 483; il riferimento è al Capitolo II dei Draft Articles.

<sup>52</sup> Cfr. ICSID *Enron Corp. Ponderosa Assets L.P. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decisione del 22 maggio 2007, par. 334. Qui il Tribunale fece riferimento all'Articolo 25 dei Draft Articles.

*institutions of international law to which the Court could resort*”, i giudici sono tenuti a rivolgere la loro attenzione a quelle regole generalmente accettate dai sistemi legali domestici<sup>53</sup>. Nel caso *Chorzów Factory*, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale fece uso dei principi generali di diritto per identificare i criteri di quantificazione dei danni derivanti da violazioni di diritto internazionale: “[r]estitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it - such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law”<sup>54</sup>.

Mentre le consuetudini e le convenzioni internazionali sono il frutto delle interazioni di soggetti di diritto internazionale quali gli Stati sovrani, i principi generali di diritto hanno origine negli ordinamenti nazionali interni, in cui i rapporti disciplinati hanno generalmente almeno una parte privata: per questo motivo, tali principi ricoprono un ruolo particolarmente utile in un settore, quale quello degli investimenti, che vede la partecipazione di persone fisiche o giuridiche di diritto privato (tradizionalmente escluse dalla categoria dei soggetti di diritto internazionale). Da ciò deriva dunque che i principi generali ricoprono un ruolo importante negli arbitrati fra Stati e investitori<sup>55</sup>.

Una definizione dei principi generali di diritto viene data dagli arbitri del Tribunale *ad hoc* del caso *Liamco v. Libia*: “[g]eneral principles are usually embodied in most recognized legal systems (...) They are applied by municipal courts and are mainly referred to in international and arbitral case-law. They, thus, form a compendium of legal precepts and maxims, universally accepted in theory and practice”<sup>56</sup>. A parte rare eccezioni, i tribunali arbitrali degli investimenti si sono in genere astenuti da

---

<sup>53</sup> Cfr. ICJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Sentenza del 5 febbraio 1970, consultabile sul sito <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>, par. 50.

<sup>54</sup> Cfr. PCIJ, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Sentenza del 13 settembre 1928, in *Publications of the PCIJ, Series A, No. 17*, par. 47.

<sup>55</sup> Si veda sull'argomento P. KAHN, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, in *116 Journal du Droit International*, 1989, p.305; K. LIPSTEIN, *International Arbitration between Individuals and Governments and the Conflict of Laws*, in *Contemporary Problems of International Law: Essays in Honour of Georg Schwarzenberger*, 1988, p. 177.

<sup>56</sup> Cfr. *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic*, Tribunale *ad hoc*, Decisione del 12 aprile 1977, par. 72.

effettuare distinzioni teoriche fra le categorie di “principi” e “norme” di diritto internazionale, ovvero fra le fonti di diritto consuetudinario e i principi generali di diritto, preferendo piuttosto adottare un approccio pragmatico sulla questione<sup>57</sup>.

I Tribunali ICSID hanno fatto uso della categoria giuridica dei principi generali di diritto in molteplici situazioni. Sotto il profilo della procedura, si possono citare i principi di *kompetenz-kompetenz*<sup>58</sup>, onere della prova<sup>59</sup> e *res judicata*<sup>60</sup>; in ambito sostanziale, classici esempi sono i principi di *pacta sunt servanda*, *exceptio non adimpleti contractus*<sup>61</sup>, buona fede contrattuale<sup>62</sup>, e i criteri per la quantificazione del danno<sup>63</sup>.

---

<sup>57</sup> Il Tribunale Iran-Stati Uniti di frequente si riferisce semplicemente ai “general principles of international law” come fondamento della propria decisione, lasciando il dubbio che con tale formula faccia riferimento al diritto consuetudinario ovvero ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni. Cfr. G.HANESSIAN, “General Principles of Law” in the Iran-U.S. Claims Tribunal, in 27 *Columbia Journal of Transnational Law*, 1989, p. 323. Nel caso ICSID *Santa Elena v. Costa Rica*, il Tribunale utilizza i termini “rules” e “principles” in maniera intercambiabile e afferma che “the rules and principles of Costa Rican law which it must take into account, relating to the appraisal and valuation of expropriated property, are generally consistent with the accepted principles of public international law on the same subject. To the extent that there may be any inconsistency between the two bodies of law, the rules of public international law must prevail”. Cfr. ICSID *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Decisione del 17 febbraio 2000 consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>, par. 64.

<sup>58</sup> Il principio *kompetenz-kompetenz*, applicato all'arbitrato internazionale, prevede che i Tribunali arbitrali siano gli unici organi a poter decidere circa la sussistenza della propria giurisdizione su una controversia. Senza il riconoscimento di questo fondamentale principio, gli arbitri sarebbero di fatto spogliati di ogni potere decisionale sulla controversia ogniqualvolta dovesse sorgere una questione sulla giurisdizione del Tribunale arbitrale. Cfr. ICSID *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Chile*, ICSID ARB/04/7, Decisione del 21 agosto 2007, par. 203

<sup>59</sup> In ICSID *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID ARB/02/13, Decisione del 31 gennaio 2006, par. 70, il Tribunale evidenziò che “[i]t is a well established principle of law that it is for a claimant to prove the facts on which it relies in support of his claim”.

<sup>60</sup> In ICSID *Waste Management v. Mexico (II)*, ICSID ARB(AF)/00/3, Decisione sulla giurisdizione del 26 giugno 2002, par. 39 e 43, gli arbitri hanno sottolineato che “There is no doubt that *res judicata* is a principle of international law, and even a general principle of law within the meaning of Article 38 (1) (c) of the Statute of the International Court of Justice. Indeed both parties accepted this”.

<sup>61</sup> Letteralmente: eccezione di contratto non esattamente adempiuto. Essa costituisce un rimedio contro l'inesatto adempimento della prestazione dovuta: il rifiuto della prestazione in caso di inadempimento dell'altra parte si applica anche nel caso in cui la prestazione sia già stata adempiuta, ma in modo inesatto. Cfr. ICSID *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon*, ICSID ARB/81/2, Decisione del 21 ottobre 1983, in 114 *International Law Review*, 1999, p. 157

<sup>62</sup> Cfr. ICSID *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID ARB (AF)/00/2, Decisione del 29 maggio 2003, par. 153: “The Arbitral Tribunal finds that the commitment of fair and equitable treatment included in Article 4(1) of the Agreement is an expression and part of the *bona fide* principle recognized in international law, although bad faith from the State is not required for its violation”.

<sup>63</sup> Non esiste un unico metodo universalmente riconosciuto per la quantificazione del valore di un bene oggetto di espropriazione. In assenza di un'accordo espresso fra gli Stati (incluso, ad esempio, in un IIA) la Banca Mondiale fa riferimento, nelle proprie *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*, al principio generale del *fair market value*: “Determination of the ‘fair market value’ will be acceptable if conducted according to a method agreed by the State and the foreign investor (hereinafter referred to as the parties) or by a tribunal or another body designated by the parties. In the

Qualora un Tribunale intenda applicare un principio generale di diritto, esso non può semplicemente dichiararne o presumerne l'esistenza, bensì è tenuto a supportare la propria posizione con prove convincenti. Al riguardo, il Comitato *ad hoc* del caso *Klöckner v. Camerun* criticò la decisione del Tribunale arbitrale, il quale aveva evidenziato come il dovere di “*full disclosure to a partner in a contract*” fosse configurabile come principio proprio non solo del diritto civile francese, ma applicabile altresì “*to relations between partners in simple forms of associations anywhere*”. Secondo il Comitato, infatti, il Tribunale arbitrale compì un manifesto eccesso di potere riferendosi all'esistenza di un tale principio secondo l'ordinamento francese e qualificandolo come principio generale di diritto senza effettuare alcun esame della prassi in altri ordinamenti stranieri<sup>64</sup>.

Infine, i principi generali di diritto risultano essere particolarmente appropriati per governare i rapporti di investimento oggetto di *State contracts*<sup>65</sup>. Già negli anni '50 fra gli autori in dottrina si prevedeva che i principi generali si sarebbero dimostrati “*fruitful in the application and interpretation of [State] contracts which, though not interstate contracts and therefore not governed by public international law stricto sensu, can more effectively be regulated by general principles of law than the special rules of any single territorial system*”<sup>66</sup>. Da ciò deriva che qualora le parti contraenti degli *State contracts* non specificano alcun diritto applicabile al rapporto, sarà

---

absence of a determination on agreed by, or based on the agreement of, the parties, the fair market value will be acceptable if determined by the State according to reasonable criteria related to the market value of the investment, i.e., in an amount that a willing buyer would normally pay to a willing seller after taking into account the nature of the investment, the circumstances in which it would operate in the future and its specific characteristics, including the period in which it has been in existence, the proportion of tangible assets in the total investment and other relevant factors pertinent to the specific circumstances of each case”. Cfr. *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment: Guideline IV* sull'espropriazione, par. 4-5. Per una trattazione approfondita sull'argomento, si veda P.D. FRIEDLAND e E. WONG, *Measuring Damages for the Deprivation of Income Producing Assets: ICSID Case Studies*, in 6 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1991, p. 400.

<sup>64</sup> Cfr. ICSID *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon*, ICSID ARB/81/2, Decisione di annullamento del 3 maggio 1985, in 114 *International Law Review*, 1999, p. 243.

<sup>65</sup> Per “State contract” si intende un contratto concluso fra uno Stato sovrano, ospite dell'investimento internazionale, e un investitore straniero. Sull'argomento, si veda T. GAZZINI, *General Principles of Law in the Field of Foreign Investment*, in 10 *Journal of World Investment & Trade*, 2009, p.112

<sup>66</sup> Cfr. A. MCNAIR, *The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, in 33 *British Yearbook of International Law*, 1957, p. 15.

possibile fare riferimento ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili<sup>67</sup>.

d) Decisioni giudiziarie

La crescita esponenziale dei trattati bilaterali sugli investimenti (e delle relative clausole di soluzione delle controversie) ha portato negli ultimi decenni a una progressiva proliferazione degli arbitrati fra investitori e Stati ospiti<sup>68</sup>.

A differenza degli arbitrati commerciali internazionali, che sono in genere riservati, gli arbitrati sugli investimenti sono soggetti a minori livelli di riservatezza; in molti casi, infatti, le parti controvertenti consentono all'organismo arbitrale di pubblicare gli atti di parte e il lodo arbitrale. La pubblicazione, oltre ad attribuire maggiore trasparenza all'intero procedimento, consente la creazione di una giurisprudenza facilmente accessibile agli arbitri delle controversie future. In un settore del diritto relativamente "giovane" e in rapida evoluzione, è inevitabile che i Tribunali arbitrali tendano a colmare lacune e incertezze ricercando spunti di riferimento e di riflessione nelle tesi affermate in precedenti lodi arbitrali. La giurisprudenza dei Tribunali arbitrali e regionali degli investimenti assume in tal senso una funzione quasi pretoria, di creazione – più che interpretazione – del diritto.

D'altro canto, il rapido moltiplicarsi del numero di Tribunali e dei casi discussi reca con sé l'inevitabile rischio che gli arbitri possano occasionalmente rendere decisioni contraddittorie di fronte a questioni ancora controverse in dottrina e in giurisprudenza<sup>69</sup>. Si pensi, ad esempio, alla questione circa il contenuto dello standard di trattamento giusto ed equo ovvero al problema dell'interpretazione e dell'applicazione delle c.d. clausole ombrello. La possibilità di lodi arbitrali contrastanti è resa ancora più concreta dalla mancanza di un sistema gerarchico di

---

<sup>67</sup> *Ivi*, p. 10. Si veda inoltre al riguardo G. SACERDOTI, *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972, p. 262.

<sup>68</sup> Sull'argomento cfr. C. ROGERS, *Emerging Dilemmas in International Economic Arbitration: The Vocation of the International Arbitrator*, in *20 American University International Law Review*, 2005, p.957-965.

<sup>69</sup> Si veda a tal proposito T.H. CHENG, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*, in *30 Fordham International Law Journal*, 2006-2007, p. 1014.

Tribunali, analogo a quello delle corti interne nazionali, capace di indirizzare e uniformare i diversi filoni giurisprudenziali in conflitto fra loro.

Dal punto di vista della classificazione delle fonti di diritto internazionale, i lodi arbitrali rientrano all'interno della categoria delle decisioni giudiziarie citate all'Articolo 38(1) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia. Secondo tale disposizione, le decisioni giudiziarie risultano essere "mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche", assumendo assieme alla "dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni" un ruolo meramente sussidiario rispetto alle fonti principali del diritto internazionale quali i trattati, le consuetudini e i principi generali di diritto. Nell'ambito del diritto internazionale non trova quindi applicazione il principio dello *stare decisis*: la singola decisione giudiziaria, così come il lodo nell'arbitrato degli investimenti, acquisisce forza vincolante "soltanto per le parti in lite e nel caso da essa deciso"<sup>70</sup>.

La realtà dei fatti, tuttavia, è che giudici, arbitri, studiosi e avvocati tendono inesorabilmente a fare affidamento sui precedenti giurisprudenziali. I Tribunali ICSID, in particolare, fanno largo uso di citazioni di precedenti lodi ICSID al fine di dare maggiore autorevolezza alla propria posizione; qualora invece gli arbitri si discostino dalla giurisprudenza antecedente, essi avvertono la necessità di giustificare le proprie scelte evidenziando, ad esempio, le differenze sotto il profilo di fatto e di diritto rispetto ai precedenti casi.

Oltre a precedenti lodi ICSID, i riferimenti dei Tribunali arbitrali includono anche sentenze della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, della Corte Internazionale di Giustizia, della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, della Corte Europea dei Diritti Umani e del Tribunale Iran-Stati Uniti. Questa pratica assume un ruolo determinante nel garantire al settore del diritto internazionale degli investimenti stabilità, predicibilità e certezza del diritto, caratteristiche peraltro ampiamente apprezzate dagli investitori intenzionati a esportare i propri capitali all'estero.

---

<sup>70</sup> Cfr. Articolo 59 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia.

e) Atti di *soft law*

Fra gli atti di *soft law* in materia di investimenti internazionali vanno ricordati gli atti delle organizzazioni internazionali, quali ad esempio le raccomandazioni e risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite<sup>71</sup>.

Un ruolo di rilievo è inoltre ricoperto dalle *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*<sup>72</sup>, approvate dal Comitato per lo Sviluppo della Banca Mondiale nel settembre 1992. Si tratta di cinque linee guida di carattere non vincolante<sup>73</sup> aventi lo scopo di esortare gli Stati a tenere un comportamento favorevole nei confronti degli investitori stranieri. Le cinque *Guidelines* si distinguono per il diverso oggetto da loro trattato.

Mentre la prima delle "Linee guida" riguarda l'ambito di applicazione del documento, la seconda si concentra sulla questione dell'ammissione degli investimenti stranieri entro i confini dello Stato ospite: in essa, gli Stati vengono invitati a incoraggiare gli investimenti di capitale, tecnologia e risorse umane rimuovendo le procedure di ammissione eccessivamente restrittive per il flusso di investimenti in entrata<sup>74</sup>. Tale *Guideline* sottolinea come, in ogni caso, "[e]ach State maintains the right to make regulations to govern the admission of private foreign investments". Allo stesso tempo, tuttavia, si evidenzia che l'introduzione di condizioni e vincoli all'ammissione degli investimenti esteri si sia spesso dimostrata controproducente per gli stessi Stati e sicuramente meno efficace di un'apertura incondizionata: "[s]uch

---

<sup>71</sup> Si vedano, a titolo di esempio, i provvedimenti ONU citati in *ICSID Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decisione del 20 novembre 1984, in *1 ICSID Reports*, p. 466; *ICSID Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Decisione del 31 marzo 1986, in *2 ICSID Reports* p. 366; *ICSID Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Opinione dissenziente di Mohamed El Mahdi del 2 maggio 1992, in *3 ICSID Reports*, p. 254-255.

<sup>72</sup> Il testo delle linee guida è consultabile sul sito <http://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>

<sup>73</sup> La natura di *soft law* delle *Guidelines* risulta in maniera evidente dall'assenza di qualsiasi espressione di tipo imperativo nei confronti degli Stati, i quali vengono invitati a utilizzare le direttive quali "useful parameters" nella regolamentazione degli investimenti stranieri "without prejudice to the binding rules of international law". Sull'argomento, cfr. E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2012, p. 203.

<sup>74</sup> *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment: Guideline II* sull'ammissione degli investimenti stranieri, par. 2.

*performance requirements often discourage foreign investors from initiating investment in the State concerned or encourage evasion and corruption*<sup>75</sup>.

La terza delle “Linee guida” riguarda il trattamento cui sono sottoposti gli investimenti stranieri una volta avuto accesso al mercato interno dello Stato ospite. Il Governo nazionale è invitato a estendere agli investimenti esteri stabilitisi nel proprio territorio un “*fair and equitable treatment according to the standards recommended in these Guidelines (...) as favorable as that accorded by the State to national investors in similar circumstance*”: viene dunque disincentivata ogni forma di discriminazione arbitraria sulla base della nazionalità<sup>76</sup>. Agli investitori stranieri va garantita “*protection and security of their person, property rights and interests. (...) In all cases, full protection and security will be accorded to the investor's rights regarding ownership, control and substantial benefits over his property, including intellectual property*”<sup>77</sup>. Tale raccomandazione ricomprende dunque tutti gli standard di trattamento che sono tradizionalmente inseriti nei trattati bilaterali di investimento.

Nella quarta *Guideline* viene invece trattata la disciplina dell’espropriazione, delle modifiche unilaterali e della risoluzione del contratto. Il principio centrale è il divieto per lo Stato ospite di espropriare o adottare misure analoghe nei confronti dell’investitore straniero, se non in conformità con procedure previste dall’ordinamento interno e comunque solo per motivi di pubblico interesse, senza operare discriminazioni basate sulla nazionalità e dietro corresponsione di un indennizzo appropriato<sup>78</sup>. A tal fine, la *Guideline* afferma che può considerarsi “appropriato” un indennizzo che sia “*adequate, effective and prompt*”<sup>79</sup>, in linea dunque con la tradizionale formula di Cordell Hull.

Infine, la quinta *Guideline* fornisce indicazioni in merito ai metodi di risoluzione delle controversie fra Stato ospite e investitore, con particolare riferimento all’arbitrato ICSID<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, par. 3.

<sup>76</sup> *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment: Guideline III* sul trattamento degli investimenti stranieri, par. 2.

<sup>77</sup> *Ibidem*, par. 3.

<sup>78</sup> *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment: Guideline IV* sull’espropriazione e gli atti ad essa equivalenti, par. 1.

<sup>79</sup> *Ibidem*, par. 2.

<sup>80</sup> *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment: Guideline V* sulla risoluzione delle controversie, par. 3.

### 3. Il rapporto fra diritto nazionale e internazionale secondo la Convenzione ICSID

Il rapporto fra il diritto internazionale generale e la legge dello Stato ospite, in assenza di una scelta espressa delle parti, risulta essere uno degli argomenti maggiormente discussi in merito al diritto applicabile secondo la Convenzione ICSID.

La questione emerse già nei lavori preparatori, durante i quali si cercò di bilanciare le richieste degli Stati in via di sviluppo (i quali propendevano ovviamente per una prevalenza netta del diritto interno) con gli interessi degli Stati sviluppati (per i quali gli standard minimi garantiti dal diritto internazionale non potevano venir meno indipendentemente dalle previsioni degli ordinamenti nazionali). Nel *Chairman's Report on Issues Raised and Suggestions Made With Respect to the Preliminary Draft* si sottolineano dunque due punti che saranno alla base del testo dell'Articolo 42(1): *"In the first place, the basic feature of the Working Paper is the establishment of an international jurisdiction and it is reasonable to provide that an international tribunal will have the power to apply international law, unless specifically restricted. Secondly, even an international tribunal would in the first place have to look to national law, since the relationship between the investor and the host State is governed in the first instance by national law, and it would only be in those instances in which national law was in violation of international law that the tribunal would, in the application of international law, set aside national law"*<sup>81</sup>.

I Tribunali ICSID sono quindi vincolati a tenere in considerazione dapprima il diritto nazionale dello Stato ospite, chiamato a regolare nel dettaglio il rapporto di investimento; ciononostante, il diritto internazionale interviene in funzione correttiva o integrativa del diritto nazionale, il quale sarà interpretato e applicato nel senso dato dalla norma internazionale. Il *Chairman's Report* cita come esempio al riguardo il caso in cui *"a State changed its own law to the detriment of an investor and in violation of an agreement not to do so. In such a case international law would not question the power of the sovereign State to change its law, but could hold that State liable in*

---

<sup>81</sup> Cfr. *Chairman's Report on Issues Raised and Suggestions Made With Respect to the Preliminary Draft of a Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* del 9 luglio 1964, in *History of the ICSID Convention, Vol. II*, 1968, p. 570-571, consultabile su <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>

*damages to the investor whose rights it had violated through an act inconsistent with international law*”<sup>82</sup>.

La tesi adottata dal *Chairman’s Report* prevede, quindi, che il diritto internazionale subentri come diritto applicabile all’arbitrato ICSID in caso di lacuna del diritto nazionale, ovvero in caso di contraddizione fra i due ordinamenti giuridici<sup>83</sup>. Sin da allora, la dottrina maggioritaria si è espressa a favore della funzione c.d. integrativa o correttiva del diritto internazionale<sup>84</sup>, chiamato pertanto a colmare le lacune o porre rimedio alle violazioni dell’ordinamento interno dello Stato ospite.

La giurisprudenza dei Tribunali ICSID sull’argomento ha visto una certa evoluzione nel tempo: nelle decisioni più risalenti, il diritto nazionale e quello internazionale venivano di frequente considerati assieme, senza un’analisi approfondita delle interazioni fra le due fonti. Il più delle volte gli arbitri si accontentavano di constatare la sostanziale uguaglianza delle norme previste dai due ordinamenti, e quindi il rispetto dei principi internazionali da parte del diritto interno<sup>85</sup>.

A partire dalla decisione del Comitato *ad hoc* del caso *Klöckner v. Camerun*, si può tuttavia osservare una maggiore attenzione da parte degli arbitri su tale tema. Secondo il Comitato, quando il diritto nazionale dello Stato ospite deve essere applicato assieme al diritto internazionale, i principi del diritto internazionale hanno un duplice ruolo: “... complementary (*in the case of a ‘lacuna’ in the law of the State*), or corrective, should the State’s law not conform on all points to the principles of international law.

---

<sup>82</sup> *Ivi*, p. 985.

<sup>83</sup> *Ivi*, p. 804.

<sup>84</sup> Si vedano ad esempio A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 136 *Recueil des Cours*, 1972, p. 392; P. FEUERLE, *International Arbitration and Choice of Law under Art. 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in 4 *Yale Studies in World Public Order*, 1977, p.118; A. GIARDINA, *The International Centre for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (ICSID)*, in *Essays on International Commercial Arbitration*, 1989, p. 217; G. R. DELAUME, *Transnational Contracts, Applicable Law and Settlement of Disputes Ch. XV*, 1990; N. NASSAR, *Internationalization of State Contracts: ICSID, The Last Citadel*, in 14 *Journal of International Arbitration*, 1997, p. 202; C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001, p. 622.

<sup>85</sup> Cfr. ICSID *Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d’Ivoire*, ICSID Case No. ARB/74/1, Decisione del 29 agosto 1977, in 1 *ICSID Reports* p. 287; ICSID, *Benvenuti & Bonfant v. People’s Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Decisione del 15 agosto 1980, 1 *ICSID Reports* p.357; ICSID *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decisione del 21 ottobre 1983, 2 *ICSID Reports* p. 63; ICSID *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decisione del 20 novembre 1984, in 1 *ICSID Reports*, p. 466-467, 473, 490-494, 498-501, 504, 506. Al riguardo, si veda C. SCHREUER, *Failure to Apply the Governing Law in International Investment Arbitration*, in 7 *Austrian Review of International and European Law*, 2002, p. 157-158.

*In both cases, the arbitrators may have recourse to the 'principles of international law' only after having inquired into and established the content of the law of the State party to the dispute (which cannot be reduced to one principle, even a basic one) and after having applied the relevant rules of the State's law*<sup>86</sup>. Nel caso in questione, quindi, il Comitato dimostra espressamente di abbracciare la dottrina della funzione suppletiva e correttiva del diritto internazionale secondo l'Articolo 42(1) della Convenzione ICSID, escludendo che un Tribunale possa fondare la propria decisione unicamente sulla base delle "regole" o dei "principi di diritto internazionale" senza aver considerato *in primis* il diritto interno<sup>87</sup>.

La tendenza della giurisprudenza ICSID sull'argomento è stata quindi, a seconda dei casi, di contenere il ruolo del diritto internazionale dando rilievo al diritto interno, o viceversa di limitare l'applicazione del diritto nazionale dello Stato ospite a favore di uno spazio più ampio concesso al diritto internazionale. Uno spunto innovativo si ebbe nella decisione sull'annullamento del caso *Wena v. Egitto*<sup>88</sup>, dove il Comitato di Annullamento delineò una possibile "terza via" nell'interpretazione dell'Articolo 42(1) della Convenzione<sup>89</sup>. Secondo il Comitato *ad hoc*, infatti, non esisterebbe una soluzione valida in tutte le situazioni, ma l'applicazione dell'uno e dell'altro *corpus* giuridico dipenderebbe dalle circostanze concrete di ogni singolo caso, rendendo di fatto impossibile delineare un confine netto fra i due ambiti di applicazione<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Cfr. ICSID *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon*, ICSID ARB/81/2, Decisione di annullamento del 3 maggio 1985, 2 *ICSID Reports* p. 122. Corsivo in originale.

<sup>87</sup> La giurisprudenza successiva è in linea con questa tesi. Si veda, a titolo di esempio, ICSID *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Decisione del 31 marzo 1986, 2 *ICSID Reports*, p. 358-359; ICSID *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decisione sull'annullamento del 16 maggio 1986, 1 *ICSID Reports*, p. 515; ICSID *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decisione del 20 maggio 1992, 3 *ICSID Reports* p. 208.

<sup>88</sup> Cfr. ICSID *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decisione sull'annullamento del 5 febbraio 2002, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf>

<sup>89</sup> Per un'analisi più approfondita sulla decisione, si veda M.R. MAURO, *Il ruolo del diritto internazionale ai sensi dell'art. 42(1) della Convenzione di Washington in assenza di scelta ad opera delle parti del diritto applicabile alla controversia*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 827 e ss.

<sup>90</sup> Cfr. ICSID *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decisione sull'annullamento del 5 febbraio 2002, par 39: "Some of these views have in common the fact that they are aimed at restricting the role of international law and highlighting that of the law of the host State. Conversely, the view that calls for a broad application of international law aims at restricting the role of the law of the host State. There seems not to be a single answer as to which of these approaches is the correct one. The circumstances of each case may justify one or another solution. (...) Further, the use of the word 'may' in the second sentence of this provision indicates that the Convention does not draw a sharp line for the distinction of the respective scope of international and of domestic law and,

L'interpretazione offerta dal Comitato del caso *Wena v. Egitto* fornisce dunque agli arbitri una notevole flessibilità nella selezione del diritto applicabile in assenza di scelta operata dalle parti: contrariamente a quanto affermato nella decisione di annullamento di *Klöckner v. Camerun*, infatti, secondo il Comitato *ad hoc* di *Wena v. Egitto* un Tribunale arbitrale ha la possibilità di applicare il diritto internazionale non solo insieme con il diritto dello Stato ospite – in funzione meramente correttiva o integrativa – ma anche autonomamente<sup>91</sup>. L'ordinamento di diritto internazionale, infatti, è dotato di un ruolo autonomo, in quanto può essere applicato come *proper law* indipendentemente dal previo accertamento della presenza di lacune o incompatibilità con le norme internazionali nell'ordinamento giuridico interno<sup>92</sup>.

---

correspondingly, that this has the effect to confer on to the Tribunal a certain margin and power for interpretation”.

<sup>91</sup> *Ibidem*, par 40: “What is clear is that the sense and meaning of the negotiations leading to the second sentence of Article 42(1) allowed for both legal orders to have a role. The law of the host State can indeed be applied in conjunction with international law if this is justified. So too international law can be applied by itself if the appropriate rule is found in this other ambit”.

<sup>92</sup> Cfr. M.R. MAURO, *Il ruolo del diritto internazionale ai sensi dell'art. 42(1) della Convenzione di Washington in assenza di scelta ad opera delle parti del diritto applicabile alla controversia*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2004, p. 847.

## CAPITOLO II: La giurisdizione ICSID

### 1. L'Articolo 25 della Convenzione ICSID

Il rapporto di investimento è, per le due parti in esso coinvolte, uno strumento comune per raggiungere scopi dissimili. L'investitore straniero, infatti, intende avere accesso al mercato estero allo scopo di ottenere una fonte di potenziale profitto; d'altra parte, i capitali esteri risultano agli occhi dello Stato ospite un efficace mezzo per accelerare la crescita dell'economia interna. Nonostante tali interessi convergano – al momento della conclusione dell'accordo – in vista di un comune vantaggio, non è raro che durante l'esecuzione del rapporto possano emergere situazioni di conflittualità tali da far riemergere la naturale divergenza di scopi fra le parti.

Non è un caso, dunque, che uno degli elementi distintivi dei trattati di investimento sia proprio la presenza di una clausola di risoluzione delle controversie, tale da consentire all'investitore (in quanto parte generalmente più esposta a violazioni derivanti dai poteri sovrani dello Stato ospite) l'attivazione di un meccanismo neutrale di natura arbitrale. Fra le possibili alternative offerte a livello internazionale, la prassi decennale ha dimostrato un'evidente preferenza verso l'arbitrato ICSID<sup>93</sup>, il quale risulta ad oggi il principale strumento di risoluzione delle controversie sugli investimenti in innumerevoli BITs, nonché in quattro accordi multilaterali di commercio e investimento<sup>94</sup>: il *Cartagena Free Trade Agreement*<sup>95</sup>, il *Colonia*

---

<sup>93</sup> Uno dei più forti incentivi all'utilizzo dell'arbitrato in sede ICSID è la garanzia di esecuzione del lodo arbitrale in tutti gli Stati parte della Convenzione di Washington senza alcun intervento giurisdizionale interno. L'importanza di questo fattore è stata ampiamente dimostrata in occasione del caso *Occidental v. Ecuador* (ICSID *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11), dove l'investitore preferì l'arbitrato UNCITRAL a quello ICSID. In attuazione dell'*English Arbitration Act 1996*, Occidental dovette affrontare l'opposizione al lodo emesso in suo favore dal Tribunale arbitrale di fronte alle corti inglesi, attraverso un procedimento che giunse dalla *High Court* sino alla *Court of Appeal*. Tale sequenza, dispendiosa in termini di tempo e risorse, si sarebbe potuta evitare con il ricorso all'arbitrato ICSID.

<sup>94</sup> Sull'argomento, P. GHAFARI, *Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review*, in *12 Journal of World Investment & Trade*, 2011, p. 604.

<sup>95</sup> L'Accordo di Cartagena, atto costitutivo della Comunità Andina (*Comunidad Andina, CAN*), fu adottato il 26 maggio 1969 in Bogotá entrò in vigore il 16 ottobre 1969. Il testo dell'Accordo è consultabile sul sito [http://www.wipo.int/wipolex/en/other\\_treaties/text.jsp?file\\_id=220450](http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp?file_id=220450)

*Investment Protocol of Mercosur*<sup>96</sup>, il *North American Free Trade Agreement* e l'*Energy Charter Treaty*.

La proliferazione dei trattati bilaterali di investimento ha condotto, di riflesso, ad una vera e propria esplosione dell'arbitrato internazionale degli investimenti. La crescita dei procedimenti in sede ICSID è stata esponenziale: più della metà delle richieste di arbitrato nella storia ICSID sono state avanzate nel solo 2004-2010<sup>97</sup>, a dimostrazione del fatto che gli investitori internazionali sono attratti dai vantaggi di questo strumento di risoluzione dei conflitti. È bene sottolineare, tuttavia, che la possibilità di ricorrere all'arbitrato ICSID è condizionato alla presenza di una serie di requisiti inderogabili posti alla base della giurisdizione di ogni Tribunale arbitrale ICSID.

L'Articolo 25(1) della Convenzione di Washington recita al riguardo: "*The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally*". Perché un Tribunale ICSID abbia competenza su di una controversia, è quindi necessario che questa sorga direttamente da un investimento (*ratione materiae*) fra uno Stato parte della Convenzione e un investitore di un altro Paese parte del trattato (*ratione personae*), i quali abbiano entrambi manifestato espressamente il proprio consenso all'arbitrato (*ratione voluntatis*).

Si noti, inoltre, che la giurisdizione ICSID trova il proprio fondamento, accanto ai criteri stabiliti dal citato Articolo 25(1), anche nelle disposizioni dei BIT o degli altri trattati applicabili al caso concreto, le quali indicano le condizioni poste per il consenso delle parti firmatarie alla competenza del Tribunale. Nell'arbitrato ICSID, quindi, esistono due distinti livelli di requisiti circa la giurisdizione (diversi autori parlano al

---

<sup>96</sup> Il Protocollo di Colonia per la Promozione e la Reciproca Protezione degli Investimenti all'interno del MERCOSUR è stato firmato dagli Stati MERCOSUR il 17 gennaio 1994, ed è consultabile sul sito <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3585>

<sup>97</sup> Cfr. P. GHAFARI, *Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review*, in *12 Journal of World Investment & Trade*, 2011, p. 604. Si veda al riguardo anche G. HARTEN e M LOUGHLIN, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, *17 European Journal of International Law*, 2006, p. 124

riguardo di c.d. “*jurisdictional keyholes*”): il primo dato dalle norme sulla risoluzione delle controversie generalmente inserite nei BITs, il secondo dall’Articolo 25(1) della Convenzione di Washington. Il Tribunale arbitrale del caso *CSOB v. Slovacchia* afferma al riguardo: “*A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim: whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties’ consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in Article I of the BIT*”<sup>98</sup>.

## **2. La controversia giuridica derivante direttamente da un investimento**

L’espressione “*any legal dispute*” si riferisce al fatto che la parte attrice deve presentare dinnanzi al Tribunale arbitrale una pretesa giuridica concreta sostenuta da un diritto sostanziale. Gli arbitri non possono, ad esempio, pronunciarsi su richieste di pareri consultivi così come avviene invece per la Corte internazionale di Giustizia. Come sottolineato, infatti, nel *Report* dei Direttori Esecutivi, “[t]he expression ‘*legal dispute*’ has been used to make clear that while conflicts of rights are within the jurisdiction of the Centre, mere conflicts of interests are not. 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”<sup>99</sup>.

Una volta chiarita la natura giuridica della controversia, l’Articolo 25 della Convenzione individua immediatamente i limiti *ratione materiae* della giurisdizione ICSID, indicando l’investimento come oggetto delle controversie presentabili dinnanzi ai Tribunali arbitrali. Diventa quindi indispensabile chiarire il significato del termine “investimento” per riconoscere quali tipologie di dispute possano essere risolte dai Tribunali ICSID. Nonostante tale importanza, tuttavia, la Convenzione di Washington non fornisce alcuna definizione al riguardo.

---

<sup>98</sup> Cfr. ICSID *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decisione sulla giurisdizione del 24 maggio 1999, consultabile online sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0144.pdf>, par. 68.

<sup>99</sup> Cfr. *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention*, in *1 ICSID Reports*, par. 28.

Il *Report* dei Direttori Esecutivi giustifica questa decisione con la necessità di lasciare alle parti il compito di dare un contenuto all'investimento: “*No attempt was made to define the term ‘investment’ given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4))*”<sup>100</sup>. Una definizione terminologica eccessivamente puntuale avrebbe ridotto la flessibilità propria dello strumento arbitrale, rendendo impossibile per i futuri Tribunali adattarsi all'evoluzione del panorama economico e alle esigenze dei soggetti controversi.

Pertanto, una definizione del termine “investimento” è generalmente contenuta negli accordi e contratti di investimento dalle stesse parti contraenti, mentre nei BITs è tradizionalmente presente nella prima parte del Trattato, dedicata per l'appunto alle definizioni terminologiche. Ciononostante, il fatto che i requisiti predisposti dal BIT siano stati soddisfatti non implica necessariamente che il Tribunale ICSID sia dotato di giurisdizione. L'Articolo 25(1) non può infatti essere considerato un semplice rinvio al consenso delle parti, bensì è dotato di un contenuto proprio e pienamente vincolante.

Innanzitutto, è ampiamente riconosciuto che le ordinarie transazioni commerciali (quali ad esempio i contratti di vendita di beni *una tantum*) ricadono al di fuori della giurisdizione ICSID, indipendentemente da quanto concordato fra le parti<sup>101</sup>. Ancora ampiamente discussa è invece la possibilità di individuare criteri e requisiti di natura oggettiva tali da delineare chiaramente i contorni del concetto di investimento secondo la Convenzione di Washington.

Si possono distinguere al riguardo due correnti: la visione “soggettivista”, che riconduce sostanzialmente la definizione alla sola volontà delle parti, e quella “oggettivista”, secondo la quale è invece individuabile un nucleo di elementi che

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, par. 27.

<sup>101</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decisione sulla giurisdizione del 12 febbraio 2010, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1526.pdf>, par. 93: “In the words of the tribunal in the case of *SGS v. Paraguay*: To cite the classic example, one would not say that a simple contract for the sale of goods, without more, would constitute an investment within the meaning of Article 25(1), even if defined as such in a BIT or in the contract itself”.

devono necessariamente sussistere affinché si possa parlare di investimento<sup>102</sup>, e che dunque si impongono come “*outer limits*” alla giurisdizione ICSID<sup>103</sup>.

Se si accetta quest’ultima posizione, il Tribunale arbitrale è tenuto a verificare in sede di giurisdizione l’esistenza, alla base della controversia, di un investimento che soddisfi contemporaneamente i criteri del BIT applicabile e della Convenzione ICSID, come sostenuto da buona parte della giurisprudenza ICSID negli ultimi quindici anni<sup>104</sup>. Questa tesi, tuttavia, non è unanimemente accettata, e numerosi sono i Tribunali che (esplicitamente o implicitamente), hanno adottato posizioni ad essa contrastanti<sup>105</sup>.

Il primo caso ICSID in cui la competenza del Tribunale arbitrale fu contestata per la presunta assenza di un investimento alla base della controversia è stato *Fedax v. Venezuela*<sup>106</sup>. In tale occasione gli arbitri, sottolineando la novità della questione posta alla loro attenzione, riconobbero l’esistenza di alcune “*basic features of an investment*”, fra le quali spiccano “*a certain duration, a certain regularity of profit and*

---

<sup>102</sup> Si veda sull’argomento F. YALA, *The Notion of “Investment” in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some “Un-conventional” Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, in 22 *Journal of International Arbitration*, 2005, p.106.

<sup>103</sup> Al riguardo, si veda C. SCHREUER, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2009, p. 116.

<sup>104</sup> Cfr., e.g., *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione del 23 luglio 2001, par. 52; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decisione sulla giurisdizione del 27 settembre 2001, par. 96; *SGS Société Générale de Surveillance v. Pakistan*, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, nota a piè di pagina n. 153; *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2004, par. 50; *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decisione sulla giurisdizione del 14 novembre 2005, par. 122; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decisione sulla giurisdizione del 17 maggio 2007, par. 54–55; *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Decisione del 15 aprile 2009, par. 82; *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Decisione del 14 luglio 2010, par.108; *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Decisione del 7 febbraio 2011, par. 107.

<sup>105</sup> Cfr., e.g., *ICSID Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Decisione del 16 settembre 2003 para.8.2; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Decisione del 41 luglio 2007, par. 163; *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Decisione del 16 agosto 2007, par. 305; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Decisione del 24 luglio 2008, par. 308–318; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Decisione sull’annullamento del 16 aprile 2009, par. 72.

<sup>106</sup> Cfr. *ICSID Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decisione sulla giurisdizione dell’11 luglio 1997, consultabile online sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf)

*return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host State's development*"<sup>107</sup>.

I criteri formulati in *Fedax* furono ripresi e riformulati nel caso *Salini v. Marocco*, dove il Tribunale procede ad un'elencazione dettagliata in quattro punti: "*The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction (...). In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition*"<sup>108</sup>. Questi criteri sono comunemente indicati sotto il nome di "*Salini test*", e attorno ad essi si è venuto a formare un generale consenso<sup>109</sup>, tale per cui spesso la questione del loro riconoscimento non è neppure contestata dalle parti della controversia<sup>110</sup>: "*Since the Fedax decision, ICSID jurisprudence has essentially been based on the understanding that the four criteria (...) will have to be considered, in addition to the requirements in a bilateral treaty or another instrument embodying consent to ICSID jurisdiction*"<sup>111</sup>. Ciononostante, nella prassi giurisprudenziale il *Salini test* non è universalmente riconosciuto<sup>112</sup>.

Anche qualora le conclusioni del Tribunale in *Salini* non siano apertamente osteggiate e si riconosca, quindi, l'esistenza di alcuni criteri oggettivi intorno ai quali costruire il concetto di investimento, persistono in giurisprudenza innumerevoli

---

<sup>107</sup> *Ivi*, par. 43. I criteri oggettivi presentati dal Tribunale arbitrale sono peraltro direttamente ripresi da C. SCHREUER, *Commentary on the ICSID Convention, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 11, 1996, p.372.

<sup>108</sup> Cfr. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione del 23 luglio 2001, consultabile online al sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>, par. 52

<sup>109</sup> Cfr., e.g., ICSID *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decisione sulla giurisdizione del 17 ottobre 2006, par. 77, *Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decisione sull'annullamento del 1 novembre 2006, par 27; *Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decisione sulla giurisdizione del 6 luglio 2007, par 116–117.

<sup>110</sup> Cfr., e.g., *Bayindir Insaat Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decisione sulla giurisdizione del 14 novembre 2005, par. 130; *Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decisione sulla giurisdizione del 21 marzo 2007, par.72.

<sup>111</sup> Cfr. R. DOLZER & C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, p. 68.

<sup>112</sup> Per una lettura più approfondita sulla questione, si veda J.D. MORTENSON, *The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, in *51 Harvard International Law Journal*, 2010, p. 257–318.

divisioni in merito ai singoli requisiti individualmente considerati<sup>113</sup>. Particolarmente contestato è, ad esempio, il criterio del “contributo allo sviluppo economico dello Stato ospite”, che troverebbe il proprio fondamento nel preambolo stesso della Convenzione di Washington. Secondo il Tribunale nel caso *L.E.S.I.-DIPENTA v. Algeria*, ad esempio, il contributo allo sviluppo economico non è qualificabile come elemento distinto per la sussistenza di un investimento, in quanto esso sarebbe implicito negli altri tre criteri classici del *Salini test*<sup>114</sup>; nei casi *Saba Fakes v. Turchia* e *Victor Pey Casado v. Cile*<sup>115</sup>, invece, gli arbitri sono giunti addirittura ad escludere del tutto l’esistenza di tale requisito ai fini della definizione di investimento secondo la Convenzione ICSID. Il dibattito si estende quindi in generale su tutti i criteri del *Salini test* e sulla loro esatta interpretazione, tanto che alcuni Tribunali hanno teorizzato la presenza di criteri aggiuntivi<sup>116</sup> o addirittura alternativi rispetto a quelli tradizionali.

Nonostante, dunque, a partire dai primi anni 2000 sia possibile individuare una giurisprudenza tendenzialmente orientata a favore della posizione sostenuta dal Tribunale arbitrale in *Salini v. Marocco*, non è tuttavia possibile affermare che in merito alla definizione del concetto di “investimento” così come indicato all’Articolo 25 della Convenzione ICSID si sia giunti a una soluzione pacificamente accettata. Questo, ovviamente, contribuisce ad aumentare in modo pericoloso il grado di incertezza del procedimento arbitrale sin dalla fase iniziale di giurisdizione.

### 3. La nazionalità dell’investitore privato

In merito alla giurisdizione *ratione personae*, la questione maggiormente dibattuta in dottrina e giurisprudenza riguarda la figura dell’investitore straniero, e in particolar

---

<sup>113</sup> Si veda sull’argomento A. GRABOWSKI, *The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*, in *15 Chicago Journal of International Law*, 2014-2015, p. 287.

<sup>114</sup> Cfr. ICSID *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case No. ARB/03/08, consultabile online su <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf>, par. 13: “Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu’il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toute façon difficile à établir et implicitement couverte par les trois éléments retenus”.

<sup>115</sup> Cfr. ICSID *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Decisione del 14 luglio 2010, par.111; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decisione dell’8 maggio 2008, par. 232.

<sup>116</sup> È il caso, ad esempio, di *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Decisione del 15 aprile 2009, par. 114, in cui gli arbitri affermano che un investimento deve essere in buona fede e nel rispetto delle leggi dello Stato ospite.

modo il concetto di nazionalità così come inteso dalla Convenzione ICSID. Dopo aver introdotto all'Articolo 25(1) il concetto di “*national of another Contracting State*”, la stessa Convenzione di Washington espone all'Articolo 25(2) le qualità che il soggetto privato – sia esso persona fisica o giuridica – deve soddisfare nel momento del consenso all'arbitrato, pena l'inapplicabilità della Convenzione ICSID<sup>117</sup>.

Per quanto concerne le persone fisiche, si richiede che il soggetto detenga la nazionalità di uno Stato contraente diverso dallo Stato ospite dell'investimento al momento in cui le parti abbiano consentito all'applicazione della Convenzione ICSID, nonché alla data in cui la richiesta di arbitrato sia stata depositata presso il Segretario Generale; il possesso di una doppia cittadinanza che includa quella dello Stato ospite esclude l'investitore dalla possibilità di rivolgersi ai Tribunali ICSID.

Se per le persone fisiche il principio di “nazionalità” non ha generalmente sollevato dubbi o controversie, lo stesso non si può dire riguardo alle persone giuridiche. Nonostante, infatti, nella quasi totalità degli investimenti esteri il soggetto investitore sia una persona giuridica, i redattori della Convenzione di Washington non hanno inserito all'articolo 25(2)(b) un criterio generale per stabilire la nazionalità di questa categoria di investitori. Infatti, secondo l'opinione di Broches – uno dei principali redattori della Convenzione – “*the parties should be given the widest possible latitude to agree on the meaning of 'nationality' and any stipulation of nationality made in connection with a conciliation or arbitration clause which is based on a reasonable criterion should be accepted*”<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> Cfr. Convenzione ICSID, Articolo 25(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”. Si consideri, peraltro, che ad oggi il meccanismo ICISD è utilizzabile tramite le apposite *Additional Facility Rules* anche per la risoluzione di quelle controversie “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”; cfr. *ICSID Additional Facility Rules*, Articolo 2(a).

<sup>118</sup> Cfr. A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *136 Recueil des Cours*, 1972, p. 331, 359-60.

Interpretando, tuttavia, il silenzio dei redattori come volontà di lasciare alla discrezione delle parti la risposta circa la nazionalità dell'investitore privato, si espone nuovamente il fianco – così come si è già visto per la definizione di investimento – alle critiche di quanti sostengono la natura “a duplice livello” della giurisdizione ICSID. Anche in riferimento alla nazionalità dell'investitore privato, infatti, i criteri definiti dai BITs e dagli accordi fra le parti costituirebbero solo un “*inner circle*” della giurisdizione arbitrale, mentre i limiti ricavabili dall'interpretazione dell'Articolo 25 della Convenzione ICSID sono percepiti come l’“*outer circle*” non espandibile neppure dalla volontà delle parti<sup>119</sup>.

Nel tentativo di dare un contenuto sostanziale autonomo all'Articolo 25(2)(b), autori e giurisprudenza sono pressoché concordi nell'indicare i criteri di incorporazione e di sede sociale dell'investitore come formule valide per l'attribuzione della nazionalità<sup>120</sup>.

Nel caso *SOABI v. Senegal*<sup>121</sup>, ad esempio, gli arbitri hanno sostenuto in maniera inequivocabile il luogo di incorporazione o di sede sociale dell'impresa quale principio generale per definire la nazionalità dell'investitore: “*Le Tribunal a noté que la Convention ne contient pas de définition du terme ‘nationalité’, ce qui a pour conséquence de laisser à chaque Etat le pouvoir de déterminer si une société possède ou non sa nationalité. En règle générale, les Etats appliquent à cette fin ou bien le critère du siège social ou bien celui du lieu d’incorporation. Par contre, la nationalité des actionnaires ou le contrôle exercé par des étrangers autrement qu’en raison de leur participation au capital, n’est pas normalement un critère pour la nationalité d’une société, étant entendu que le législateur peut mettre ces critères en jeu pour des cas d’exception. Une ‘personne morale qui possède la nationalité de l’Etat contractant partie au différend’, expression utilisée à l’article 25(2)(b) de la Convention, est donc une personne morale qui, selon le système juridique de l’Etat en question, a son siège*

---

<sup>119</sup> Si veda, sull'argomento, R. ASTORGA, *The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence* in *11 Max Planck United Nations Yearbook*, 2007, p. 446; P. GHAFARI, *Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review*, in *12 Journal of World Investment & Trade*, 2011, p. 611.

<sup>120</sup> Si veda al riguardo C. SCHREUER, *The ICSID Convention: The Commentary*, Cambridge, 2001, p. 78-281, in cui l'autore evidenzia come “the overwhelming weight of the authority points towards the traditional criteria of incorporation or seat”.

<sup>121</sup> Cfr. ICSID *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decisione sulla giurisdizione del 1 agosto 1984, consultabile online sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6362.pdf>

*social dans l'Etat ou a été créée en application de son droit des sociétés (incorporation)”*<sup>122</sup>.

Il luogo di incorporazione o di sede sociale assume una rilevanza centrale anche nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, in riferimento al tema della protezione diplomatica. Nel caso *Barcelona Traction*, infatti, la Corte affermò che soltanto lo Stato in cui la società è stata costituita come persona giuridica o in cui ha la propria sede sociale è titolare della facoltà di agire in protezione diplomatica, e ciò indipendentemente dalla nazionalità della maggioranza degli azionisti<sup>123</sup>. Secondo la Corte, infatti, “*an act directed against and infringing only the company's rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected*”<sup>124</sup>.

Nel caso *Diallo*<sup>125</sup>, la Corte Internazionale di Giustizia confermò la posizione adottata in *Barcelona Traction*, chiarendo che la natura di persona giuridica di una società va riconosciuta sulla base del diritto nazionale dello Stato di incorporazione: “[w]hat matters, from the point of view of international law, is to determine whether or not these have a legal personality independent of their members. Conferring independent corporate personality on a company implies granting it rights over its own property, rights which it alone is capable of protecting. As a result, only the State of nationality may exercise diplomatic protection on behalf of the company when its

---

<sup>122</sup> *Ibidem*, par. 29.

<sup>123</sup> Cfr. ICJ, *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Sentenza del 5 febbraio 1970, par. 70: “The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office. These two criteria have been confirmed by long practice and by numerous international instruments”. Le uniche due ipotesi in cui la Corte ammise – in via di principio – la possibilità di superare il criterio formale furono la cessata esistenza della società e l’incapacità dello Stato nazionale della società di agire in protezione diplomatica. *Ibidem*, par. 40.

<sup>124</sup> *Ibidem*, par. 46. La Corte, tuttavia, effettua una distinzione fra gli atti lesivi subiti dalla società-persona giuridica e le violazioni dei “direct rights” degli azionisti-persone fisiche: “The situation is different if the act complained of is aimed at the direct rights of the shareholder as such. It is well known that there are rights which municipal law confers upon the latter distinct from those of the company, including the right to any declared dividend, the right to attend and vote at general meetings, the right to share in the residual assets of the company on liquidation. Whenever one of his direct rights is infringed, the shareholder has an independent right of action”. *Ibidem*, par. 47. In quest’ultimo caso, infatti, trova applicazione l’Articolo 12 dei *ILC Draft Articles on Diplomatic Protection* del 2006, (*U.N. Doc. A/61/10*): “To the extent that an internationally wrongful act of a State causes direct injury to the rights of shareholders as such, as distinct from those of the corporation itself, the State of nationality of any such shareholders is entitled to exercise diplomatic protection in respect of its nationals”.

<sup>125</sup> Cfr. ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Obiezioni Preliminari del 24 maggio 2007, consultabile sul sito <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf>

*rights are injured by a wrongful act of another State. In determining whether a company possesses independent and distinct legal personality, international law looks to the rules of the relevant domestic law*<sup>126</sup>. Poiché la società è costituita secondo le regole dettate dalla normativa nazionale dello Stato di incorporazione, solo quest'ultimo ha la facoltà di difendere gli interessi societari in sede di protezione diplomatica<sup>127</sup>.

Va sottolineato, tuttavia, che i criteri esposti dalla Corte Internazionale di Giustizia nei casi *Barcelona Traction* e *Diallo* hanno come obiettivo quello di identificare lo Stato titolare del diritto di protezione diplomatica a favore di una persona giuridica. Nel caso di un arbitrato ICSID, il soggetto attore non è lo Stato nazionale della persona giuridica lesa, bensì la società stessa. La Convenzione di Washington, dunque, introduce un radicale mutamento del contesto giuridico, con una forma di protezione degli investimenti estranea al concetto di protezione diplomatica.

La questione è evidenziata dal Tribunale arbitrale del caso *CMS v. Argentina*: “*Counsel for the Republic of Argentina are right when arguing that [the Barcelona Traction decision] ruled out the protection of investors by the State of their nationality when that State is different from the State of incorporation of the corporate entity concerned, all of it in respect of damage suffered in a third State. However, Counsel for the Claimant are also right when affirming that this case was concerned only with the exercise of diplomatic protection in that particular triangular setting, and involved what the Court considered to be a relationship attached to municipal law, but it did not rule out the possibility of extending protection to shareholders in a corporation in different contexts. Specifically, the International Court of Justice was well aware of the new trends in respect of the protection of foreign investors under the 1965*

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, par. 61.

<sup>127</sup> Questo approccio è in linea con quanto affermato dalla prima frase dell'Articolo 9 dei *ILC Draft Articles on Diplomatic Protection* del 2006: “For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the incorporation was incorporated”. Lo stesso Articolo 9, tuttavia, prevede la possibilità di derogare il criterio generale dello Stato di incorporazione laddove le circostanze indichino che la società abbia una connessione più stretta con un altro Stato, in cui siano situate la sede amministrativa (“seat of management”) e del controllo finanziario (“financial control”). Sono tuttavia richieste alcune condizioni cumulative affinché lo Stato in questione, pur diverso dallo Stato di incorporazione, possa essere considerato lo Stato di nazionalità della società ai fini dell'esercizio della protezione diplomatica. *In primis*, la società deve essere controllata da azionisti stranieri. In secondo luogo, non deve avere “substantial business activities” nello Stato di incorporazione. Infine, sia la sede amministrativa sia quella di controllo finanziario devono essere situate in un altro Stato.

*Convention and the bilateral investment treaties related thereto. Barcelona Traction is therefore not directly relevant to the present dispute*<sup>128</sup>.

Analizzando la prassi dei rapporti internazionali di investimento, non è infrequente che, per ragioni di comodità, gli investitori stranieri – specialmente le società multinazionali – conducano le loro operazioni all'estero tramite società appositamente costituite *in loco*. Secondo il criterio formale del luogo di incorporazione, quindi, tali società risulterebbero avere la nazionalità dello Stato ospite dell'investimento e sarebbero pertanto escluse dall'accesso all'arbitrato ICSID. Consapevoli di questa eventualità, i redattori della Convenzione di Washington hanno inserito *in fine* all'Articolo 25(2)(b) una clausola che consente ai Tribunali ICSID di decidere le controversie sorte fra lo Stato ospite e “*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*”. Senza questa eccezione, uno Stato ospite potrebbe facilmente aggirare il proprio consenso all'arbitrato ICSID in tutti i quei casi in cui l'investitore straniero opera formalmente attraverso una società nazionale.

Anche nel caso del “*foreign control*”, tuttavia, la Convenzione ICSID non propone alcuna definizione che possa chiarire l'interpretazione dell'Articolo 25<sup>129</sup>. Nonostante gli autori siano cauti nell'individuare la maggioranza de capitale societario come indicatore di “controllo straniero”, la giurisprudenza dei Tribunali ICSID è concorde nell'affermare che nei casi in cui questo requisito sia soddisfatto, agli azionisti stranieri è riconosciuto il controllo della società locale.<sup>130</sup>

Nel caso *LETCO v. Liberia*, per esempio, una compagnia costituita secondo le leggi liberiane ma controllata completamente da cittadini francesi avanzò una richiesta di arbitrato contro il Governo della Liberia per una presunta violazione degli accordi di

---

<sup>128</sup> Cfr. ICSID *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione sulla giurisdizione del 17 luglio 2003, par. 43-44.

<sup>129</sup> C. SCHREUER, *Commentary on the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, 1997, p. 127: “[T]he existence of foreign control is a complex question requiring the examination of several factors such as equity participation, voting rights and management. In order to obtain a reliable picture, all these aspects must be looked at in connection. There is no simple mathematical formula based upon shareholding or votes alone”.

<sup>130</sup> Per un'analisi sulla giurisprudenza ICSID sull'argomento, si veda M.L. MORELAND, *Foreign Control and Agreement Under ICSID Article 25(2)(b): Standards for Claims Brought by Locally Organized Subsidiaries Against Host States*, in *9 Currents International Trade Law Journal*, 2000, p. 18.

concessione. Il Tribunale arbitrale concluse che la società liberiana era “chiaramente” sotto controllo straniero: “*This [foreign] control is a result of the fact LETCO's capital stock was 100% owned by French nationals as indicated by both LETCO and official documents of the Liberian Government. It also results from what appears to be effective control by French nationals (...) in the sense that, apart from French shareholdings, French nationals dominated the company decision making structure. It appears from the evidence presented that a majority, if not all, of LETCO's directors as well as the General Manager were at all times French nationals*”<sup>131</sup>. In *Klöckner v. Cameroon*<sup>132</sup> il Tribunale esercitò la propria competenza presumendo l’esistenza di un controllo straniero, in quanto Klöckner e i suoi partner europei detenevano il 51% del capitale sociale della controllata camerunense; in aggiunta a ciò, gli arbitri rilevarono che il consiglio d’amministrazione della società attrice includeva quasi esclusivamente personalità raccomandate dalla società madre<sup>133</sup>. In entrambi i casi citati, dunque, i Tribunali osservarono come la maggioranza azionaria portasse con sé ulteriori elementi tali da indicare chiaramente il controllo della società attrice da parte di soggetti stranieri.

Se la titolarità della maggioranza del capitale sociale può essere considerato *per se* un chiaro indice di controllo, tale presunzione non è ovviamente valida per il possesso di pacchetti azionari minoritari. Ciononostante, non è neppure corretto escludere *a priori* che un azionista straniero di minoranza possa esercitare una forma di controllo sulla società locale. Nel caso *Vacuum Salt v. Ghana*, il Tribunale ICSID non si è accontentato del fatto che fosse straniero solo il 20% del capitale sociale per escludere la propria competenza, concludendo in tal senso solo dopo aver accertato che i soci stranieri non erano capaci di influenzare in maniera rilevante le “*critical decisions on important corporate matters*”, detenendo ad esempio un diritto di *veto* su di esse, bensì si limitavano a una semplice consulenza tecnica a favore della società ghanese<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> Cfr. ICSID *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Decisione del 31 marzo 1986, 2 *ICSID Reports*, p. 351.

<sup>132</sup> Cfr. ICSID *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon*, ICSID ARB/81/2, Decisione del 21 ottobre 1983, 2 *ICSID Reports*, p. 9.

<sup>133</sup> *Ivi*, p. 14.

<sup>134</sup> Cfr. ICSID *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/92/1, Decisione del 16 febbraio 1994, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol 20, 1995, p. 11.

La prassi dei Tribunali ICSID indica inoltre che il “*foreign control*” può essere esercitato anche in via indiretta, ossia ad opera di una terza società straniera, tramite una società controllata registrata in un secondo Stato straniero, la quale a sua volta controlli la società di diritto locale parte dell’investimento<sup>135</sup>.

Nel caso *SOABI v. Senegal*, la parte attrice era direttamente controllata da Flexa, una società panamense in mano per il 100% del capitale sociale ad azionisti belgi. Nonostante fosse palese che Flexa fosse una società di comodo senza le risorse per controllare la senegalese SOABI, il Tribunale arbitrale dovette ricorrere alla nozione di controllo indiretto per ammettere la propria competenza sulla controversia, poiché Panama non risultava – diversamente dal Belgio – fra i Paesi firmatari della Convenzione di Washington: “*La nationalité de [Flexa] (...) ne serait déterminante de la nationalité des intérêts étrangers que si la convention devait être interprétée comme visant le seul contrôle immédiat. Mais le Tribunal ne peut pas accepter une telle interprétation qui va à l'encontre de l'objet de l'article 25(2)(b) in fine. Cet objet, il est à peine nécessaire de le rappeler, est de concilier le désir des pays hôtes d'investissements étrangers de voir ces investissements réalisés à travers des sociétés de droit local, d'un côté, et leur volonté de donner qualité à ces sociétés pour être partie à des procédures sous les auspices du Centre, de l'autre. (...) 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. Pour les motifs exposés ci-dessous, le Tribunal conclut que le contrôle exercé sur la société FLEXA l'est, à la date de la conclusion de la Convention d'Etablissement, par des ressortissants d'Etats contractants, notamment du Royaume de Belgique*”<sup>136</sup>.

Quanto affermato dal Tribunale del caso *SOABI* è in linea con quanto sostenuto dalla dottrina, secondo cui gli arbitri hanno il compito di ripercorrere a ritroso la catena di società controllate e controllanti, fino a giungere alla fonte straniera del controllo:

---

<sup>135</sup> Cfr. E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2012, p. 100.

<sup>136</sup> Cfr. ICSID *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decisione sulla giurisdizione del 1 agosto 1984, par. 35-39.

“the search [for foreign control] should be pursued until foreign control by nationals of a Contracting State can be established. Once the appropriate foreign control has been found, the search should end”<sup>137</sup>. Tale visione, ovviamente, conduce a una notevole espansione della competenza dei Tribunali ICSID, i quali sono chiamati a negare la propria competenza sulla controversia solo dopo aver compiuto ogni sforzo nel tentativo di individuare tracce di un controllo straniero della società nazionale.

Infine, ai sensi dell’Articolo 25(2)(b) della Convenzione ICSID, l’individuazione di un controllo straniero non sarebbe in sé sufficiente a garantire la giurisdizione *ratione personae* sulla controversia; le parti infatti devono aver accettato tramite un accordo esplicito che, a conseguenza del controllo straniero sull’imprenditore locale, quest’ultimo debba essere considerato soggetto straniero ai fini dell’arbitrato sull’investimento. Ciononostante, non è raro che il Tribunale, qualora identifichi l’effettiva presenza di un controllo straniero, consideri l’accordo come presunto o implicito<sup>138</sup>. In pratica, dunque, i Tribunali arbitrali si accontentano del consenso delle parti a sottoporre la controversia alla giurisdizione ICSID<sup>139</sup>.

#### **4. Il consenso delle parti**

Il meccanismo di risoluzione delle controversie delineato dalla Convenzione è fondato su due rapporti giuridici distinti, ciascuno dei quali richiede un’espressione di consenso affinché l’arbitrato ICSID possa essere validamente attivato. La struttura a “doppio consenso” è, infatti, una delle caratteristiche tipiche dell’arbitrato così come disciplinato dalla Convenzione di Washington<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> Cfr. C. SCHREUER, *Commentary on the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, 1997, p. 123.

<sup>138</sup> Cfr. *ICSID Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Decisione del 31 marzo 1986, 2 *ICSID Reports*, p. 352: “it must be presumed where there exists foreign control, the agreement to treat the company in question as a foreign national is 'because' of this foreign control”. Alla stessa conclusione giunge il Tribunale in *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Cameroon*, ICSID ARB/81/2, Decisione del 21 ottobre 1983, 2 *ICSID Reports*, p. 16: “[T]he insertion of an ICSID arbitration clause by itself presupposes and implies that the parties (...) agreed to consider Socame (...) a company under foreign control”.

<sup>139</sup> Cfr. C. SCHREUER, *Commentary on the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, 1997, p. 103-104: “The cases on the second clause of Art. 25(2)(b) demonstrate that the tribunals have been extremely generous in construing an agreement on foreign nationality. (...) Basically, all that is needed is an agreement to consent to ICSID's jurisdiction”

<sup>140</sup> Cfr. B. M. CREMADES, *Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties* in, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st*

Il primo dei rapporti giuridici in questione è quello formatosi fra gli Stati che hanno ratificato la Convenzione, nel momento in cui essi hanno affermato la volontà di diventare Parti Contraenti. La ratifica rappresenta lo strumento di espressione del consenso dello Stato a essere vincolato dalle obbligazioni direttamente emergenti dal Trattato di Washington, quali ad esempio il dovere di astenersi dall'accordare la propria protezione diplomatica o sollevare rivendicazioni internazionali riguardo a una controversia che uno dei suoi cittadini e un altro Stato contraente abbiano – di comune intesa – deciso di sottoporre all'arbitrato ICSID<sup>141</sup>, ovvero l'obbligo di riconoscere come vincolanti le sentenze pronunciate da un Tribunale arbitrale ICSID<sup>142</sup>.

Il secondo rapporto giuridico è quello che si va a costituire fra l'investitore privato e lo Stato ospite, al sorgere di una controversia. La ratifica della Convenzione di Washington non impone allo Stato contraente né ai suoi cittadini alcun obbligo di avvalersi del meccanismo di risoluzione del Centro. Il paragrafo finale del Preambolo della Convenzione afferma infatti che “*no Contracting State shall by mere fact of its ratification (...) of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration*”<sup>143</sup>. Gli Stati firmatari della Convenzione, così come i loro cittadini – in qualità di investitori – sono infatti liberi di decidere se e in che modo dare il proprio consenso alla competenza dei Tribunali arbitrali. È questo il motivo per cui il consenso è solitamente definito dal *Report* dei Direttori Esecutivi della Banca Mondiale come “*the cornerstone of the jurisdiction of the Centre*”<sup>144</sup>.

Salvo espressa previsione contraria, il consenso delle parti alla giurisdizione ICSID esclude qualsiasi altro rimedio per la soluzione della controversia<sup>145</sup>.

---

Century, Colonia, 2001, p. 152-154. Sull'argomento, si veda inoltre U. GRUSIC, *The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, in *10 Journal of World Investment & Trade*, 2009, p. 71.

<sup>141</sup> Cfr. Convenzione ICSID, Articolo 27(1)

<sup>142</sup> Cfr. Convenzione ICSID, Articolo 54(1).

<sup>143</sup> Al riguardo, si veda anche ICSID *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Decisione del 21 febbraio 1997, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0028.pdf>, par. 5.23.

<sup>144</sup> Cfr. *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention*, in *1 ICSID Reports*, par. 23.

<sup>145</sup> Cfr. Convenzione ICSID, Articolo 26. Di conseguenza, nessuna delle parti controvertenti è legittimata ad intraprendere un procedimento giudiziario o arbitrale diverso dall'arbitrato in sede ICSID, né può richiedere a una corte nazionale la sospensione di un procedimento ICSID già cominciato.

Il consenso delle parti controvertenti deve esistere al momento della registrazione della richiesta di conciliazione o di arbitrato presso il Centro<sup>146</sup>. Tale consenso, ai sensi dell'Articolo 25(1) della Convenzione, deve essere espresso in forma scritta, ma non si richiede una qualche formula rituale o solenne per la sua valida formulazione<sup>147</sup>.

La manifestazione del consenso può essere contenuta in un accordo a sé stante, concluso fra l'investitore privato e lo Stato ospite, avente ad oggetto la risoluzione di controversie future ovvero controversie già sorte in precedenza. La situazione più comune, peraltro, vede l'espressione del consenso tramite l'inclusione di un'apposita clausola compromissoria all'interno del contratto di investimento, cosicché le controversie derivanti dall'accordo stesso siano ricomprese nella giurisdizione ICSID.

Ciononostante, il consenso delle due parti risulta perfettamente valido anche qualora non sia contenuto in un medesimo atto, bensì in strumenti giuridici separati. Nel caso *Amco v. Indonesia*<sup>148</sup>, ad esempio, il Tribunale concluse che il consenso all'arbitrato ICSID, espresso dall'attore in una domanda di investimento approvata successivamente dallo Stato ospite, fosse sufficiente ai fini della giurisdizione arbitrale ICSID.

Il consenso può essere espresso anche indirettamente, facendo riferimento a un altro strumento giuridico precedentemente concluso. Nel caso *CSOB*<sup>149</sup>, ad esempio, l'accordo di investimento siglato dall'investitore e dallo Stato ospite prevedeva che il contratto fosse governato "(...) *by the laws of the Czech Republic and the [BIT] between the Czech Republic and the Slovak Republic*". Il Tribunale affermò che tramite il riferimento al BIT concluso fra Repubblica Ceca e Repubblica Slovacca, le parti controvertenti avevano espresso l'intenzione di "incorporare" la clausola di risoluzione delle controversie del BIT all'interno del contratto di investimento, nonostante il trattato bilaterale in questione non fosse ancora entrato in vigore.

La giurisprudenza ICSID più recente, peraltro, mostra un progressivo passaggio dal consenso espresso direttamente in un accordo fra le due parti ad un'espressione del consenso per mezzo di un'offerta dello Stato ospite – aperta all'adesione degli

---

<sup>146</sup> Ciò in applicazione delle previsioni degli Articoli 28(3) e 36(3) della Convenzione ICSID.

<sup>147</sup> Cfr. ICSID *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decisione sulla Giurisdizione del 25 settembre 1983.

<sup>148</sup> *Ibidem*.

<sup>149</sup> Cfr. ICSID *Ceskoslovenska obchodni banka, A.S. v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decisione sulla Giurisdizione del 24 maggio 1999, par. 49-55.

investitori stranieri – di affidare la risoluzione delle controversie sugli investimenti esteri alla giurisdizione del Centro<sup>150</sup>. Una simile offerta unilaterale può ritrovarsi all'interno della legislazione nazionale di promozione degli investimenti<sup>151</sup> o in trattati di investimento bilaterali<sup>152</sup> e multilaterali<sup>153</sup> di cui lo Stato ospite e lo Stato nazionale dell'investitore siano firmatari. Si consideri, tuttavia, che l'ampiezza delle “*standing offers*” proposte dagli Stati nelle legislazioni nazionali e nei trattati internazionali varia significativamente di caso in caso.

Un investitore privato, quindi, può acconsentire all'offerta tramite un'accettazione scritta indirizzata allo Stato ospite<sup>154</sup>, ovvero semplicemente con una dichiarazione espressa al momento della richiesta di arbitrato presso il Centro<sup>155</sup>. In tali situazioni l'accordo sul consenso a sottoporre le controversie sugli investimenti (presenti o future) all'arbitrato ICSID si considera perfezionato nel momento in cui all'offerta “aperta” dello Stato ospite segue il consenso – differito – dell'investitore. Si parla, in questo caso, di “*arbitration without privity*”<sup>156</sup>.

Il consenso alla giurisdizione del Centro è vincolante: una volta che è stato dato da entrambe le parti controvertenti, non può essere ritirato unilateralmente<sup>157</sup>. Per questo

---

<sup>150</sup> Cfr. U. GRUSIC, *The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, in *10 Journal of World Investment & Trade*, 2009, p. 72: l'autore evidenzia come nel 2007 di 37 casi registrati presso il Centro, ben 32 erano basati sul meccanismo dell'offerta statale tramite trattato d'investimento, mentre solo 6 vedevano il consenso espresso nel contratto di investimento concluso fra le due parti.

<sup>151</sup> Cfr. ICSID *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decisione sulla Giurisdizione del 27 Novembre 1985.

<sup>152</sup> Cfr. ICSID *Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Decisione del 27 giugno 1990.

<sup>153</sup> Cfr. Articolo 1120 del *North American Free Trade Agreement (NAFTA)*; Articolo 26(4) dell'*Energy Charter Treaty (ECT)*; Articolo 9 del Protocollo di Colonia sulla promozione reciproca e protezione degli investimenti entro il MERCOSUR.

<sup>154</sup> Cfr. ICSID *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decisione sulla Giurisdizione del 27 Novembre 1985, in cui l'attore inviò una lettera al convenuto un anno prima dell'inizio del procedimento arbitrale, riservandosi di accettare l'offerta di arbitrato ICSID prevista dall'Articolo 8 della legge sugli investimenti stranieri egiziana: “we hereby notify you that we accept and reserve the opportunity of availing ourselves of the uncontested jurisdiction of [the Centre], which is open to us as a result of [Art. 8 of the Law]”.

<sup>155</sup> Cfr. ICSID *Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/94/2, Decisione sulla Giurisdizione del 24 dicembre 1996 e ICSID *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Decisione del 21 febbraio 1997

<sup>156</sup> Cfr. J. PAULSSON, *Arbitration Without Privity*, in *10 ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, 1995, p. 232

<sup>157</sup> Cfr. Convenzione ICSID, Articolo 25(1). Si veda inoltre ICSID *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica*, ICSID Case No. ARB/74/2, Decisione sulla Giurisdizione del 6 luglio 1975, consultabile sul sito <http://internationalinvestmentlawmaterials.blogspot.it/2011/09/alcoa-minerals-of-jamaica-inc-v-jamaica.html>. Il Governo giamaicano rifiutò il procedimento arbitrale ICSID sulla base di una dichiarazione *ex post*, con la quale affermava di aver già ritirato il proprio consenso alla

motivo, gli investitori solitamente dichiarano di accettare le “*standing offers*” concesse dagli Stati ospiti ancor prima che siano effettivamente sorte delle controversie sugli investimenti. Una volta che il consenso è perfezionato, esso diviene irrevocabile anche nel caso in cui la legislazione nazionale venga modificata, i trattati internazionali non siano più in vigore o lo Stato Contraente denunci la Convenzione di Washington<sup>158</sup>.

Le parti possono acconsentire a sottoporre alla giurisdizione ICSID tutte le controversie relative al rapporto di investimento che le lega, oppure limitare gli effetti del proprio consenso ad un lasso di tempo predefinito, ovvero fare riferimento soltanto a determinate classi di controversie<sup>159</sup>. In aggiunta a ciò, uno Stato Contraente può porre un consenso condizionato: le condizioni generalmente consistono in alcuni passaggi procedurali che devono essere necessariamente intrapresi prima dell’inizio del procedimento arbitrale. Per esempio, lo Stato ospite può richiedere come condizione dell’accettazione della giurisdizione arbitrale il previo esaurimento dei rimedi interni giudiziari o amministrativi, o viceversa può imporre all’investitore la scelta alternativa fra il giudizio di fronte alle corti nazionali oppure l’arbitrato internazionale (la c.d. clausola “*fork in the road*”). Particolarmente diffusa nei BITs è la richiesta di intraprendere una serie di consultazioni e negoziazioni per un periodo minimo di tempo prima di azionare il meccanismo arbitrale, in modo tale da tentare una risoluzione amichevole della controversia<sup>160</sup>.

I Tribunali ICSID si sono sempre dimostrati assai propensi a riconoscere con una certa facilità l’esistenza del requisito del consenso alla giurisdizione arbitrale del Centro, così da poter estendere la propria giurisdizione sulle controversie loro proposte. Il principio dell’*arbitration without privity* – riconosciuto dai Tribunali ICSID di *SPP v. Egitto* e *AAPL v. Sri Lanka* – ne è un chiaro esempio: inizialmente contestato in modo aspro dalla dottrina, è oggi un principio cardine dell’arbitrato ICSID ed è pacificamente accettato dalla giurisprudenza arbitrale. Nel caso *CSOB v. Repubblica Slovacca*, gli arbitri fecero applicazione di una clausola di soluzione delle

---

giurisdizione ICSID su determinate classi di controversie. Il Tribunale, tuttavia, negò che la Giamaica potesse ritirare unilateralmente il proprio consenso: la dichiarazione unilaterale, dunque avrebbe avuto efficacia solo per il futuro.

<sup>158</sup> Cfr. Convenzione ICSID, Articolo 72.

<sup>159</sup> Cfr. Convenzione ICSID, Articolo 25(4).

<sup>160</sup> Sull’argomento, si veda A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY e C. PARTASIDES, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londra, 2004, p. 576.

controversie contenuta in un BIT non ancora in vigore pur di riconoscere la propria competenza. Infine, a conferma della tendenza sinora evidenziata, nel caso *Maffezini v. Spagna*<sup>161</sup> gli arbitri giunsero ad affermare l'applicabilità delle clausole di "nazione più favorita" (*most-favoured-nation clauses*, o MFN) anche in riferimento alle condizioni poste, dallo Stato ospite, al proprio consenso all'arbitrato ICSID.

---

<sup>161</sup> Cfr. *ICSID Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisione del 13 novembre 2000.

### CAPITOLO III: *Treaty Claims e Contract Claims*

#### 1. La distinzione fra le diverse categorie di *claims*

Caratteristica tipica del rapporto di investimento internazionale è la diversa natura dei soggetti che vi partecipano: da un lato l'investitore straniero, generalmente nella forma di persona giuridica di diritto privato; dall'altro lo Stato ospite dell'investimento. Da tale binomio privato-pubblico consegue la particolare disciplina giuridica del rapporto tra i due soggetti, specificamente riguardo alle fonti chiamate a disciplinare le relazioni fra l'investitore e lo Stato sovrano.

Come si è già avuto modo di sottolineare, per delineare il quadro giuridico completo di un investimento internazionale, è necessario tenere in considerazione la duplice natura, nazionale e internazionale, del rapporto di investimento. All'accordo di investimento, che lega direttamente i due soggetti nella forma di un contratto di diritto nazionale interno (generalmente dello Stato ospite), va aggiunto il piano internazionale del rapporto, da cui tuttavia l'investitore – non essendo soggetto di diritto internazionale – è escluso. Sotto il profilo internazionale, infatti il rapporto di investimento è regolato dalle norme di diritto internazionale che vincolano lo Stato ospite, siano esse derivanti da disposizioni di diritto consuetudinario o da trattati internazionali conclusi con altri soggetti di diritto internazionale. Gli *International Investment Agreements*, in particolare, hanno lo scopo di disciplinare tutti gli investimenti conclusi dallo Stato firmatario con gli investitori privati dell'altro Stato parte.

Tale varietà e molteplicità di fonti emerge con evidenza nel caso in cui fra investitore e Stato ospite sorga una controversia relativa ad un investimento. Laddove, infatti, tale controversia sia fondata su una pretesa collegata a una violazione del contratto di investimento (ossia un cosiddetto “*contract claim*”), la controversia giuridica è risolta adottando i mezzi di risoluzione previsti dal contratto stesso, il quale generalmente rimanda al giudice nazionale dello Stato ospite. In questo caso, il giudice sarà quindi chiamato ad applicare norme sostanziali e processuali nazionali. Nel caso in cui il contratto d'investimento contenga un'apposita clausola compromissoria, la

risoluzione della controversia può inoltre avere luogo tramite arbitrato internazionale, nella forma di arbitrato commerciale.

Come già sottolineato, tuttavia, il rapporto di investimento non è regolato unicamente dal contratto di investimento che lega direttamente le due parti controvertenti. Lo Stato ospite, infatti, è – in quanto membro della comunità internazionale – vincolato al rispetto delle norme di diritto internazionale, la cui violazione potrebbe comportare la responsabilità internazionale dello Stato stesso. Indipendentemente dal coinvolgimento di un soggetto privato, dunque, resta valida e vincolante per lo Stato ospite la normativa sulla responsabilità degli Stati, così come codificata nei *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati del 2001.

Innanzitutto, come affermato all'articolo 3 dei *Draft Articles*<sup>162</sup>, l'illiceità della condotta secondo il diritto internazionale non è collegata alla previsione del medesimo atto come illecito ai fini del diritto internazionale. Da ciò si possono dedurre due corollari: “*First, an act of a State cannot be characterized as internationally wrongful unless it constitutes a breach of an international obligation, even if it violates a provision of the State’s own law. Secondly and most importantly, a State cannot, by pleading that its conduct conforms to the provisions of its internal law, escape the characterization of that conduct as wrongful by international law. An act of a State must be characterized as internationally wrongful if it constitutes a breach of an international obligation, even if the act does not contravene the State’s internal law – even if, under that law, the State was actually bound to act in that way*”<sup>163</sup>. In sintesi, quindi, uno Stato deve essere ritenuto internazionalmente responsabile soltanto in caso sia stata accertata una violazione di obblighi internazionali a suo carico, indipendentemente dal rispetto (o meno) di norme interne dello stesso Stato.

---

<sup>162</sup> Cfr. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Parte 2; Articolo 3 “Characterization of an act of a State as internationally wrongful. The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.”

<sup>163</sup> Cfr. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Parte 2, Commento all'Articolo 3

La Corte Internazionale di Giustizia ha più volte fatto riferimento a tale principio<sup>164</sup>. Nel caso *ELSI*, ad esempio, una la Corte ha evidenziato che l'osservanza della legislazione nazionale e il rispetto dei trattati internazionali sono due questioni separate: “*What is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision. Even had the Prefect held the requisition to be entirely justified in Italian law, this would not exclude the possibility that it was a violation of the FCN Treaty*”<sup>165</sup>. Continua sempre la Corte: “...*the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise. A finding of the local courts that an act was unlawful may well be relevant to an argument that it was also arbitrary; but by itself, and without more, unlawfulness cannot be said to amount to arbitrariness (...) nor does it follow from a finding by a municipal court that an act was unjustified, or unreasonable, or arbitrary, that that act is necessarily to be classed as arbitrary in international law, though the qualification given to the impugned act by a municipal authority may be a valuable indication*”<sup>166</sup>. Il principio sopra esposto viene infine riproposto nella Convenzione di Vienna del 1969 sul Diritto dei Trattati, all'articolo 27: “*a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty*”.

Una violazione contrattuale da parte dello Stato ospite non comporta quindi necessariamente un illecito internazionale da parte dello stesso, in quanto la responsabilità internazionale appartiene a un ambito giuridico distinto.

Per lo stesso motivo, lo Stato sovrano non può giustificare il mancato rispetto degli obblighi internazionali con la necessità di attuazione alla normativa interna<sup>167</sup>: “*The rule that the characterization of conduct as unlawful in international law cannot be affected by the characterization of the same act as lawful in internal law makes no exception for cases where rules of international law require a State to conform to the*

---

<sup>164</sup> Cfr. a titolo di esempio ICJ *Fisheries (United Kingdom v. Norway)*, Sentenza del 18 dicembre 1951, *I.C.J. Reports* 1951, p. 116, p. 132; ICJ *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, Sentenza del 18 novembre 1953, *I.C.J. Reports* 1953, p. 111, p. 123.

<sup>165</sup> Cfr. ICJ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Sentenza del 20 luglio 1989, *I.C.J. Reports* 1989, p. 51, par. 74.

<sup>166</sup> Ivi, p. 74, par. 124

<sup>167</sup> Si veda in argomento J. CRAWFORD, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, Vol. 24, No.3, 2008.

*provisions of its internal law, for instance by applying to aliens the same legal treatment as to nationals. It is true that in such a case, compliance with internal law is relevant to the question of international responsibility. But this is because the rule of international law makes it relevant, e.g. by incorporating the standard of compliance with internal law as the applicable international standard or as an aspect of it. Especially in the fields of injury to aliens and their property and of human rights, the content and application of internal law will often be relevant to the question of international responsibility. In every case it will be seen on analysis that either the provisions of internal law are relevant as facts in applying the applicable international standard, or else that they are actually incorporated in some form, conditionally or unconditionally, into that standard”.*<sup>168</sup>

La disciplina della responsabilità internazionale esposta nel Progetto della Commissione di diritto internazionale trova applicazione al rapporto di investimento anche in riferimento ai criteri di attribuzione allo Stato ospite di una determinata condotta. In primo luogo, analogamente a quanto affermato in materia di illiceità, anche per l’attribuzione è necessario distinguere nettamente fra responsabilità statale sulla base della disciplina interna nazionale e responsabilità internazionale<sup>169</sup>. Pertanto, può essere che lo Stato sia ritenuto responsabile di una condotta sulla base delle norme di diritto internazionale anche laddove il diritto nazionale interno dello Stato in questione attribuisca la medesima condotta ad un ente locale giuridicamente distinto<sup>170</sup>.

Parimenti irrilevante ai fini dell’attribuzione della responsabilità internazionale è la qualificazione della condotta quale atto “*iure gestionis*” ovvero “*iure imperii*”. Citando il Commento all’articolo 4 del *Draft Articles*, “*it is irrelevant for the purposes of attribution that the conduct of a State organ may be classified as ‘commercial’ or as*

---

<sup>168</sup> Cfr. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Parte 2, Commento all’Articolo 3 par. 7

<sup>169</sup> Cfr. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Articolo 4. “Conduct of organs of a State. 1) The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State”.

<sup>170</sup> Si veda M.R. MAURO, *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, p.728 ss.

acta iure gestionis. *Of course, the breach by a State of a contract does not as such entail a breach of international law. Something further is required before international law becomes relevant, such as a denial of justice by the courts of the State in proceedings brought by the other contracting party. But the entry into or breach of a contract by a State organ is nonetheless an act of the State for the purposes of article 4, and it might in certain circumstances amount to an internationally wrongful act*<sup>171</sup>. Dunque, una violazione contrattuale da parte di uno Stato, pur non configurando *per se* un illecito internazionale secondo i citati principi di illiceità della condotta, è senz'altro un atto attribuibile allo Stato stesso ai fini del diritto internazionale.

Da tali considerazioni risulta quindi che, accanto alle tradizionali pretese derivanti da violazioni contrattuali, l'investitore straniero potrà far valere in capo allo Stato ospite anche le violazioni del rapporto di investimento configurabili come illecito internazionale, in quanto contrastanti con norme consuetudinarie ovvero convenzionali. Laddove le pretese non trovino più origine nel contratto di investimento, bensì siano fondate sulle presunte violazioni di obblighi previsti da un trattato internazionale di investimento, si parla di "*treaty claims*", il cui scopo è stabilire la responsabilità internazionale dello Stato ospite.

Se per i *contract claims* il foro competente è quello previsto dal contratto di investimento (generalmente il giudice nazionale dello Stato ospite), lo stesso non si può dire anche per i *treaty claims*.

In origine, la concezione del diritto internazionale come ordinamento strettamente limitato agli Stati sovrani ha avuto come corollario l'esclusione dell'investitore privato da ogni mezzo di risoluzione delle controversie sugli investimenti internazionali<sup>172</sup>. La difesa degli interessi privati avveniva esclusivamente per mezzo della protezione diplomatica, attraverso la mediazione dello Stato nazionale dell'investitore. Si trattava tuttavia di una tutela meramente indiretta, fondata sul principio per cui la violazione degli interessi privati di un cittadino straniero ad opera di un intervento governativo –

---

<sup>171</sup> Cfr. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Parte 2, Commento all'Articolo 4 par. 6.

<sup>172</sup> Sull'argomento, si veda STEPHAN W. SCHILL, *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties* in *18 Minn. J. Int'l L.* 1, 2009.

quale un'espropriazione o un atto lesivo arbitrario – costituisse innanzitutto una lesione degli interessi dello Stato nazionale dell'investitore.<sup>173</sup>

L'istituto della protezione diplomatica si è dimostrato storicamente inadeguato per la risoluzione delle controversie derivanti dagli accordi internazionali di investimento. Innanzitutto, lo Stato che agisce per protezione diplomatica esercita una propria facoltà, non un obbligo, secondo il diritto internazionale. L'investitore può fare quindi appello al proprio governo nazionale, il quale tuttavia gode di un ampio margine di discrezionalità al riguardo<sup>174</sup>. Inoltre, anche dopo aver accolto la richiesta di protezione, lo Stato nazionale dell'investitore mantiene la piena disponibilità dei diritti del proprio cittadino, essendo legittimato a rinunciare all'azione o transigere anche senza l'accordo dell'investitore<sup>175</sup>. Infine è lo Stato, in quanto parte della controversia internazionale con lo Stato ospite dell'investimento, a ricevere l'eventuale riparazione. Anche in questo caso, nessuna norma di diritto internazionale vincola lo Stato a trasferire un eventuale risarcimento al soggetto privato concretamente danneggiato<sup>176</sup>. A tutto ciò si deve aggiungere inoltre che la protezione diplomatica può avere luogo solamente una volta esauriti, da parte dell'investitore, tutti i mezzi di risoluzione forniti dall'ordinamento interno dello Stato ospite<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> Tale principio trova espressione nella sentenza della PCIJ "*Mavrommatis Palestine Concessions*", dove la Corte mise a confronto il rapporto investitore-Stato ospite con quello interstatale, distinguendoli in maniera netta sulla base dei diversi ordinamenti legali che li disciplinano (rispettivamente, il diritto nazionale interno e il diritto internazionale): "[b]y taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights-its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law. (...) Once a State has taken up a case on behalf of one of its subjects before an international tribunal, in the eyes of the latter the State is sole claimant. The fact that Great Britain and Greece are the opposing Parties to the dispute arising out of the Mavrommatis concessions is sufficient to make it a dispute between two States". PCIJ, *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK)*, 1924 P.C.I.J. (ser. A) No. 2, p.12; vedi anche ICJ *Barcelona Traction, Light and Power Co. (Belgium v. Spain)*, 1970 I.C.J. p.3, par. 46-47; ICJ *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*, 1955 I.C.J. 4, p.24

<sup>174</sup> Cfr. ICJ *Barcelona Traction, Light and Power Co*, p. 44, dove la Corte Internazionale afferma: "The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case"; Allo stesso modo, la maggior parte degli ordinamenti nazionali non obbliga lo Stato ad agire in protezione diplomatica dei propri cittadini. Si vedano, per esempio, *Kaunda v. President of the Republic of S. Afr.*, in *44 International Law Materials*, 2005, p. 173; *Abbasi v. Secretary of State for the Home Department*, 2002, E.W.C.A. Civ. 1598, in *126 International Law Report*, p. 685; *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 55, 349 (1980), in *90 International Law Report*, p. 387.

<sup>175</sup> Si veda E. BORCHARD, in *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, 1915, p. 366-375.

<sup>176</sup> Ivi, p. 356-359.

<sup>177</sup> Sull'argomento, si veda C.F. AMERASINGHE, in *Local remedies in international law*, 2005.

Considerando la disciplina della protezione diplomatica brevemente sovraesposta, pertanto, appare con evidenza l'inadeguatezza di tale strumento come mezzo di risoluzione delle controversie tra l'investitore e lo Stato ospite in merito alle violazioni di diritto internazionale. I limiti della protezione diplomatica sono stati superati dall'introduzione dei cosiddetti "*Investor-State Dispute Settlement proceedings*" (ISDS), previsti dagli *International Investment Agreements*. I procedimenti di ISDS consentono all'investitore di agire direttamente nei confronti dello Stato ospite a seguito di presunte violazioni degli obblighi internazionali contenuti nell'IIA concluso fra l'*home State* e l'*host State*.<sup>178</sup>

Secondo la prassi consolidata negli ultimi decenni, lo strumento principe per avanzare i *treaty claims* è diventato, quindi, l'arbitrato internazionale. In particolare, questo assume la forma di *treaty based arbitration*, un arbitrato – quale può essere l'arbitrato ICSID – che trova il suo fondamento in trattati internazionali di investimento bilaterali (i numerosi BITs conclusi nel corso degli ultimi decenni fra i vari Stati della comunità internazionale) o regionali (quale è, ad esempio, il NAFTA)<sup>179</sup>.

Sulla base di quanto sottolineato fino ad ora, quindi, è possibile affermare che *treaty* e *contract claims* conducano a due categorie distinte di controversie, alle quali si applicano diverse fonti del diritto e destinate a essere discusse in *fori* differenti. La stessa giurisprudenza dei Tribunali ICSID è concorde nell'affermare tale principio. Il Comitato di Annullamento del caso *Vivendi*, dopo aver citato direttamente l'articolo 3 del *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* e il relativo Commento, ne trae le seguenti conclusioni: "*As to the relation between breach of contract and breach of treaty in the present case, it must be stressed that Articles 3 and 5 of the BIT do not relate directly to breach of a municipal contract. Rather they set an independent standard. A State may breach a treaty without breaching a contract, and vice versa, and this is certainly true of these provisions of the BIT. (...) In accordance with this general principle (which is undoubtedly declaratory of general international law), whether there has been a breach of the BIT and whether there has*

---

<sup>178</sup> Si veda al riguardo CATHERINE YANNACA SMALL, *Improving the System of Investor-state Dispute Settlement: An Overview* in *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2006/1, p.184.

<sup>179</sup> Su tale argomento si veda M.R. MAURO, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003.

*been a breach of contract are different questions. Each of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law—in the case of the BIT, by international law; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract, in other words, the law of Tucumán. For example, in the case of a claim based on a treaty, international law rules of attribution apply, with the result that the state of Argentina is internationally responsible for the acts of its provincial authorities. By contrast, the state of Argentina is not liable for the performance of contracts entered into by Tucumán, which possesses separate legal personality under its own law and is responsible for the performance of its own contracts”*<sup>180</sup>. La posizione del Comitato di Annullamento del caso *Vivendi* sarà successivamente richiamata e fatta propria da numerosi Tribunali ICSID<sup>181</sup>.

La distinzione finora delineata fra *contract claims* e *treaty claims* sembra quindi creare una separazione netta fra la giurisdizione – rispettivamente – delle corti nazionali e i tribunali arbitrali *treaty-based*. In realtà, la situazione risulta essere decisamente più complessa e diversificata.

---

<sup>180</sup> Cfr. ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, decisione sull’annullamento del 3 luglio 2002, consultabile nel sito [http://www.italaw.com/documents/vivendi\\_annulEN.pdf](http://www.italaw.com/documents/vivendi_annulEN.pdf), par. 95, 96.

<sup>181</sup> Cfr., ad esempio, ICSID, *Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, decisione sulla giurisdizione dell’8 dicembre 2003, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0060.pdf>, par. 76, dove il Tribunale sostiene: “The investment dispute which the Claimant has put before this Tribunal invokes obligations owed by the Respondent to Claimant under the BIT and it is based on a different cause of action from a claim under the Contract Documents. Even if the dispute as presented by the Claimant may involve the interpretation or analysis of facts related to performance under the Concession Agreement, the Tribunal considers that, to the extent that such issues are relevant to a breach of the obligations of the Respondent under the BIT, they cannot per se transform the dispute under the BIT into a contractual dispute”. Un ulteriore autorevole lodo al riguardo è dato in ICSID, *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decisione sulla giurisdizione del 22 aprile 2005, consultabile al sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf>, par. 210, laddove gli arbitri rimarcano: “a clear distinction exists between the responsibility of a State for the conduct of an entity that violates international law (e.g. a breach of Treaty), and the responsibility of a State for the conduct of an entity that breaches a municipal law contract (i.e. Impregilo’s Contract Claims). As noted by the ad hoc Committee in its decision on annulment in *Compañía de Aguas del Aconquija and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, the international law rules on State responsibility and attribution apply to the former, but not the latter”.

## 2. *Treaty claims* derivanti da violazioni contrattuali

Il fatto che sia possibile differenziare le due diverse categorie di *claims* non significa che sia altrettanto semplice operare in ogni singola controversia la separazione fra violazione di un obbligo di diritto internazionale e violazione contrattuale.

Si pensi, ad esempio, ad un caso di espropriazione dei diritti contrattuali dell'investitore ad opera dello Stato ospite. È opinione ormai consolidata che, in base al diritto internazionale consuetudinario, all'espropriazione operata dallo Stato ospite debba necessariamente seguire la compensazione a vantaggio dell'investitore straniero<sup>182</sup>. Nella giurisprudenza internazionale è inoltre consolidato che l'espropriazione (o la misura avente effetto ad essa equivalente) possa avere ad oggetto non solo diritti reali, bensì anche diritti di natura obbligatoria previsti nel contratto di investimento fra Stato e investitore<sup>183</sup>. In questo caso, quindi, la linea di demarcazione fra violazione di un obbligo internazionale (l'espropriazione illegittima) e contrattuale (la lesione dei diritti garantiti da un contratto) appare più labile, se non del tutto assente.

A tal proposito, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale, nel caso *German Interests in Polish Upper Silesia and the Factory at Chorzów*, affermò che la chiusura della fabbrica a Chorzów e il blocco dei macchinari ad opera dello Stato polacco costituì un'espropriazione dei diritti di proprietà intellettuale e contrattuali dell'azienda tedesca, anche se le intenzioni del Governo polacco non erano quelle di operare un'espropriazione di beni immateriali<sup>184</sup>. Nel caso *Schufeldt*, il Governo del Guatemala decise unilateralmente di annullare un contratto di concessione concluso in precedenza con un investitore privato statunitense. Nel considerare se Schufeldt avesse acquisito diritti di proprietà a seguito della firma del contratto di concessione, ai fini dell'indennizzo pecuniario, il Tribunale trovò che “[t]here can not be any doubt that

---

<sup>182</sup> Cfr. BRICE M. CLAGETT, *Just Compensation in International Law: The Issues Before the Iran-United States Claims Tribunal*, in *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, Vol. IV, Charlottesville, Virginia, 1987.

<sup>183</sup> Si veda al riguardo: S.A. ALEXANDROV, *Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, in *The Journal of World Investment & Trade*, p.555

<sup>184</sup> Cfr. PCIJ *German Interests in Polish Upper Silesia and the Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*, Decisione n. 7 del 25 maggio 1926, 1926 P.C.I.J. 4, Series A, No. 7, p. 44

*property rights are created under and by virtue of a contract*”<sup>185</sup>. Nel caso *Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran*, il Tribunale Iran-Stati Uniti affermò che l’espropriazione facesse sorgere il dovere di compensare il soggetto danneggiato “*whether the expropriation is formal or de facto and whether the property is tangible, such as real estate or a factory, or intangible, such as the contractual rights involved in the present Case*”<sup>186</sup>.

La stessa giurisprudenza ICSID è concorde nell’evidenziare come da una violazione contrattuale possa derivare una pretesa di risarcimento per avvenuta espropriazione, sulla quale fondare la propria giurisdizione<sup>187</sup>. Nel caso *SPP v. Egitto*, il Tribunale arbitrale affermò chiaramente che l’investitore straniero aveva diritto ad un indennizzo per i danni subiti a seguito dell’espropriazione dei propri diritti contrattuali ad opera del Governo egiziano: “*the Tribunal [cannot] accept the argument that the term ‘expropriation’ applies only to jus in rem. The Respondent’s cancellation of the project had the effect of taking certain important rights and interests of the Claimants. (...) Clearly, those rights and interests were of a contractual rather than in rem nature. However, there is considerable authority for the proposition that contract rights are entitled to the protection of international law and that the taking of such rights involves an obligation to make compensation therefore*”<sup>188</sup>.

---

<sup>185</sup> ICJ *Schufeldt Claim (U.S.A. v. Guatemala)*, II Report of International Arbitral Awards 1081, 1949, p. 1097.

<sup>186</sup> Cfr. Iran-US Claims Tribunal, *Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran et al.*, 21 IRAN-U.S. C.T.R., p.79, par. 76

<sup>187</sup> Cfr. ICSID *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case N. ARB(AF)/99/2, Decisione dell’11 ottobre 2002, par. 98: “In the Tribunal’s view, there can be no doubt on the point. Many of the decisions cited by the parties as relevant to the scope of the standard involved intangible property, including contract claims. Moreover, it is clear that the protection afforded by the prohibition against expropriation or equivalent treatment in Article 1110 can extend to intangible property interests, as it can under customary international law. In the Tribunal’s view, there is no reason for reading Article 1105(1) any more narrowly”.

Va specificato, tuttavia, che l’espropriazione di diritti contrattuali non può essere utilizzata dagli investitori come espediente per estendere la giurisdizione dei Tribunali ICSID ad ogni violazione del contratto di investimento da parte dello Stato ospite. In ICSID *Waste Management v. Messico*, ICSID Case N° ARB(AF)/00/3, Decisione del 30 aprile 2004, par.177-178, il Tribunale conclude al riguardo in tal senso: “it is one thing to expropriate a right under a contract and another to fail to comply with the contract. Non-compliance by a government with contractual obligations is not the same thing as, or equivalent or tantamount to, an expropriation. (...) Rather it is necessary to show an effective repudiation of the right, unredressed by any remedies available to the Claimant, which has the effect of preventing its exercise entirely or to a substantial extent”. Per un ulteriore approfondimento al riguardo, si veda il paragrafo 3.3 del presente capitolo.

<sup>188</sup> Cfr. ICSID *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case n. ARB/84/3, Decisione sul merito del 20 maggio 1992, par. 164.

In sintesi, nonostante la distinzione riscontrabile fra *treaty* e *contractual cause of action*<sup>189</sup>, è generalmente accettato che i *treaty claims* possano trovare origine dall'inadempimento di obblighi contrattuali, laddove il risultato finale sia la violazione delle disposizioni convenzionali del trattato di investimento.

I Tribunali ICSID sono concordi nel considerare irrilevante, ai fini del riconoscimento della propria competenza, il fatto che le violazioni delle norme contenute nei BITs trovino la loro origine nel mancato rispetto di disposizioni contrattuali. Nella decisione sull'annullamento del lodo *Vivendi v. Argentina*, il Comitato di Annullamento evidenziò che una stessa situazione fattuale “*may indeed be the basis for a claim for breach of the contract and another with the purpose of engaging the international responsibility of the State*”<sup>190</sup>. Il Tribunale di *SGS v. Pakistan*, invece, sottolineò al riguardo che “[a]s a matter of general principle, the same set of facts can give rise to different claims grounded on differing legal orders: the municipal and the international legal orders”<sup>191</sup>. Nel caso *SGS v. Filippine*, il Tribunale seguì il medesimo ragionamento, affermando che un tribunale *treaty-based* avrebbe dovuto rivendicare la propria competenza su ogni accusa che, se dimostrata in giudizio, avrebbe potuto costituire una violazione del BIT<sup>192</sup>. A proprio sostegno il Tribunale citò in maniera estesa la decisione del Comitato di Annullamento del caso *Vivendi*: “[T]he conduct alleged by Claimants, if established, could have breached the BIT. The claim was not simply reducible to so many civil or administrative law claims concerning so many individual acts alleged to violate the Concession Contract (...) It was open to Claimants to claim, and they did claim, that these acts taken together, or some of them, amounted to a breach of Articles 3 and/or 5 of the BIT.”<sup>193</sup> Infine, gli

---

<sup>189</sup> Cfr. ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002, par. 113: “A Treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the relevant treaty standards. Thus, in choosing to commence an ICSID arbitration, the Claimant takes the risk of a Tribunal holding that the acts complained of neither individually nor collectively rose to the level of a breach of the BIT.”

<sup>190</sup> Cfr. E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Parigi, 2004, p. 759.

<sup>191</sup> Cfr. ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>, par. 147.

<sup>192</sup> Cfr. ICSID, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>, par. 157.

<sup>193</sup> Cfr. ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002, par. 112.

arbitri dei casi ICSID *Camuzzi e Sempra v. Argentina* confermarono tale posizione. In queste due controversie, che sorsero a seguito delle misure di emergenza adottate dal governo argentino nel 2001 e 2002 a seguito della crisi economica e finanziaria, lo Stato ospite avanzò un'eccezione alla competenza del Tribunale ICSID, sostenendo che le pretese dell'investitore fossero fondate sul contratto di concessione. Gli arbitri, facendo riferimento alla giurisprudenza esposta in precedenza, affermarono che anche qualora il *claim* avanzato dall'investitore trovasse fondamento nella violazione di un'obbligazione contrattuale, ciò non avrebbe costituito in alcun modo un ostacolo all'esercizio della giurisdizione da parte del tribunale arbitrale<sup>194</sup>.

Nel caso in cui il *treaty claim* avanzato dall'investitore abbia avuto origine da una violazione del contratto di investimento, per decidere in merito alla pretesa fondata sul BIT il Tribunale sarebbe tenuto dapprima a constatare se il contratto fra le parti controvertenti era stato effettivamente violato. Questo avrebbe richiesto, da parte degli arbitri, un'analisi elaborata e dettagliata del contratto di investimento e delle obbligazioni da esso derivanti<sup>195</sup>.

A tal proposito, il Comitato di Annullamento del caso *Vivendi* sottolineò che se un tribunale arbitrale *treaty-based* si fosse trovato nella situazione di dover decidere in merito a un *treaty claim* fondato su una violazione contrattuale, non avrebbe potuto esimersi dal prendere una decisione semplicemente perché ciò avrebbe richiesto un'analisi del contratto stesso. Evidente è la critica nei confronti del Tribunale del caso *Vivendi*, che per l'appunto si rifiutò di decidere “*key aspects of the Claimants' BIT claims on the ground that they involved issues of contractual performance or non-performance*”<sup>196</sup>. La conclusione del Comitato di Annullamento è in linea con la prassi dei giudici internazionali di interpretare i contratti e il diritto nazionale laddove ciò sia necessario. Ad esempio, nonostante l'articolo 38(1) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia preveda esplicitamente che la funzione della Corte sia

---

<sup>194</sup> Cfr. ICSID, *Camuzzi International S.A. v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/2, Decisione sulla Giurisdizione dell'11 maggio 2005 ('Camuzzi v Argentina 1'), par. 83 e Cfr. ICSID, *Sempra Energy International v The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/16, Decisione sulla giurisdizione dell'11 maggio 2005, par. 95.

<sup>195</sup> Sull'argomento si veda S.A. ALEXANDROV, *Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, in *The Journal of World Investment & Trade*, p.562

<sup>196</sup> Cfr. ICSID, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002, par. 108.

decidere conformemente al diritto internazionale, la Corte Internazionale ha più volte evidenziato di essere tenuta a risolvere questioni di diritto interno e di interpretazione di contratti qualora ciò sia un presupposto necessario per decidere in merito a una controversia di diritto internazionale<sup>197</sup>.

Concludendo, è importante osservare come nei casi finora accennati i tribunali internazionali abbiano affermato la propria giurisdizione su una presunta violazione contrattuale, ma in ultima analisi la reale pretesa dell'attore resta sempre fondata sul diritto internazionale.

Nel caso dell'arbitrato *treaty-based*, dunque, si parlerebbe a tutti gli effetti di *treaty claims*, generalmente incentrati sulla violazione di norme dei BITs. La distinzione fra *treaty* e *contract claim*, infatti, non viene meno: coesistono due diverse violazioni derivanti da medesimo atto illecito (secondo diritto nazionale e internazionale). Come affermato dal Tribunale arbitrale del caso *Noble Ventures v. Romania*, “*inasmuch as a breach of contract at the municipal level creates at the same time the violation of one of the principles existing either in customary international law or in treaty law applicable between the host State and the State of the nationality of the investor, it will give rise to the international responsibility of the host State. But that responsibility will co-exist with the responsibility created in municipal law and each of them will remain valid independently of the other, a situation that further reflects the respective autonomy of the two legal systems (municipal and international) each one with regard to the other*”<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup> Si veda, per esempio: P.C.I.J., *German Settlers in Poland*, Parere Consultivo del 10 settembre 1923, 1923 P.C.I.J. 6, Series B, No. 6; P.C.I.J., *The Mavrommatis Jerusalem Concessions* (Grecia v. UK), Decisione del 26 marzo 1925, 1925 P.C.I.J. 6, Series A, No. 5; P.C.I.J., *German Interests in Polish Upper Silesia and the Factory at Chorzów* (Germania v. Polonia), Decisione n. 7 del 25 maggio 1926, 1926 P.C.I.J. 4, Series A, No. 7; P.C.I.J., *Serbian Loans Case* (Francia v. Serbia), Sentenza No. 14 del 12 luglio 1929, 1929 P.C.I.J. 5, Series A, Nos. 21 and 22; P.C.I.J., *Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Issued in France* (Francia v. Brasile), Sentenza No. 15 del 12 luglio 1929, 1929 P.C.I.J. 93, Series A, Nos. 21 and 22; P.C.I.J., *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City*, Parere Consultivo del 4 dicembre 1935, 1935 P.C.I.J. 41, Series A/B, No. 65; P.C.I.J., *The Panevezys-Saldutiskis Railway Case* (Estonia v. Lituania), Decisione del 28 febbraio 1939, 1939 P.C.I.J. 4, Series A/B, No. 76. Sull'argomento si veda inoltre, C. WILFRED JENKS, *The Prospects of International Adjudication*, Dobbs Ferry, New York, 1964, p. 572-573.

<sup>198</sup> Cfr. ICSID, *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Decisione del 12 ottobre 2005, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>, par. 53.

### 3. Claims derivanti da atti di natura commerciale o sovrana

I Tribunali ICSID dei casi *Impregilo v. Pakistan*<sup>199</sup> e *Bayindir v. Pakistan*<sup>200</sup>, riguardanti contratti di costruzione rispettivamente di una diga e di un'autostrada, confermano la giurisprudenza esposta sinora. Il Tribunale del caso *Bayindir v. Pakistan* definì infatti ormai “ben consolidato” il principio secondo il quale *treaty* e *contract claims* siano giuridicamente distinti anche qualora sorgano da un medesimo fatto<sup>201</sup>. In entrambe le occasioni, tuttavia, gli arbitri hanno sottolineato che non ogni violazione di un contratto può automaticamente elevarsi al grado di illecito internazionale: affinché si possa parlare di violazione del BIT, infatti, l'inadempimento contrattuale deve essere il risultato di un comportamento che va al di là dei rapporti ordinari fra parti contraenti<sup>202</sup>. Con tale espressione gli arbitri fanno riferimento all'esercizio, possibile solo agli Stati, della propria autorità sovrana (“*puissance publique*”) al fine di non adempiere alle obbligazioni imposte dal contratto di investimento. Di converso, atti di natura strettamente commerciale, compiuti dallo Stato ospite in qualità di semplice parte contraente e non nelle vesti di ente sovrano, non possono rientrare nella competenza dei Tribunali ICSID in quanto non sussumibili nelle fattispecie di espropriazione (diretta o indiretta), trattamento ingiusto e iniquo o mancata protezione piena dell'investimento, generalmente previste dalle norme dei BIT<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> Cfr. ICSID *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decisione sulla giurisdizione del 22 aprile 2005 consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf>

<sup>200</sup> Cfr. ICSID *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decisione sulla giurisdizione del 14 novembre 2005, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>

<sup>201</sup> *Ivi*, par 148 e ss.

<sup>202</sup> Cfr. ICSID *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decisione sulla giurisdizione del 22 aprile 2005, par. 260. Nella nota n.118 della propria decisione, il Tribunale richiama in proposito l'analisi della giurisprudenza internazionale di S. M. SCHWEBEL in *Justice in International Law*, 2008, Cambridge, Capitolo 26: “the breach of such a contract by a State in ordinary commercial intercourse is not, in the predominant view, a violation of international law, but the use of the sovereign authority of a State, contrary to the expectations of the parties, to abrogate or violate a contract with an alien, is a violation of international law. (...) when the State employs its legislative or administrative or executive authority as only a State can employ governmental authority to undo the fundamental expectation on the basis of which parties characteristically contract – performance, not non-performance – then it engages its international responsibility”.

<sup>203</sup> Cfr. ICSID *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, par. 281: “(...) it is the Tribunal's view that only measures taken by Pakistan in the exercise of its sovereign power ('*puissance publique*'), and not decisions taken in the implementation or performance of the Contracts, may be considered as measures having an effect equivalent to expropriation. Therefore, the

A tal proposito, i Tribunali di *Impregilo* e *Bayindir* si pongono in continuità con precedenti casi ICSID. Nel caso *CMS v. Argentina*, per esempio, gli arbitri sostennero che “[t]he standard of protection of the treaty will be engaged only when there is a specific breach of treaty rights and obligations or a violation of contract rights protected under the treaty. Purely commercial aspects of a contract might not be protected by the treaty in some situations, but the protection is likely to be available when there is significant interference by governments or public agencies with the rights of the investor”<sup>204</sup>. Allo stesso modo, il Tribunale del caso *Consortium RFCC v. Marocco* sottolineò come una violazione della norma BIT a tutela del trattamento giusto ed equo richieda da parte dello Stato ospite l’esercizio di un potere sovrano<sup>205</sup>. Riguardo agli atti di carattere espropriativo, invece, gli arbitri del caso *Waste Management v. Messico* hanno evidenziato che un investitore straniero non può avanzare una richiesta di danni per espropriazione a seguito di un mero inadempimento quale il mancato pagamento di una somma stabilita dal contratto di concessione: “In such cases – afferma il Tribunale – simply to assert that ‘property rights are created under and by virtue of a contract’ is not sufficient. The mere non-performance of a contractual obligation is not to be equated with a taking of property, nor (unless accompanied by other elements) is it tantamount to expropriation. Any private party can fail to perform its contracts, whereas nationalization and expropriation are inherently governmental acts”<sup>206</sup>.

---

Tribunal has jurisdiction only to consider the former, and not the latter, for the purposes of Article 5 of the BIT”.

<sup>204</sup> Cfr. ICSID *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione del 12 maggio 2005, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf> par. 299.

<sup>205</sup> Cfr. ICSID *Consortium RFCC v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decisione del 22 dicembre 2003 consultabile su sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0226.pdf>, al par. 51: “L’Etat, ou son émanation, peuvent s’être comportés comme des cocontractants ordinaires ayant une divergence d’approche, en fait ou en droit, avec l’investisseur. Pour que la violation alléguée du contrat constitue un traitement injuste ou inéquitable au sens de l’Accord bilatéral, il faut qu’elle résulte d’un comportement exorbitant de celui qu’un contractant ordinaire pourrait adopter. Seul l’Etat, en tant que puissance publique, et non comme contractant, a assumé des obligations au titre de l’Accord bilatéral. L’interprétation retenue par le présent Tribunal est donc celle d’une obligation de traitement juste et équitable qui, tout en garantissant les droits élémentaires de l’investisseur, ne s’y limite pas et s’applique uniquement dans la mesure où l’Etat d’accueil a fait usage de ses prérogatives de puissance publique”. I principi esposti in *Consortium RFCC v. Marocco* furono quindi ripresi nel caso ICSID *Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decisione sulla giurisdizione del 9 novembre 2004, par. 154 e ss.

<sup>206</sup> Cfr. ICSID *Waste Management Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decisione del 30 aprile 2004, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/cases/1158>, par. 174; in merito all’espropriazione, è concorde il Tribunale di *SGS v. Filippine*, il quale afferma che “a mere refusal to

Riassumendo, questo filone di giurisprudenza arbitrale sembra tratteggiare una linea di demarcazione fra *contract claims* e *treaty claims* derivanti da inadempimenti contrattuali assumendo come elemento distintivo la natura sovrana della condotta illecita dello Stato ospite<sup>207</sup>. Laddove questa manchi si è in presenza di una violazione di carattere prettamente commerciale, non difforme da quella che potrebbe essere compiuta da una qualsiasi parte contraente privata, e che pertanto non è compresa nelle attività generalmente sanzionate dalle norme dei BITs.

Secondo il Tribunale del caso *Impregilo*, dunque, affinché l'inadempimento dello Stato ospite possa essere considerato come violazione del BIT, è necessario che l'investitore dimostri<sup>208</sup>:

- a) che la condotta oggetto della controversia sia attribuibile<sup>209</sup> allo Stato ospite, nel caso in cui l'atto che si afferma essere illecito sia stato compiuto da un ente giuridicamente distinto dallo Stato stesso;
- b) che la condotta posta in essere dallo Stato abbia natura di atto sovrano, e che dunque vada oltre il semplice inadempimento contrattuale di una parte contraente<sup>210</sup>.

Una delle ragioni per cui il Tribunale del caso *Impregilo* rifiutò di esercitare la giurisdizione sulle pretese dell'investitore fu che gli inadempimenti contrattuali dello Stato ospite non costituirono, agli occhi degli arbitri, un'"interferenza" dei diritti contrattuali dell'attore<sup>211</sup>. Con le parole del Tribunale: "*all the key decisions relating to indirect expropriation mention the 'interference' of the Host State in the normal exercise, by the investor, of its economic rights. However, a Host State acting as a*

---

*pay a debt is not an expropriation of property*" (*SGS v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, par. 161).

<sup>207</sup> Cfr. ICSID *Joy Mining Machinery Ltd v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2004, consultabile online sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf>, par. 72: "A basic general distinction can be made between commercial aspects of a dispute and other aspects involving the existence of some forms of State interference with the operation of the contract involved".

<sup>208</sup> Cfr. ICSID *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decisione sulla giurisdizione del 22 aprile 2005, par. 266

<sup>209</sup> I criteri di attribuzione restano quelli propri del diritto internazionale generale, così come esposti all'Articolo 4 del *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* e analizzati al paragrafo 3.1 del presente capitolo.

<sup>210</sup> Il Tribunale di *Impregilo* definisce tale requisito una soglia particolarmente alta: "The threshold to establish that a breach of the Contracts constitutes a breach of the Treaty is a high one", par. 267

<sup>211</sup> Sull'argomento, si veda B. KUNOY, *Singing in the Rain, Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses* in *7 J. World Investment & Trade*, 2006, p. 287

*contracting party does not ‘interfere’ with a contract; it ‘performs’ it. If it performs the contract badly, this will not result in a breach of the provisions of the Treaty relating to expropriation or nationalisation, unless it be proved that the State or its emanation has gone beyond its role as a mere party to the contract, and has exercised the specific functions of a sovereign authority”<sup>212</sup>.*

Il requisito della *puissance publique* come condizione necessaria per la sussistenza di un *treaty claim* richiede quindi una vera e propria “ingerenza” da parte dello Stato, il quale interferisce nell’adempimento contrattuale con mezzi e modalità inaccessibili a un’ordinaria parte contraente privata.

L’immediata conseguenza del principio sovraesposto è un’evidente limitazione di ciò che può essere considerato *treaty claim* dinnanzi a un tribunale arbitrale degli investimenti, escludendo in questo modo un ampio spettro di pretese dalla giurisdizione ICSID. D’altra parte, gli investitori internazionali hanno trovato nelle *umbrella clauses* – successivo oggetto di trattazione – un possibile strumento suppletivo al fine di riproporre dinnanzi ai Tribunali *treaty-based* le violazioni contrattuali degli Stati ospiti escluse da questo filone giurisprudenziale.

Concludendo, è interessante osservare come questa posizione risulti difficilmente conciliabile, in merito alla disciplina dell’espropriazione indiretta, con la c.d. “*sole effect doctrine*”. Secondo tale dottrina, infatti, il solo fattore cruciale nell’identificare una misura statale come espropriazione indiretta – e per questo motivo sanzionabile secondo le previsioni dei BITs – deve essere l’effetto della condotta statale sul diritto di proprietà dell’investitore privato<sup>213</sup>. Questa teoria, decisamente più aperta alle necessità e agli interessi degli investitori privati, è stata ripresa anche dalla giurisprudenza internazionale<sup>214</sup> e si riflette in diversi casi di Tribunali ICSID<sup>215</sup>. Il contrasto con le posizioni dei Tribunali dei casi *Impregilo* e *Bayindir* emerge se si

---

<sup>212</sup> Cfr. ICSID *Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decisione sulla giurisdizione del 22 aprile 2005, par. 278

<sup>213</sup> Si veda, al riguardo, RUDOLF DOLZER & FELIX BLOCH, *Indirect Expropriation: Conceptual Realignment?* in *5 International Law Forum*, 2003, p.164

<sup>214</sup> Cfr. Iran-US Claims Tribunal *Starrett Housing Corp. v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, 16 IRAN-U.S. C.T.R., p.112 e ss. (1983); Iran-US Claims Tribunal *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA*, 6 IRAN-U.S. C.T.R., p. 219 e ss. (1984).

<sup>215</sup> Cfr. ICSID *Tokios Tokelès v Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, Decisione sulla giurisdizione del 22 aprile 2004; ICSID *Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, Case No ARB/99/7, Decisione sull’annullamento del 11 November 2006; ICSID *Telenor Mobile Communications AS v. Hungary*, Case No ARB/04/15, Decisione del 13 settembre 2006.

considera che, secondo la *sole effect doctrine*, gli arbitri chiamati a giudicare in merito ad una presunta espropriazione dovrebbero decidere indipendentemente dalla natura (sovrana o meno) della condotta statale, focalizzandosi piuttosto sulle conseguenze subite dall'investitore a seguito di tali atti.

#### **4. Gli effetti delle clausole di selezione del *foro* competente sulla giurisdizione ICSID**

Uno dei principali vantaggi dell'arbitrato internazionale, agli occhi dell'investitore straniero, è la possibilità di sottoporre la propria controversia davanti a un tribunale arbitrale internazionale imparziale rispetto alle corti nazionali del Paese ospite dell'investimento. Dal punto di vista di quest'ultimo, tuttavia, l'impossibilità di decidere in merito a questioni spesso di notevole rilievo nella politica ed economia nazionale potrebbe apparire come una lesione alla propria sovranità e un'insopportabile ingerenza negli affari interni del Paese.

Sebbene la giurisdizione ICSID trovi fondamento nel consenso dello Stato ospite (espresso il più delle volte nei BITs conclusi con Paesi stranieri), non è raro che quest'ultimo, al momento della conclusione dei singoli contratti di investimento con gli investitori, decida in maniera radicalmente differente. È infatti possibile che lo Stato utilizzi il proprio potere contrattuale per inserire, all'interno delle norme contrattuali, una clausola di scelta del foro competente a sé favorevole (c.d. *domestic forum selection clauses*), indicando una corte nazionale per soluzione delle controversie inerenti all'investimento. Tali clausole sono state definite “*the best known of Carlos Calvo's grandchildren*”<sup>216</sup>, vedendo in esse un tentativo, da parte degli Stati, di ritornare a una soluzione nazionale delle controversie sugli investimenti a discapito dell'arbitrato internazionale.

Numerosi sono i casi di controversie riguardanti clausole di scelta del foro competente discussi negli ultimi anni: è utile, peraltro, sottolineare come questo problema non sia del tutto nuovo. Il problema emerse già nella prima controversia

---

<sup>216</sup> Si veda C. SCHREUER, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration in The Law and Practice of International Courts and Tribunals 4*, 2005, pag. 1-17.

risolta da un Tribunale ICSID, nel 1974: *Holiday Inns v. Marocco*<sup>217</sup>. Nel caso in questione, la competenza del Tribunale arbitrale trovava fondamento su un “*Basic Agreement*” fra le parti, contenente una clausola compromissoria ICSID. L’accordo regolava la gestione di alcuni hotel da parte dell’investitore e prevedeva come mezzo di finanziamento una serie di prestiti da parte del Governo del Marocco. Tali prestiti, tuttavia, furono disciplinati in successivi singoli contratti di prestito, nei quali le clausole compromissorie ICSID furono sostituite da clausole di selezione del foro competente a favore delle corti nazionali marocchine. Pertanto, nel momento in cui l’investitore si rivolse al Tribunale arbitrale, lo Stato ospite si oppose alla competenza dello stesso, affermando che in merito alle pretese collegate ai contratti di prestito fossero competenti unicamente i giudici nazionali interni.

Il Tribunale ICSID tuttavia respinse le posizioni del Governo e affermò la propria giurisdizione sull’intero *claim* avanzato dall’investitore, comprendendo pertanto sia l’Accordo originale sia i contratti di prestito successivi, a vantaggio della “generale unità dell’operazione di investimento” e del principio per cui “i procedimenti in internazionali hanno generale precedenza rispetto ai procedimenti puramente interni”<sup>218</sup>. Secondo gli arbitri, infatti, l’Accordo originario fra le parti prevedeva la regolamentazione dell’investimento nel suo complesso, mentre i singoli contratti di prestito conclusi successivamente erano configurabili come semplici misure di esecuzione dello stesso Accordo. Il Tribunale pertanto intimò alle corti marocchine di non intraprendere alcun procedimento fintanto che una decisione non fosse stata presa in sede ICSID, nonché di allinearsi con quest’ultima in caso di un giudizio interno successivo: “*Any other solution would, or might, put in issue the responsibility of the Moroccan State and would endanger the rule that international proceedings prevail over internal proceedings*”<sup>219</sup>.

Nel caso *Holiday Inns*, quindi, il Tribunale ICSID ignorò le clausole di selezione del *foro* interno, sostenendo che il principio di unità dell’operazione di investimento

---

<sup>217</sup> Cfr. ICSID *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1, Decisione sulla giurisdizione del 12 maggio 1974. Per un’analisi del caso si veda P. LALIVE, *The First World Bank Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) – Some Legal Problems in 51 British Year Book of International Law* 123, 1980.

<sup>218</sup> Cfr. ICSID *Holiday Inns S.A. and others v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/72/1, Decisione sulla giurisdizione del 12 maggio 1974, par. 159.

<sup>219</sup> *Ivi*, par. 160.

richiedesse un unico *foro* competente, e che quest'ultimo dovesse essere lo stesso Tribunale arbitrale sulla base del principio di primazia dei procedimenti internazionali su quelli nazionali.

I casi più recenti sull'argomento presentano tutti uno scenario comune<sup>220</sup>. Da un lato infatti si trovano i BITS, nei quali gli Stati si impegnano ad accettare la competenza dei Tribunali ICSID in caso di future controversie con investitori degli Stati co-firmatari. Dall'altra parte vi sono i contratti di investimento fra Stati ospiti (o altri enti pubblici) e investitori stranieri, in cui spesso – come si è già sottolineato in precedenza – vengono inserite clausole di scelta del *foro* nazionale interno. Di conseguenza, nel momento in cui l'investitore privato si rivolge agli arbitri per la soluzione delle controversie inerenti all'investimento, la controparte reagisce opponendosi alla competenza del Tribunale arbitrale internazionale, eccependo la clausola contrattuale a favore delle proprie corti (o i propri arbitri) nazionali.

La decisione probabilmente più rilevante, anche per l'influenza sulla giurisprudenza ICSID successiva, è data dal Tribunale – e in seguito dal Comitato di Annullamento – del caso *Vivendi v. Argentina*<sup>221</sup>. La controversia ha origine dal contratto di concessione concluso fra la compagnia francese CGE e la sua affiliata locale con la Provincia argentina di Tucumán. CGE lamentò una serie di violazioni della tutela offerta dal BIT fra Francia e Argentina a seguito degli inadempimenti contrattuali dal Governo provinciale. L'investitore chiamò quindi in causa di fronte al Tribunale ICSID lo Stato centrale argentino, ritenendolo internazionalmente responsabile per i danni causati dalle violazioni del BIT ad opera della sua Provincia<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> Per un'analisi sulla giurisprudenza ICSID al riguardo, si veda C. SCHREUER, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims: The Vivendi I Case Considered*, in *International Investment Law and Arbitration: ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 2005, p. 315.

<sup>221</sup> Cfr. ICSID *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3 (*Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*), Decisione del 21 novembre 2000 e successiva Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002.

<sup>222</sup> Cfr. ICSID *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione del 21 novembre 2000, par. 43: "In these proceedings, Claimants have contended that the Argentine Republic violated its legal duty under Articles 3 (fair and equitable treatment) and 5 (expropriation) of the BIT. In this regard, Claimants make two distinct types of submissions. First, Claimants assert that the actions of the officials of Tucumán are legally attributable to the Argentine Republic and serve as the basis for finding that the Argentine government expropriated the rights of Claimants in the Concession Contract and denied 'fair and equitable'

CGE fondava la propria pretesa sull'Articolo 8(2) del BIT, il quale prevedeva il consenso dello Stato alla giurisdizione ICSID. D'altra parte l'Argentina si oppose, facendo affidamento sull'Articolo 16.4 del contratto di concessione concluso fra la Provincia di Tucumán e l'investitore, contenente la seguente clausola di *domestic forum selection*: “*For purposes of interpretation and application of this Contract the parties submit themselves to the exclusive jurisdiction of the Contentious Administrative Tribunals of Tucumán*”. Agli occhi dello Stato ospite, infatti, la controversia riguardava esclusivamente le due parti del contratto di investimento, del quale l'Argentina non era parte; pertanto, il *foro* competente doveva essere quello previsto dal contratto stesso all'Articolo 16.4.

Il Tribunale ICSID, tuttavia, sostenne la posizione dell'investitore straniero, sottolineando come sia ormai consolidato nel diritto internazionale il principio per cui in uno Stato federale siano attribuibili al Governo centrale gli atti e le omissioni degli enti locali, pur giuridicamente autonomi secondo il diritto interno.

Inoltre, secondo gli arbitri la clausola di selezione del foro nazionale non è idonea a spogliare della competenza il Tribunale ICSID: “*The Tribunal holds that Article 16.4 of the Concession Contract does not divest this Tribunal of jurisdiction to hear this case because that provision did not and could not constitute a waiver by CGE of its rights under Article 8 of the BIT to file the pending claims against the Argentine Republic (...) In this case the claims filed by CGE against Respondent are based on violation by the Argentine Republic of the BIT through acts or omissions of that government and acts of the Tucumán authorities that Claimants assert should be attributed to the central government. As formulated, these claims against the Argentine Republic are not subject to the jurisdiction of the contentious administrative tribunals of Tucumán, if only because, ex hypothesi, those claims are not based on the Concession Contract but allege a cause of action under the BIT*”<sup>223</sup>.

---

treatment to Claimants. Claimants next assert that on the facts presented the inaction of the Argentine Republic itself constitutes a violation of a legal duty that the Argentine Republic owes to investors under terms of the BIT and international law. In this connection Claimants rely particularly on the failure of Argentine government officials to prevent Tucumán officials from taking certain actions and the failure of the Argentine Republic to require Tucumán to honor its obligations under the Concession Contract and to enter into and approve a renegotiated Concession Agreement”.

<sup>223</sup> *Ibidem*, par. 53.

Di conseguenza, riguardo alla questione di giurisdizione, il Tribunale di Vivendi affermò la propria competenza sulle presunte violazioni del BIT ad opera dello Stato argentino, mentre il campo di applicazione della *forum selection clause* dell'Articolo 16.4 fu limitato alle questioni strettamente legate al contratto di concessione.

Sulla questione di merito della controversia, tuttavia, il Tribunale incontrò numerose difficoltà nel distinguere e separare i *treaty claims* (inerenti alle presunte violazioni del trattato internazionale da parte dell'Argentina) dai *contract claims* (ossia gli inadempimenti contrattuali della Provincia di Tucumán), essendo questi strettamente collegati tra loro. Il fatto che entrambe le categorie di pretese trovassero origine dai medesimi atti rese impossibile per il Tribunale determinare quali azioni della Provincia dovessero essere considerate esercizio di potere sovrano (attribuibili allo Stato centrale) e quali, invece, prestazioni di una parte contrattuale, senza prima intraprendere una dettagliata interpretazione del contratto di concessione<sup>224</sup>. Tuttavia, a norma del già citato Articolo 16.4 del contratto stesso, tale interpretazione sarebbe dovuta essere di competenza esclusiva del Tribunale Contenzioso Amministrativo del Tucumán, e pertanto inaccessibile alla giurisdizione ICSID.

Queste considerazioni condussero il Tribunale del caso *Vivendi* alla conclusione di rigettare le richieste dell'investitore, ritenendo necessaria dapprima una decisione del giudice interno sul contratto: “*Because the Tribunal has determined that on the facts presented Claimants should first have challenged the actions of the Tucumán authorities in its administrative courts, any claim against the Argentine Republic could arise only if Claimants were denied access to the courts of Tucumán to pursue their remedy under Article 16.4 or if the Claimants were treated unfairly in those courts (denial of procedural justice) or if the judgment of those courts were substantively unfair (denial of substantive justice) or otherwise denied rights guaranteed to French investors under the BIT by the Argentine Republic*”<sup>225</sup>.

Il Tribunale si affrettò ad aggiungere che la richiesta di rivolgersi alla giustizia locale non imponesse un obbligo di previo esaurimento dei rimedi interni (incompatibile con l'Articolo 8 del BIT), bensì che fosse frutto della clausola contrattuale unitamente all'impossibilità di separare – nella situazione concreta del

---

<sup>224</sup> *Ibidem*, par. 79.

<sup>225</sup> *Ibidem*, par. 80.

caso in discussione – i *treaty claims* dai *contract claims* senza prima analizzare nel dettaglio il contratto di investimento<sup>226</sup>. Nonostante tale distinzione, gli effetti prodotti dalla decisione arbitrale risultano tuttavia essere gli stessi di un obbligo di esaurimento dei rimedi interni.

CGE avanzò dunque una richiesta di annullamento del lodo arbitrale, a cui seguì effettivamente un annullamento parziale della decisione per manifesto eccesso di potere. Secondo il Comitato di Annullamento, infatti, è pacifico che un Tribunale ICSID agisca *ultra vires* non solo qualora eserciti la propria giurisdizione là dove in realtà non ne sia titolare, ma anche nel caso in cui si rifiuti di esercitarla sebbene ne sia in possesso<sup>227</sup>. Le ragioni dell'annullamento vanno ritrovate nella mancata trattazione, da parte del Tribunale, di aspetti chiave dei *BIT claims* dell'attore, giustificata dal fatto che questa fosse impossibile per via della stretta correlazione con la valutazione in merito all'adempimento (o inadempimento) del contratto di concessione<sup>228</sup>.

Il Tribunale – osserva il Comitato *ad hoc* – aveva già accertato in maniera corretta la propria competenza in merito alla presunta violazione degli standard previsti dal BIT<sup>229</sup>. Pertanto, omettendo ogni decisione riguardo ai *treaty claims* avanzati dall'investitore, gli arbitri si rifiutarono di esercitare la giurisdizione di cui pure si erano dichiarati in precedenza titolari<sup>230</sup>. La conseguenza necessaria della dichiarazione di competenza, infatti, sarebbe dovuta essere una completa trattazione e decisione sul merito; declinando tale responsabilità, invece, il Tribunale rese di fatto

---

<sup>226</sup> *Ibidem*, par. 81.

<sup>227</sup> Cfr. ICSID *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002, par. 86.

<sup>228</sup> *Ivi*, par. 108.

<sup>229</sup> *Ibidem*, par. 109. Nel presente paragrafo il Comitato di annullamento sottolinea inoltre come la giustificazione sostenuta dal Tribunale (“it is not possible for this Tribunal to determine which actions of the Province were taken in exercise of its sovereign authority and which in the exercise of its rights as a party to the Concession Contract” – Decisione del Tribunale del 21 novembre 2000, par. 79) sembri implicare che la condotta tenuta dalla Provincia di Tucumán in esercizio dei propri diritti di parte contrattuale (contrapposta ad atti di autorità sovrana) non avrebbe potuto, a priori, porre in essere una violazione del BIT. Il Comitato *ad hoc* tuttavia afferma che non vi siano basi per una simile assunto: “whether particular conduct involves a breach of a treaty is not determined by asking whether the conduct purportedly involves an exercise of contractual rights”. A sostegno di tale posizione il Comitato richiama il Commentario al *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* in merito all'Articolo 4 (6).

<sup>230</sup> *Ibidem*, par 111: “the Committee can only conclude that the Tribunal, in dismissing the Tucumán claims as it did, actually failed to decide whether or not the conduct in question amounted to a breach of the BIT. (...) Moreover, it offered no interpretation whatsoever either of Article 3 or of Article 5 of the BIT, something which was called for if the claims were to be dismissed on their merits”.

impossibile per l'investitore l'esercizio del diritto all'arbitrato ICSID stabilito dal BIT<sup>231</sup>.

Il Comitato di Annullamento sottolineò la stretta correlazione esistente tra l'accettazione della giurisdizione e la decisione sul merito. Una volta accertato che una clausola contrattuale di selezione del *foro* domestico non spoglia un Tribunale ICSID della propria competenza sui BIT *claims*, l'osservazione che tali *treaty claims* siano talmente legati a dei *contract claims* da richiedere un'analisi del contratto di investimento non è una ragione sufficiente per rifiutare di pronunciarsi sul merito. In tale situazione, gli arbitri sono tenuti a interpretare il diritto interno e le norme contrattuali, in quanto il rispetto della disciplina nazionale è rilevante per la questione della responsabilità internazionale dello Stato, fintanto che “*the rule of international law makes it relevant*”<sup>232</sup>. La legge della Provincia di Tucumán, quindi, è determinante per stabilire se Tucumán abbia commesso un inadempimento contrattuale e – a conseguenza della sovrapposizione evidenziata nel caso concreto fra *contract* e *treaty claims* – lo Stato Argentino si è reso responsabile di una violazione degli standard del BIT.

---

<sup>231</sup> Per il Comitato *ad hoc*, a seguito del rinvio alla giurisdizione amministrativa argentina, l'esercizio di tale diritto risulterebbe essere definitivamente precluso dalla norma prevista all'Articolo 8(2) del BIT fra Francia e Argentina. Questa prevede la cosiddetta clausola *fork in the road*: “[o]nce an investor has submitted the dispute to the courts of the Contracting Party concerned or to international arbitration, the choice of one or the other of those procedures is final”. Secondo il Comitato di annullamento, il Tribunale era consapevole che la richiesta a CGE di iniziare un procedimento in merito ai *contract claims* della controversia presso le corti argentine avrebbe precluso ogni accesso futuro alla giurisdizione ICSID. Il Tribunale tentò a suo tempo di limitare gli effetti drastici della clausola *fork in the road* interpretando l'Articolo 8(2) in maniera restrittiva, affermando che questo trovasse applicazione unicamente per i *treaty claims* “puri”. In questo modo, dato che l'investitore avrebbe dovuto proporre dinanzi alle corti argentine unicamente pretese di tipo contrattuale (le quali, peraltro, per stessa ammissione del Tribunale risultavano inscindibili da quelle fondate sul BIT), l'Articolo 8(2) non avrebbe avuto conseguenze per CGE in caso di un futuro arbitrato in sede ICSID. Il Comitato *ad hoc* rigettò l'interpretazione dell'Articolo 8(2) data dal Tribunale, affermando che gli effetti clausola *fork in the road* non sono limitati ai soli *contract claims*, bensì si estendono a ogni tipo di pretesa inerente all'investimento: “Article 8 deals generally with disputes ‘relating to investments made under this Agreement between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party’. It is those disputes which may be submitted, at the investor’s option, either to national or international adjudication. Article 8 does not use a narrower formulation, requiring that the investor’s claim allege a breach of the BIT itself. Read literally, the requirements for arbitral jurisdiction in Article 8 do not necessitate that the Claimant allege a breach of the BIT itself: it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT. (...) Consequently, if a claim brought before a national court concerns a ‘dispute relating to investments made under this Agreement’ within the meaning of Article 8(1), then Article 8(2) will apply”. La decisione del Tribunale avrebbe definitivamente precluso, di conseguenza, ogni futura tutela in sede ICSID dei diritti previsti dal BIT. *Ivi*, par. 36-38 e par. 55.

<sup>232</sup> Cfr. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Commento all'Articolo 3, par. 7.

Ciò non significa che sia richiesto al Tribunale arbitrale di decidere nel merito sui *contract claims*, per i quali esso continua a non avere alcuna giurisdizione. Come evidenziato dal Comitato di Annullamento, infatti, “*it is one thing to exercise contractual jurisdiction (arguably exclusively vested in the administrative tribunals of Tucumán by virtue of the Concession Contract) and another to take into account the terms of a contract in determining whether there has been a breach of a distinct standard of international law, such as that reflected in Article 3 of the BIT*”<sup>233</sup>.

Secondo il Comitato di Annullamento, “*where ‘the fundamental basis of the claim’ is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard*”<sup>234</sup>. Tale “*fundamental basis test*” ha dunque il compito di guidare gli arbitri ICSID nella decisione sulla propria competenza: laddove il Tribunale rilevi che la base fondamentale delle pretese dell’investitore sia uno standard internazionale previsto nel BIT, esso si dichiarerà competente e sarà tenuto a pronunciarsi sul merito, anche se fosse necessario esprimere una valutazione su violazioni contrattuali e sul diritto interno (ignorando, quindi, la *domestic forum selection clause*)<sup>235</sup>. Nel caso in cui, invece, la “*fundamental basis of the claim*” risulti avere carattere contrattuale, ciò porterebbe alla prevalenza dei *contract claims* sui *treaty claims*, con conseguente applicazione della clausola di scelta del *foro* prevista da contratto e dichiarazione di incompetenza da parte del Tribunale ICSID<sup>236</sup>.

---

<sup>233</sup> Cfr. ICSID *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull’annullamento del 3 luglio 2002, par. 105.

<sup>234</sup> *Ibidem*, par. 101.

<sup>235</sup> Diversi Tribunali ICSID successivi approvarono e fecero propria la posizione proposta dal Comitato *ad hoc*, consolidando il principio secondo il quale le clausole di selezione del *foro* interno non fosse di ostacolo alla propria giurisdizione sui BIT claims. Si veda, al riguardo, ICSID *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione sulla giurisdizione del 17 luglio 2003, par. 70-76; ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13 Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 146-174; ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004; ICSID *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decisione sulla giurisdizione del 14 gennaio 2004, par. 89-94; ICSID *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decisione sulla giurisdizione del 3 agosto 2004, par. 174-180.

<sup>236</sup> Cfr. ICSID *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull’annullamento del 3 luglio 2002, par. 98: “In a case

Il caso *Vivendi* non fu il primo a trattare la questione degli effetti delle clausole di selezione del *foro* nazionale sulla competenza dei Tribunali arbitrali internazionali. Particolarmente rilevante per la successiva giurisprudenza ICSID fu il caso *Lanco v. Argentina*<sup>237</sup>, ampiamente citato anche dal Tribunale e dal Comitato di Annullamento in *Vivendi*.

Nel caso *Lanco*, la giurisdizione ICSID trovava fondamento dal consenso dell'Argentina derivante dal BIT concluso con gli Stati Uniti; ciononostante, il Governo argentino si oppose alla competenza del Tribunale arbitrale sulla base di una clausola contenuta nel contratto di concessione con Lanco, ai sensi della quale ogni controversia contrattuale sarebbe dovuta essere proposta dinnanzi al Tribunale Amministrativo-Contenzioso Federale di Buenos Aires<sup>238</sup>. In altre parole, il Governo argentino sosteneva che il consenso all'arbitrato ICSID fosse stato superato dall'accordo concluso con l'investitore privato.

Il Tribunale, tuttavia, non trovò convincente la posizione sostenuta dallo Stato ospite. Come firmatario del BIT con gli Stati Uniti, infatti, l'Argentina diede il proprio consenso a sottoporre le future controversie all'arbitrato internazionale senza riserva alcuna<sup>239</sup>; l'investitore accettò l'offerta di arbitrato contenuta nel BIT nel momento in cui sottopose la controversia all'arbitrato ICSID, soddisfacendo quindi il requisito del consenso di entrambe le parti previsto all'Articolo 25 della Convenzione ICSID<sup>240</sup>.

Il Tribunale richiama inoltre all'attenzione l'Articolo 26 della Convenzione, in base al quale nel momento in cui le parti danno il proprio consenso alla giurisdizione ICSID, esse rinunciano (salvo espressa previsione contraria) a ogni altro mezzo di risoluzione. Tutt'al più, uno Stato firmatario può richiedere all'investitore l'esaurimento dei rimedi

---

where the essential basis of a claim brought before an international tribunal is a breach of contract, the tribunal will give effect to any valid choice of forum clause in the contract"

<sup>237</sup> Cfr. ICSID *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Decisione sulla giurisdizione dell'8 dicembre 1998, consultabile sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf)

<sup>238</sup> *Ibidem*, par.7

<sup>239</sup> *Ivi*, par. 32. Cfr. United States-Argentina BIT, Articolo VII(4): "Each Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration in accordance with the choice specified in the written consent of the national or company under paragraph 3".

<sup>240</sup> Cfr. Convenzione ICSID, Articolo 25(1): "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally".

interni come condizione per il proprio consenso all'arbitrato<sup>241</sup>, senza che questo sostituisca in alcun modo l'assenso già dato<sup>242</sup>. Nel caso in questione, il Tribunale non trovò alcun accenno a una richiesta di previo esaurimento dei ricorsi interni da parte dello Stato argentino né nel BIT Argentina-Statì Uniti, né nel contratto concluso con l'investitore, e infine neppure nella legislazione nazionale argentina. Conclude quindi il Tribunale: *"In our case, the Parties have given their consent to ICSID arbitration, consent that is valid, there thus being a presumption in favor of ICSID arbitration, without having first to exhaust domestic remedies. In effect, once valid consent to ICSID arbitration is established, any other forum called on to decide the issue should decline jurisdiction"*<sup>243</sup>.

La logica adottata nel caso *Lanco* fu ripresa in molteplici occasioni da Tribunali ICSID successivi, trovatisi a dover affermare la propria competenza dinnanzi all'opposizione degli Stati ospiti fondata sulle *domestic forum selection clauses* contenute nei contratti di investimento<sup>244</sup>. In tutti i casi gli arbitri giunsero alla conclusione per cui tali clausole contrattuali non siano in grado di superare il consenso fra le parti a norma dell'Articolo 25 della Convenzione ICSID e privare della competenza i Tribunali arbitrali.

Nel caso *SGS v. Pakistan*<sup>245</sup> il Tribunale si trovò a dover affrontare una situazione resa ancor più complessa dalla presenza di un procedimento nazionale parallelo

---

<sup>241</sup> Cfr. Convenzione ICSID, Articolo 26: "Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention".

<sup>242</sup> Il Tribunale sottolinea infatti come la giurisdizione possa essere al massimo privata della propria esclusività e "diluita" con la possibilità di un previo ricorso obbligatorio in sede interna, senza che ciò conduca in alcun modo ad uno spoglio completo della giurisdizione tramite una clausola contrattuale fra le parti. Cfr. ICSID *Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Decisione sulla giurisdizione dell'8 dicembre 1998, par. 38.

<sup>243</sup> *Ibidem*, par. 40.

<sup>244</sup> Cfr., e.g., ICSID *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione del 23 luglio 2001, par. 25-27 e 61-62; ICSID *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decisione sulla giurisdizione del 8 dicembre 2003, par. 79; ICSID *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Decisione parziale del 19 agosto 2005, consultabile sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf), par. 92 e ss.

<sup>245</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003.

rispetto all'arbitrato ICSID<sup>246</sup>. In esecuzione della *domestic forum selection clause*<sup>247</sup> contenuta nel contratto di investimento, lo Stato ospite aveva già fatto ricorso all'arbitrato interno e nel luglio 2002 aveva persino ottenuto dalla Corte Suprema del Pakistan un'ordinanza nella quale i giudici ingiungevano a SGS di astenersi dal continuare il procedimento in sede ICSID, sostenendo che l'investitore mancasse dei requisiti per rivolgersi alla giurisdizione ICSID. Gli arbitri internazionali risposero con un *Procedural Order*<sup>248</sup> nel quale rimasero che ogni Tribunale ICSID ha il diritto-dovere di pronunciarsi sulla propria competenza, secondo il principio *kompetenz-kompetenz* espresso all'Articolo 41(1) della convenzione ICSID. Di conseguenza, il Tribunale raccomandò una sospensione dell'arbitrato interno in corso in Pakistan fintanto che non fosse stata pronunciata una decisione in sede ICSID<sup>249</sup>.

Nella decisione sulla giurisdizione, il Tribunale del caso *SGS v. Pakistan* richiamò il Comitato di Annullamento di *Vivendi* in merito alla possibilità di pretese diverse derivanti dalla medesima serie di fatti<sup>250</sup>. Nel caso in discussione, il Tribunale riscontrò per l'appunto la coesistenza di entrambe le categorie di *claims*, reclamando giurisdizione esclusiva sulle presunte violazioni delle norme del BIT<sup>251</sup> e restringendo l'efficacia della *domestic forum selection clause* ai soli *contract claims*, sui quali il Tribunale ICSID non ha competenza<sup>252</sup>.

---

<sup>246</sup> Al riguardo, si veda: S.A. ALEXANDROV, *Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, in *5 The Journal of World Investment & Trade*, p.563

<sup>247</sup> Cfr. Articolo 11.1 dell'Accordo di PSI (Private sector involvement) fra SGS e Pakistan: "Any dispute, controversy or claim arising out of, or relating to this Agreement, or breach, termination or invalidity thereof, shall as far as it is possible, be settled amicably. Failing such amicable settlement, any such dispute shall be settled by arbitration in accordance with the Arbitration Act of the Territory as presently in force. The place of arbitration shall be Islamabad, Pakistan and the language to be used in the arbitration proceedings shall be the English language".

<sup>248</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Procedural Order No. 2 del 16 ottobre 2002, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0778.pdf>

<sup>249</sup> Sull'argomento si veda E. GAILLARD, *Jurisprudence du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)*, *131 Journal de Droit International*, 2004, p. 271-272.

<sup>250</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 146-148.

<sup>251</sup> *Ibidem*, par. 155: "We conclude that the Tribunal has jurisdiction to pass upon and determine the claims of violation of provisions of the Swiss-Pakistan BIT raised by the Claimant. We do not consider that that jurisdiction would to any degree be shared by the PSI Agreement arbitrator".

<sup>252</sup> *Ibidem*, par. 161-162: "We believe that Article 11.1 of the PSI Agreement is a valid forum selection clause so far as concerns the Claimant's contract claims which do not also amount to BIT claims, and it is a clause that this Tribunal should respect. We conclude that the Tribunal has no

Riassumendo, la giurisprudenza ICSID appare concorde sotto questo aspetto: dinnanzi a una richiesta di arbitrato che trova fondamento in *treaty claims*, i Tribunali ICSID sono tenuti ad affermare la propria competenza (sempre che sussistano, ovviamente, tutti i requisiti previsti dalla Convenzione) e a giungere ad una decisione nel merito, senza che la presenza di clausole contrattuali di scelta del *foro* domestico, la stretta correlazione fra *treaty* e *contract claims* o l'esistenza di procedimenti paralleli in corti interne possano costituire un reale ostacolo al riguardo.

In conclusione, il “*fundamental basis test*” del Comitato di Annullamento del caso *Vivendi* è, ad oggi, un punto di partenza generalmente accettato e consolidato nella giurisprudenza ICSID, vista la centralità della distinzione fra *treaty* e *contract claims* ai fini della decisione sulla giurisdizione e sul merito delle controversie. D'altra parte, i Tribunali non sembrano aver ancora individuato un parametro unitario per decidere se la pretesa avanzata da un investitore sia da ricollegarsi al trattato internazionale o al contratto di investimento<sup>253</sup>. Il problema con l'approccio adottato nella decisione di annullamento del caso *Vivendi* è che la “*essential basis*” di un *claim* è essa stessa frutto di un'opera di interpretazione<sup>254</sup>.

L'investitore ha spesso un grande incentivo economico nell'interpretare la propria pretesa come derivante dalla violazione del BIT o di uno standard internazionale e invocare, di conseguenza, la giurisdizione di un arbitrato internazionale. Nel caso *SGS v. Pakistan* – ad esempio – prima ancora dell'apertura dell'arbitrato interno in Pakistan e del successivo conflitto di competenza con l'arbitrato ICSID, SGS agì in giudizio davanti alle corti nazionali svizzere presentando come “*cause of action*” unicamente violazioni contrattuali da parte dello Stato ospite. Solo in un secondo momento, al fine di vedere accettate le proprie richieste in sede ICSID, formulò le stesse pretese come violazioni del BIT fra Svizzera e Pakistan. Nella decisione sulla giurisdizione, il Tribunale arbitrale citò il Comitato *ad hoc* di *Vivendi* evidenziando la necessità di trovare la “*essential basis*” delle pretese avanzate dalla parte attrice, senza però

---

jurisdiction with respect to claims submitted by SGS and based on alleged breaches of the PSI Agreement which do not also constitute or amount to breaches of the substantive standards of the BIT.”

<sup>253</sup> Si veda, sull'argomento, M.R. MAURO, *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, p.757 ss.

<sup>254</sup> Si veda al riguardo J. SHOOKMAN, *Too Many Forums for Investment Disputes? ICSID Illustrations of Parallel Proceedings and Analysis in 27(4) Journal of International Arbitration*, 2010, p. 373–378.

spiegare in alcun modo le linee interpretative che avrebbero guidato la propria decisione. Invece, si limitò ad affermare la sussistenza della propria competenza, dichiarando che *“the Tribunal has, as a practical matter, a limited ability to scrutinize the claims as formulated by the Claimant. Some cases suggest that the Tribunal need not uncritically accept those claims at face value, but we consider that if the facts asserted by the Claimant are capable of being regarded as alleged breaches of the BIT, consistently with the practice of ICSID tribunals, the Claimant should be able to have them considered on their merits. We conclude that, at this jurisdiction phase, it is for the Claimant to characterize the claims as it sees fit”*<sup>255</sup>. Gli arbitri decisero dunque di posticipare alla fase di merito ogni analisi, limitando la possibilità di un proprio scrutinio in sede giurisdizionale; ciò si rivela particolarmente favorevole per parte attrice, che appare come unica possibile interprete della natura delle proprie pretese.

Tale approccio, secondo il quale ai fini della giurisdizione la caratterizzazione del *claim* deve fare riferimento all’interpretazione data dell’investitore, era già stato adottato già dal Tribunale e dal Comitato di Annullamento del caso *Vivendi*: *“The Committee agrees with the Tribunal in characterizing the present dispute as one ‘relating to investments made under this Agreement’ within the meaning of Article 8 of the BIT. Even if it were necessary in order to attract the Tribunal’s jurisdiction that the dispute be characterized not merely as one relating to an investment but as one concerning the treatment of an investment in accordance with the standards laid down under the BIT, it is the case (as the Tribunal noted) that claimants invoke substantive provisions of the BIT”*<sup>256</sup>.

Tuttavia, nel passaggio del caso *SGS v. Pakistan* citato in precedenza il Tribunale fa riferimento ad una posizione contrastante sostenuta da una parte della giurisprudenza, secondo la quale gli arbitri sarebbero tenuti a effettuare già in sede giurisdizionale una prima valutazione del *claim* così come presentato dall’investitore, così da non accettarne acriticamente l’interpretazione di parte. Lo stesso Pakistan, nei propri atti difensivi, aveva invitato il Tribunale a compiere questo esame,

---

<sup>255</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 145.

<sup>256</sup> Cfr. ICSID *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull’annullamento del 3 luglio 2002, par. 74.

sottolineando come “*nothing in the Washington Convention or in ICSID jurisprudence requires the Tribunal to accept that a particular claim arises under a treaty simply because a claimant says so*”<sup>257</sup>. Tale posizione fu fatta propria dal Tribunale di *Occidental v. Ecuador*, il quale respinse una pretesa di espropriazione in violazione di obblighi internazionali affermando che “[*a*] *claim of expropriation should normally be considered in the context of the merits of a case. However, it is so evident that there is no expropriation in this case that the Tribunal will deal with this claim as a question of admissibility*”<sup>258</sup>. Sempre in riferimento a un presunto caso di espropriazione, il Tribunale ICSID del caso *Joy Mining v. Egitto* dichiarò in sede giurisdizionale che l’interpretazione della pretesa sostenuta dall’attore non era sostenibile neppure *prima facie*<sup>259</sup>.

Tali casi si pongono in linea con quanto espresso dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Oil Platforms*, in cui i giudici hanno sostenuto la necessità di verificare già in fase di giurisdizione la veridicità dei fatti, presentati dalle parti, che costituiscono i presupposti necessari della giurisdizione *ratione materiae* della Corte<sup>260</sup>. Permane comunque al riguardo una notevole incertezza, mentre la casistica indica che i Tribunali arbitrali rimangono restii a declinare del tutto la propria competenza laddove gli attori presentino un *treaty claim* quantomeno “plausibile”<sup>261</sup>. Questo è per gli investitori un notevole incentivo a tentare la via dell’arbitrato internazionale, indipendentemente dalla presenza di clausole contrattuali contrarie e dall’esistenza di procedimenti paralleli già aperti in sede nazionale.

---

<sup>257</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 62.

<sup>258</sup> Cfr. LCIA *Occidental Production & Exploration Co. v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. U.N. 3467, Decisione Finale del 1 luglio 2004.

<sup>259</sup> Cfr. ICSID *Joy Mining Machinery Ltd v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2004, par. 78: “The claimant’s arguments to the effect that the non-release of the guarantee constitutes a violation of the Treaty are difficult to accept. In fact, the argument is not sustainable that a nationalization has taken place or that measures equivalent to an expropriation have been adopted by the Egyptian Government. (...) Although normally a specific finding to this effect would pertain to the merits, in this case not even the prima facie test would be met”

<sup>260</sup> Cfr. ICJ, *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, sentenza sulle obiezioni preliminari del 12 dicembre 1996, *I.C.J. Reports 1996*, p. 810, par. 16.

<sup>261</sup> Si veda al riguardo C. SCHREUER, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims: The Vivendi I Case Considered*, in *International Investment Law and Arbitration: ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law 281*, 2005, p. 315.

## 5. La giurisdizione ICSID sui *treaty claims*: considerazioni conclusive

Come si è avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti, dottrina e giurisprudenza ICSID sono concordi nell'operare una netta definizione – sotto il profilo teorico – fra *contract claims* e *treaty claims*. I primi trovano il loro fondamento nella violazione di norme del contratto di investimento, che non sono oggetto – in via di principio – di tutela del diritto internazionale generale o consuetudinario. La controversia che ne deriva, dunque, è risolta adottando i mezzi di risoluzione previsti dallo stesso contratto di investimento, che consistono di norma nel ricorso alle corti nazionali o all'arbitrato commerciale. Viceversa, nei casi in cui lo Stato ospite ponga in essere condotte che lo espongono alla responsabilità internazionale, le pretese del soggetto privato leso sono qualificabili quali *treaty claims*, sottoponibili di norma alla competenza dei Tribunali arbitrali *treaty-based*.

La distinzione delineata fra *contract* e *treaty claims* appare quindi molto netta: alle due diverse tipologie di pretese vengono ricondotte altrettante categorie distinte di controversie, destinate a essere discusse in *fori* differenti e a cui si applicano diverse fonti del diritto. Nella realtà dei fatti, tuttavia, non è così semplice individuare una linea di confine nitida.

Non sono rari, infatti, i casi in cui la responsabilità internazionale degli Stati derivi da condotte che si pongono anche in violazione norme contrattuali. Esempio è il caso di un'espropriazione illegittima, posta in essere dallo Stato ospite, che violi i diritti conferiti all'investitore dall'accordo di investimento. Nonostante la distinzione riscontrabile fra *treaty* e *contractual cause of action*, infatti, è generalmente riconosciuto che determinate violazioni del contratto di investimento possano generare responsabilità internazionale in capo allo Stato, spingendo l'investitore straniero ad avanzare una pretesa validamente qualificabile come *treaty claim*. I Tribunali ICSID sono in tal senso concordi nel considerare irrilevante – ai fini della propria competenza – il fatto che le violazioni delle norme contenute nei BITs trovino la loro origine nel mancato rispetto di disposizioni contrattuali. Ciò che rileva, in ultima analisi, è che la pretesa avanzata dalla parte attrice sia fondata sul diritto internazionale.

Una parte della giurisprudenza ICSID, rappresentata dai Tribunali dei casi *Impregilo v. Pakistan* e *Bayindir v. Pakistan*, tuttavia, pone alcune limitazioni

all'eventualità che un inadempimento contrattuale dello Stato ospite possa essere considerato altresì un atto illecito sotto il profilo della responsabilità internazionale. Affinché ciò accada – affermano gli arbitri dei casi *Impregilo* e *Bayindir* – è necessario che la condotta posta in essere dallo Stato ospite non sia una semplice violazione di carattere prettamente commerciale, bensì sia configurabile come atto sovrano *iure imperii*. Laddove manchi questo requisito, l'inadempimento contrattuale compiuto dallo Stato ospite non è difforme da quello compiuto da una qualsiasi parte contraente privata, e pertanto non è sanzionabile secondo le forme stabilite dai BITs. Conseguenza di tale posizione sarebbe, quindi, l'esclusione dalla giurisdizione ICSID di un'ampia gamma di pretese, non più qualificabili come *treaty claims* dinnanzi a un tribunale arbitrale. Va ricordato, peraltro, che il principio della "*puissance publique*" non appare pacificamente accettato dalla giurisprudenza ICSID, ponendosi – anzi – in evidente contrasto con quanto sostenuto dalla c.d. "*sole effect doctrine*" in tema di espropriazioni indirette.

Una questione particolarmente discussa in sede ICSID ha avuto ad oggetto l'effetto delle clausole di scelta del foro nazionale (le c.d. *domestic forum selection clauses*) sulla competenza dei Tribunali arbitrali. La presenza di questa tipologia di clausole provoca un apparente conflitto fra le disposizioni dei BITs, nelle quali gli Stati si impegnano ad accettare la giurisdizione ICSID in caso di future controversie con investitori degli Stati co-firmatari, e i contratti di investimento fra Stati ospiti e investitori stranieri, in cui le corti interne vengono identificate come l'unico *foro* esclusivamente competente. I Tribunali ICSID, tuttavia, hanno affermato con fermezza che una clausola contrattuale di scelta del *foro* non è sufficiente a spogliare un Tribunale ICSID della propria competenza sui *treaty claims*, e ciò indipendentemente dal legame che può sussistere in concreto fra gli inadempimenti contrattuali e le violazioni delle norme del BIT. Laddove il Tribunale rilevi che la "*fundamental basis of the claim*" sia uno degli standard di tutela offerti dal trattato sugli investimenti, infatti, esso sarà tenuto a dichiararsi competente e a pronunciarsi sul merito, anche se ciò implicasse un'analisi sulle violazioni contrattuali e sul diritto interno. Viceversa, nel caso in cui la "*fundamental basis*" della pretesa della parte attrice abbia carattere prevalentemente contrattuale, gli arbitri dovranno dare effetto

alla clausola di scelta del *foro* contenuta nell'accordo di investimento e dichiararsi incompetenti a decidere sulla controversia.

In conclusione, quindi, è possibile affermare che la competenza dei Tribunali arbitrali ICSID sui *treaty claims* non incontri alcun limite, fintanto che il fondamento essenziale della pretesa dell'investitore sia riconducibile a una violazione di una norma del BIT: né la stretta correlazione fra *treaty* e *contract claims*, né la presenza di clausole contrattuali di scelta del *foro* domestico, e neppure l'esistenza di procedimenti paralleli in corti interne sono in grado di impedire la pronuncia degli arbitri sul merito della controversia.

## CAPITOLO IV: La competenza dei Tribunali ICSID in relazione ai *contract claims*

### 1. Le *umbrella clauses* e i *contract claims* “puri”

Dall’analisi operata nel corso del Capitolo precedente, si è avuto modo di constatare come la competenza dei Tribunali arbitrali in sede ICSID si estenda ormai in maniera pressoché indiscussa sulla totalità dei *treaty claims* emergenti dalla violazione delle norme contenute nel BIT di riferimento. Ciò è vero indipendentemente dalla presenza di una clausola di scelta del *foro* domestico contenuta nell’accordo di investimento, mentre a nulla rileva il fatto che il *treaty claim* avanzato dalla parte attrice sia frutto, in origine, di una violazione del contratto di investimento.

D’altro canto, l’efficacia dell’arbitrato internazionale e gli innegabili vantaggi di imparzialità ad esso ricollegati hanno indotto gli investitori stranieri a rivolgersi con sempre maggiore insistenza al mezzo arbitrale, anche in quei casi dove l’oggetto della controversia era essenzialmente di carattere contrattuale, e la presenza di un *treaty claim* non risultava *prima facie* esistente.

Nel tentativo di vedere riconosciuta la competenza dei Tribunali ICSID nonostante la tradizionale distinzione fra *contract claims* e *treaty claims*, gli attori privati cominciarono a ricercare all’interno dei BITs a loro disposizione alcuni strumenti che consentissero loro di evitare la giurisdizione delle corti nazionali degli Stati ospiti. Questa ricerca individuò come possibile soluzione alle necessità degli investitori l’utilizzo di due clausole comunemente inserite all’interno dei trattati bilaterali di investimento: le c.d. “clausole ombrello” (*umbrella clauses*<sup>262</sup>) e le clausole di risoluzione delle controversie.

Nel caso delle *umbrella clauses*, lo scopo che l’investitore si prefigge è quello di vedere riconosciute le violazioni contrattuali compiute dallo Stato ospite come fonte di un *treaty claim* direttamente azionabile dinnanzi ad un Tribunale arbitrale

---

<sup>262</sup> Diverse metafore sono utilizzate per descrivere questo tipo di clausola: accanto alla più diffusa “*umbrella clause*”, nei testi di dottrina e giurisprudenza si possono trovare riferimenti a “*elevator clause*”, “*mirror effect clause*”, “*parallel effect clause*”, “*observance of undertakings clause*”, “*sanctity of contract/pacta sunt servanda clause*”.

internazionale. Come si avrà modo di osservare in seguito, tuttavia, l'applicazione delle clausole ombrello reca con sé notevoli problematiche derivanti dalla difficile integrazione di due categorie di diritto (nazionale e internazionale) difficilmente conciliabili.

Nel caso delle clausole di risoluzione delle controversie, invece, l'investitore si affida all'ampiezza della definizione di "controversia" che viene solitamente data all'interno dei trattati bilaterali sugli investimenti. In questo caso, l'obiettivo è quello di includere all'interno della competenza *ratione materiae* del Tribunale ICSID anche quelle pretese puramente contrattuali (c.d. *purely contractual claims* o *contract claims* "puri") e che non sono dunque ricollegabili ad alcuna norma sostanziale del BIT.

## 2. Le origini delle "clausole ombrello"

L'idea secondo la quale un trattato può essere utilizzato per elevare al livello di obbligazione di diritto internazionale un contratto concluso tra un investitore e lo Stato ospite compare per la prima volta nel 1954, con il parere reso da E. Lauterpacht alla *Anglo-Iranian Oil Company* (AIOC, oggi parte di *British Petroleum*) in occasione della controversia sorta fra la società inglese e lo Stato iraniano<sup>263</sup>.

La controversia ebbe inizio nel maggio 1951, con l'adozione da parte del governo iraniano dell'*Iranian Oil Nationalisation Law*, che prevedeva la completa nazionalizzazione del settore petrolifero e, di conseguenza, la cessazione del contratto di concessione concluso nel 1933 con la compagnia petrolifera britannica. In risposta, AIOC si rivolse al governo inglese, richiedendo la protezione diplomatica del proprio Paese nei confronti dell'Iran in sede internazionale. Nonostante la pronta attivazione del Regno Unito, tuttavia, i tentativi di soluzione della controversia presso la Corte Internazionale di Giustizia non ebbero esito favorevole all'investitore<sup>264</sup>. La questione

---

<sup>263</sup> Sull'argomento, si veda l'ampia analisi di A.C. SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, in *20(4) Arbitration International*, 2004, LCIA, p. 412-418.

<sup>264</sup> Cfr. ICJ *Anglo-Iranian Oil Co. case (United Kingdom v. Iran)*, Preliminary Objection del 22 luglio 1952, consultabile sul sito <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>. La Corte Internazionale di Giustizia declinò la propria giurisdizione sulla controversia, sostenendo che l'accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte da parte dello Stato dell'Iran comprendesse unicamente le dispute sull'esecuzione di "treaties and conventions", e non anche le violazioni di diritto internazionale consuetudinario, come sostenuto dal Regno Unito.

fu risolta nell'agosto 1953, quando un colpo di Stato, orchestrato e sostenuto da Regno Unito e Stati Uniti, portò al potere in Iran un Governo favorevole agli interessi economici delle potenze occidentali.

La vicenda spinse Lauterpacht a suggerire ad AIOC l'introduzione di un meccanismo giuridico più efficace a tutela dei propri investimenti all'estero. La proposta era quella di una "protezione parallela", in base alla quale ogni contratto concluso fra la compagnia e il Governo iraniano fosse incluso o richiamato in un trattato tra Iran e Regno Unito, "*in such a way that a breach of the contract or settlement shall be ipso facto deemed to be a breach of the treaty*"<sup>265</sup>.

L'intenzione di Lauterpacht era quella di impedire che l'accordo fra l'investitore e lo Stato ospite potesse essere soggetto esclusivamente alla legge nazionale iraniana, e dunque esposto a modifiche unilaterali improvvisate come quelle subite ad opera dell'*Iranian Oil Nationalisation Law*. Per evitare ciò, l'unica soluzione sarebbe stata affiancare alla tutela contrattuale la protezione del trattato fra Regno Unito e Iran: "*the effect of the 'umbrella treaty' would (...) be to give the terms of the Consortium Agreement a stability guaranteed by treaty between the States most directly concerned*"<sup>266</sup>.

L'esperienza della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia suggerì al giurista britannico la necessità di un mezzo di risoluzione chiaro ed efficace in caso di violazione degli accordi presi. Nelle intenzioni di Lauterpacht, alla clausola di soluzione delle controversie già inclusa nell'accordo contrattuale si sarebbe affiancata – per espressa previsione dell'*umbrella treaty* – la possibilità di un intervento dello Stato britannico in protezione diplomatica di AIOC presso la Corte Internazionale di Giustizia. Questo sistema, infatti, sarebbe stato reso possibile dall'esclusione, nel trattato internazionale, dell'obbligo di previo esaurimento dei rimedi previsti dalla legislazione interna e dal contratto<sup>267</sup>. Al riguardo, va sottolineato che, secondo il meccanismo ideato da Lauterpacht, l'investitore privato non avrebbe avuto alcun accesso diretto alla controversia internazionale, che sarebbe quindi rimasta riservata

---

<sup>265</sup> Cfr. E. LAUTERPACHT, *Anglo-Iranian Oil Company Ltd. Persian Settlement – Opinion*, del 20 gennaio 1954, p. 4.

<sup>266</sup> Cfr. E. LAUTERPACHT, *Anglo-Iranian Oil Company Ltd. Persian Settlement – Note*, datata 12 marzo 1954, p. 5, par. 4.

<sup>267</sup> Cfr. E. LAUTERPACHT, *Treaties of Protection – Note*, nel parere dato in merito al progetto di oleodotto fra Iraq e Mediterraneo orientale, datato 17 aprile 1957, p. 7-8.

alle sole parti statali. Alla conclusione, nel 1954, di un nuovo contratto di concessione fra AIOC e Iran non seguì, tuttavia, l'auspicato *umbrella treaty* fra i due governi nazionali.

Nell'aprile 1959, dagli sforzi combinati di H. Abs e Lord Shawcross, fu pubblicata una bozza comune di Convenzione sugli investimenti stranieri (il c.d. "*Abs-Shawcross Draft*")<sup>268</sup>, nel tentativo di proporre un rimedio efficace alle problematiche emerse nel caso AIOC. All'articolo II della proposta di Convenzione veniva riportato il primo testo di una "*umbrella clause*"<sup>269</sup>, chiamata a svolgere un ruolo assimilabile all'*umbrella treaty* ideato da Lauterpacht. Secondo questa clausola, "*(e)ach Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which may have given in relation to investments made by nationals of any other Party*".

Riferendosi ad uno spettro particolarmente ampio e pressoché onnicomprensivo di obbligazioni ("*any undertaking*"), nell'intenzione degli autori la norma pone sotto l'ombrello di tutela del diritto internazionale anche gli accordi di natura contrattuale conclusi fra Stato ospite e investitore privato straniero<sup>270</sup>. Inoltre, diversamente dalla proposta avanzata nel 1954 da Lauterpacht, la previsione espressa all'Articolo II troverebbe applicazione non soltanto in riferimento a un singolo e specifico accordo fra imprenditore e lo Stato ospite (come il contratto tra AIOC e Iran), bensì a tutti i contratti di investimento conclusi fra uno Stato parte della Convenzione e un soggetto privato di un'altra Nazione parte della Convenzione. Sotto questa prospettiva, la "clausola ombrello" inserita nella proposta di Abs-Shawcross appare in linea con le previsioni espresse nei moderni BITs.

Va peraltro sottolineato che, così come già evidenziato per l'idea di *umbrella treaty* di Lauterpacht, anche secondo il "*Abs-Shawcross Draft*" la tutela internazionale

---

<sup>268</sup> Cfr. *Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad*, in UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, New York, vol. V, p. 395.

<sup>269</sup> Come evidenziato da Sinclair, "until the Abs-Shawcross Draft no comparable umbrella provision had previously appeared in any of the major multinational attempts to draft rules for the protection of foreign property abroad. No similar provision existed in the early League of Nations drafts, or the Harvard Research of 1929, the Charter of the International Trade Organization signed at Havana in March 1948, the Economic Agreement of Bogota signed at the Ninth International Conference of American States of May 1948, or in the ICC's International Code of Fair Treatment for Foreign Investments proposed in Quebec Congress and submitted to UNESCO in 1949". Cfr. A.C. SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, in 20(4) *Arbitration International*, 2004, LCIA, p. 422.

<sup>270</sup> Cfr. G. SCHWARZENBERGER, *Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad: A Critical Commentary*, in 9 *Journal of Public Law*, 1960, p. 154.

dell'investitore è affidata alla protezione diplomatica degli Stati nazionali. Nel periodo in questione, infatti, non era ancora stato concepito un chiaro meccanismo di *ISDS*, che consentisse la difesa autonoma dell'investitore privato in una sede diversa da quella delle corti interne dello Stato ospite.

Shawcross affermò che il testo della proposta di Convenzione costituisse una mera riaffermazione dei principi di diritto internazionale generalmente accettati nel campo degli investimenti internazionali<sup>271</sup>. In linea con questa posizione, il paragrafo 3 del Preambolo dell'*Abs-Shawcross Draft* descrive la proposta di Convenzione come un mero “*restatement of principles of conduct relating to foreign investments*”. Nel caso specifico dell'Articolo II, Abs e Shawcross sottolinearono come esso affermasse e attribuisse un contenuto specifico al principio universalmente accettato di *pacta sunt servanda*<sup>272</sup>.

Diversi altri autori rimasero tuttavia scettici al riguardo, sostenendo che le posizioni di Abs e Shawcross costituissero “*a far-reaching departure from the law as it stands*”<sup>273</sup>, allontanandosi notevolmente da una semplice cristallizzazione del diritto internazionale esistente in quel momento. Un'ulteriore critica espressa in merito all'Articolo II fu che la norma fosse eccessivamente sbilanciata a favore dell'investitore, prescrivendo una soglia troppo elevata di tutela e stabilità degli investimenti stranieri, in evidente contrasto con il principio di mutualità di diritti e doveri nelle obbligazioni contrattuali<sup>274</sup>.

A seguito della conclusione dei primi accordi bilaterali di investimento, l'OCSE pubblicò una proposta di Convenzione sulla protezione delle proprietà degli stranieri (c.d. “*OECD Draft*”), con la quale si forniva agli Stati membri dell'Organizzazione un modello per la conclusione dei loro trattati bilaterali e una generale affermazione del diritto internazionale applicabile agli investimenti esteri<sup>275</sup>. L'Articolo 2 della proposta di Convenzione, intitolato “*Observance of Undertakings*”, consiste in una clausola

---

<sup>271</sup> Cfr. H. SHAWCROSS, *The Problems of Foreign International Law*, in *102 Recueil des Cours*, 1961, p. 361-362.

<sup>272</sup> Cfr. H. J. ABS e H. SHAWCROSS, *Comment on the Draft Convention by its Authors*, in *9 Journal of Public Law*, 1960, p. 120.

<sup>273</sup> Cfr. G. SCHWARZENBERGER, *Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad: A Critical Commentary*, in *9 Journal of Public Law*, 1960, p. 155.

<sup>274</sup> Cfr. P.O. PROEHL, *Private Investment Abroad*, in *9 Journal of Public Law*, 1960, p. 362.

<sup>275</sup> Cfr. *OECD Publication N. 23081*, del novembre 1967. Il testo completo della proposta di Convenzione è consultabile online sul sito dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico: <https://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>.

ombrello dagli evidenti richiami al lavoro di Abs e Shawcross: “*Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other Party*”.

Nel Commentario ufficiale che accompagna il documento, questa disposizione è descritta come un’applicazione del principio generale di *pacta sunt servanda* a favore delle proprietà dei soggetti privati stranieri, richiamando esplicitamente il pensiero espresso da Lord Shawcross al riguardo<sup>276</sup>. Anche in questo caso, tuttavia, non sono mancate le critiche di quanti contestano l’applicazione del principio *pacta sunt servanda* in riferimento agli *State Contracts* quale principio generale di diritto internazionale<sup>277</sup>.

Sempre nel Commentario viene chiarito l’ambito oggettivo di applicazione della disposizione all’Articolo 2: secondo gli autori, infatti, il termine “proprietà” deve essere inteso nel suo senso più ampio, “*which includes, but is not limited to, investments*”<sup>278</sup>. Pur non facendo alcun riferimento espresso al contratto di investimento, infatti, l’Articolo 2 include fra i diritti di proprietà tutelati le pretese economiche e i diritti all’esecuzione delle obbligazioni derivanti dai contratti e le concessioni conclusi con lo Stato ospite<sup>279</sup>. Dai lavori preparatori delle proposte di

---

<sup>276</sup> Ivi, p.14. *Notes and Comments to Article 2*, par. 1: “Article 2 represents an application of the general principle of *pacta sunt servanda* – the maintenance of the pledged word. This principle is undoubtedly the basic norm of any system of law relating to agreements. In giving an undertaking to a national of another Party relating to his investment or concession, a Party acts in the exercise of its sovereignty (...); the undertaking itself might be governed by its own national law. However, any right originating under such an undertaking gives rise to an international right that the Party of the national concerned or of his successor in title is entitled to protect. The validity of this principle has not been challenged. Thus, the basis of the decisions of the Permanent Court of International Justice in the cases of the Serbian and Brazilian Loans was that States were not entitled unilaterally to modify or abrogate such agreements”.

<sup>277</sup> Cfr. C. N. BOWER, *The Future for Foreign Investment – Recent Developments in the International Law of Expropriation and Compensation*, in *Private Investors Abroad – Problems and Solutions in International Business in 1975, 1976*, p. 104. Bower ritiene che l’Articolo 2 si sia allontanato eccessivamente dai principi generali internazionali e dalle norme di diritto internazionale consuetudinario, “to the extent that it recognizes the applicability of the principle of *pacta sunt servanda* to agreements between a State and nationals of other States and accordingly regards the State’s breach of such an agreement as a *per se* violation of international law”.

<sup>278</sup> Cfr. *OECD Publication N. 23081*, p.41. Secondo l’Articolo 9(c) della proposta di Convenzione, il termine “proprietà” indica “all property, rights and interests, whether held directly or indirectly, including the interest which a member of a company is deemed to have in the property of the company.”

<sup>279</sup> Ivi, p.14. *Notes and Comments to Article 2*, par. 3(a): “An undertaking may be embodied in a contract or in a concession – it is not possible on legal grounds to draw a distinction between the two – and such an undertaking may represent a consensual or a unilateral engagement on the part of the Party concerned. However, it must relate to the property concerned; it is not sufficient if the link is incidental”.

Convenzione OCSE e Abs-Shawcross, dunque, non emergono particolari limiti *ratione materiae* all'applicazione delle clausole ombrello.

La proposta dell'OCSE, così come quella di Abs e Shawcross prima di essa, non ottenne però un supporto sufficiente fra gli Stati membri per concretizzarsi in un trattato multilaterale vincolante<sup>280</sup>. Con il fallimento delle trattative in sede OCSE, gli sforzi dei Paesi esportatori di investimenti si concentrarono definitivamente sulla conclusione di accordi di tipo bilaterale con gli Stati in via di sviluppo. Ciononostante, la dottrina è unanime nel riconoscere il ruolo rilevante che queste *Draft Conventions* ricoprono nell'influenzare il contenuto sostanziale dei successivi BITs.

Non è un caso, infatti, che nello stesso anno della pubblicazione dell'*Abs-Shawcross Draft*, una clausola ombrello<sup>281</sup> sia stata inserita nel primo BIT esistente, ossia il Trattato fra Germania e Pakistan per la promozione e la protezione degli investimenti del 1959. Allo stesso modo, Francia<sup>282</sup>, Stati Uniti<sup>283</sup> e Regno Unito<sup>284</sup> cominciarono ad adottare modelli di BIT che includevano clausole ombrello ispirate all'Articolo 2 della proposta OCSE del 1967. Ad oggi, quasi la metà dei BITs in vigore contiene al suo interno una norma riconducibile al modello delle *umbrella clauses*<sup>285</sup>.

---

<sup>280</sup> Sinclair sottolinea al riguardo come un ruolo importante nel fallimento dell'OECD Draft fu ricoperto proprio dall'Articolo 2 della proposta. La clausola ombrello in esso contenuta, infatti, fu percepita da Stati membri quali Grecia, Portogallo e Turchia come eccessivamente a favore dei Paesi esportatori di capitali. A ciò va aggiunto il ritiro dell'appoggio da parte del Governo statunitense, il quale, dubitando che la proposta potesse essere accettata dagli Stati in via di sviluppo, preferì intavolare negoziazioni di tipo bilaterale. Cfr. A.C. SINCLAIR, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, in *20(4) Arbitration International*, 2004, LCIA, p. 432.

<sup>281</sup> Cfr. Articolo 7 del BIT fra la Repubblica Federale Tedesca e il Pakistan: "Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other Party".

<sup>282</sup> Al riguardo, si veda P. JULLIARD, *Le reseau francais des conventions bilaterales d'investissements: à la recherche d'un droit perdu?*, in *13 Droit et pratique du commerce internationale*, 1987, p.16

<sup>283</sup> Si vedano, al riguardo, l'Articolo 11(4) del Modello di BIT del 1983 e l'Articolo 11(2) del Modello di BIT del 1984 e 1987.

<sup>284</sup> Sull'influenza della proposta OCSE sui BIT britannici, si veda E. DENZA e S. BROOKS, *Investment Protection Treaties: United Kingdom Experience*, in *36 International and Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 910.

<sup>285</sup> Il *Working Paper* OCSE dell'ottobre 2006 di K. YANNACA-SMALL sull'interpretazione delle clausole ombrella negli accordi di investimento stima che circa il 40% degli oltre 2,500 BIT esistenti includa una clausola di questo tipo, pur con variazioni di forma e contenuto a seconda degli Stati firmatari. Svizzera, Paesi Bassi, Regno Unito e Germania, ad esempio, includono tali disposizioni nella stragrande maggioranza dei loro BIT. Ai trattati bilaterali vanno aggiunti anche alcuni accordi multilaterali di investimento, come la *Energy Charter Treaty* (all'Articolo 10(1) *in fine*) e l'*Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Agreement* (all'Articolo 111(3)). L'accordo NAFTA, invece, non contiene alcuna previsione che rientri nella categoria delle *umbrella clauses*. Il *Working Paper* OCSE è disponibile alla consultazione sul sito [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006\\_3.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2006_3.pdf).

### 3. Gli effetti delle *umbrella clauses* sulla competenza dei Tribunali ICSID

Da quanto esposto sino a questo punto emerge con chiarezza lo scopo che si prefissero i primi teorici delle clausole ombrello. Esso consiste essenzialmente nel consentire l'attribuzione del potere di dirimere le controversie, derivanti da un contratto di investimento, in capo ad un organo arbitrale terzo e imparziale rispetto alle parti controvertenti.

Tale obiettivo, tuttavia, si trovò a collidere con il tradizionale principio secondo cui esiste una netta distinzione fra *treaty claims* (sui quali i Tribunali *treaty-based* hanno espressamente competenza), e *contract claims* (riferiti in maniera pressoché esclusiva alla competenza delle corti nazionali). In questo panorama spiccatamente dualistico, quindi, la possibilità di estendere la giurisdizione dell'arbitrato internazionale anche alle controversie di natura contrattuale fu fortemente osteggiata, tanto dagli Stati sovrani quanto dagli stessi Tribunali ICSID.

Non è un caso, dunque, che le prime decisioni circa gli effetti espansivi delle *umbrella clauses* sulla giurisdizione arbitrale furono di esito sfavorevole all'investitore, mentre ancora oggi esistono voci in dottrina e giurisprudenza che invitano alla cautela in merito all'interpretazione eccessivamente espansiva di questo genere di clausole.

#### 3.1. L'interpretazione restrittiva delle *umbrella clauses*

Il caso più rappresentativo di questo filone giurisprudenziale è senza dubbio quello discusso dinnanzi al Tribunale ICSID del caso *SGS v. Pakistan*<sup>286</sup>. Nonostante le clausole ombrello abbiano trovato posto all'interno dei trattati bilaterali di investimento praticamente sin dalla loro nascita, gli arbitri del caso *SGS v. Pakistan* furono i primi – nel 2003 – a doversi pronunciare direttamente sugli effetti di tali disposizioni<sup>287</sup>.

---

<sup>286</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003.

<sup>287</sup> È possibile individuare un primissimo riferimento a una clausola ombrello già nella decisione del Tribunale di *Fedax v. Venezuela* (cfr. ICSID *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, decisione del 9 marzo 1998); in quel caso, però, gli arbitri non concentrarono nel dettaglio la loro attenzione sull'analisi degli effetti della clausola stessa ai fini della soluzione della causa. Sulla

Oggetto della controversia era la presunta violazione, fra gli altri, dell'Articolo 11 del BIT fra Svizzera e Pakistan, che recitava: “*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*”. La società svizzera SGS, infatti, lamentava l’illegittima risoluzione del contratto di investimento (denominato *PSI Agreement*) ad opera del Governo del Pakistan, “elevata” – secondo l’opinione sostenuta dall’investitore – a violazione del BIT ad opera del sopracitato Articolo 11.

Il Tribunale si apprestò, quindi, ad affrontare per la prima volta un argomento del tutto nuovo<sup>288</sup>. Procedendo secondo i criteri interpretativi comuni, iniziò cercando di associare alla clausola del BIT il significato ordinario delle parole in essa contenute, alla luce del contesto e degli scopi del Trattato stesso<sup>289</sup>.

Il risultato di questo primo approccio interpretativo, tuttavia, portò gli arbitri a rigettare la tesi espressa dalla parte attrice, negando dunque che l’Articolo 11 del BIT potesse effettivamente trasformare il *contract claim*, derivante dalla violazione del *PSI Agreement*, in un *treaty claim* azionabile in sede ICSID: “*Applying these familiar norms of customary international law on treaty interpretation, we do not find a convincing basis for accepting the Claimant’s contention that Article 11 of the BIT has had the effect of entitling a Contracting Party’s investor, like SGS, in the face of a valid forum selection contract clause, to ‘elevate’ its claims grounded solely in a contract with another Contracting Party, like the PSI Agreement, to claims grounded on the BIT, and accordingly to bring such contract claims to this Tribunal for resolution and decision*”<sup>290</sup>. Il Tribunale proseguì quindi elencando una serie di ragioni a sostegno della propria conclusione.

Innanzitutto, gli arbitri non furono soddisfatti dall’interpretazione data dalla parte attrice dell’espressione “*constantly guarantee the observance of*” contenuta nella clausola ombrello. Secondo l’investitore, infatti, questo passaggio avrebbe segnato la

---

questione, si veda T.W. WALDE, in *The “Umbrella” Clause in Investment Arbitration, A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, in 6 *Journal of World Investment & Trade*, 2005, p. 210.

<sup>288</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>289</sup> Il riferimento del Tribunale è all’articolo 31(1) della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati: “Un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo”.

<sup>290</sup> *Ibidem*, p. 165.

creazione (e la contemporanea accettazione da parte dello Stato ospite) di un nuovo obbligo di diritto internazionale a carico degli Stati firmatari del BIT. Viceversa, agli occhi del Tribunale arbitrale, l'Articolo 11 in questione "*does not purport to state that breaches of contract alleged by an investor in relation to a contract it has concluded with a State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically 'elevated' to the level of breaches of international treaty law*"<sup>291</sup>.

Secondo gli arbitri, infatti, dall'interpretazione della clausola non emergerebbe alcuna intenzione condivisa dalle parti contraenti del BIT di innalzare le violazioni contrattuali al grado di condotte passibili di responsabilità internazionale. E' invece innegabile, in senso contrario, – prosegue il Tribunale – l'esistenza di un principio di diritto internazionale secondo il quale "*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*"<sup>292</sup>.

A sostegno della propria tesi, inoltre, gli arbitri misero in evidenza la posizione dell'Articolo 11, posto fra le ultime disposizioni del BIT. Da questo elemento – secondo le argomentazioni del Tribunale – è possibile dedurre una rilevanza della clausola ombrello in qualche modo minore rispetto agli standard previsti dai primi articoli del BIT.<sup>293</sup>

---

<sup>291</sup> Gli stessi arbitri riconobbero la novità della questione, assieme con le difficoltà che derivano dall'assenza di ogni riferimento giurisprudenziale: "It appears that this is the first international arbitral tribunal that has had to examine the legal effect of a clause such as Article 11 of the BIT". *Ibidem*, p. 166.

<sup>292</sup> *Ibidem*, par. 167.

<sup>293</sup> *Ibidem*, par. 169-170: "Another consideration that appears to us to support our reading of Article 11 of the BIT, is the location of Article 11 in the BIT(...). We note that Article 11 is not placed together with the substantive obligations undertaken by the Contracting Parties in Articles 3 to 7 (...). Given the above structure and sequence of the rest of the Treaty, we consider that, had Switzerland and Pakistan intended Article 11 to embody a substantive "first order" standard obligation, they would logically have placed Article 11 among the substantive "first order" obligations set out in Articles 3 to 7. The separation of Article 11 from those obligations by the subrogation article and the two dispute settlement provisions (Articles 9 and 10), indicates to our mind that Article 11 was not meant to project a substantive obligation like those set out in Articles 3 to 7, let alone one that could, when read as SGS asks us to read it, supersede and render largely redundant the substantive obligations provided for in Articles 3 to 7"

Dopo aver chiarito in questo modo il fondamento giuridico della propria decisione, gli arbitri proseguirono evidenziando le pesanti conseguenze che avrebbe portato con sé l'accettazione dell'interpretazione della clausola ombrello suggerita dalla parte attrice. Innanzitutto, il riferimento alla “*observance of the commitments*” contenuto nell'Articolo 11 avrebbe condotto, secondo il Tribunale, ad incorporare come parte stessa del BIT un numero pressoché sconfinato di obbligazioni contrattuali, portando a un incontrollabile moltiplicarsi di richieste di arbitrato internazionale laddove sarebbe stato idoneo il giudizio di un giudice nazionale<sup>294</sup>.

In secondo luogo, l'interpretazione dell'investitore avrebbe reso del tutto superflua e inutile la dimostrazione di una violazione degli standard sostanziali di trattamento previsti dalle norme del BIT: “*There would be no real need to demonstrate a violation of those substantive treaty standards if a simple breach of contract, or of municipal statute or regulation, by itself, would suffice to constitute a treaty violation on the part of a Contracting Party and engage the international responsibility of the Party*”<sup>295</sup>.

Quindi, consentendo all'attore di avanzare pretese fondate su *contract claims* dinnanzi a Tribunali ICSID, si sarebbe concesso all'investitore di aggirare ogni clausola, contenuta nel contratto di investimento, che disponesse un mezzo di risoluzione delle controversie diverso dall'arbitrato degli investimenti<sup>296</sup>.

L'argomentazione proposta dal Tribunale del caso *SGS v. Pakistan* appare contestabile sotto diversi punti di vista. Innanzitutto, è erroneo affermare che, interpretando in senso eccessivamente ampio il contenuto della *umbrella clause*, questa renderebbe superflua ogni altra norma a protezione dell'investitore prevista dal trattato bilaterale. Le previsioni di tutela contenute nel BIT, infatti, includono standard che non sono generalmente contenuti nei contratti di investimento: divieto di discriminazione, impegno a un trattamento giusto ed equo, protezione dall'espropriazione e garanzia di trattamento più favorevole rispetto agli altri Stati<sup>297</sup>.

---

<sup>294</sup> *Ibidem*, par. 168: “Article 11 would amount to incorporating by reference an unlimited number of State contracts, as well as other municipal law instruments setting out State commitments including unilateral commitments to an investor of the other Contracting Party. Any alleged violation of those contracts and other instruments would be treated as a breach of the BIT”.

<sup>295</sup> *Ibidem*.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

<sup>297</sup> Della stessa opinione sono C. SCHREUER, in *Travelling the BIT Route - Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, in 5 *Journal of World Investment & Trade*, 2004, p. 253 e J. WONG, in *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty*

Gli arbitri fallirono, inoltre, nel dare un contenuto effettivo alla clausola ombrello<sup>298</sup> - in violazione del principio di *effet utile* - avendola di fatto svuotata ogni significato. Il Tribunale stesso rigettò l'argomentazione, avanzata dall'attore, secondo cui “*any view of Article 11 of the BIT other than the one urged by it, would render Article 11 useless, a result abhorrent to the principle of effectiveness in treaty interpretation*”, affermando di non aver escluso l'applicazione della clausola in questione in circostanze “eccezionali”, come il caso in cui uno Stato ospite avesse impedito materialmente all'investitore di avanzare le proprie legittime pretese davanti a un arbitrato internazionale nonostante gli espliciti accordi contrattuali al riguardo<sup>299</sup>. Secondo gli arbitri, infatti, il principio più corretto da adottare per l'interpretazione di una clausola limitativa della sovranità statale è quello del “*in dubio pars mitior est sequenda, or marked tersely, in dubio mitius*”<sup>300</sup>.

In concreto, tuttavia, dal lodo del caso *SGS v. Pakistan* emerge chiaramente la preoccupazione degli arbitri per le conseguenze di un'interpretazione eccessivamente espansiva delle *umbrella clauses*. L'intera argomentazione proposta dal Tribunale sembra infatti adottata con lo scopo di limitare gli effetti di una norma, piuttosto che interpretare la volontà delle parti che l'hanno redatta.

Altrettanto restrittiva è stata l'interpretazione adottata dal Tribunale arbitrale del caso *Salini v. Giordania*<sup>301</sup>, in riferimento alla clausola ombrello prevista dal BIT concluso fra Giordania e Italia. Nel caso in questione, la società italiana sosteneva che l'Articolo 2(4)<sup>302</sup> del trattato bilaterale di investimento consentisse di trasformare gli

---

*Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, in *14 George Mason Law Review*, 2006-2007, p.164.

<sup>298</sup> E' questo il parere del Tribunale ICSID in *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, par 125: “Not only are the reasons given by the Tribunal in *SGS v. Pakistan* unconvincing: the Tribunal failed to give any clear meaning to the “umbrella clause”.

<sup>299</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 172.

<sup>300</sup> *Ibidem*, par. 171.

<sup>301</sup> Cfr. ICSID Cfr. ICSID *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decisione sulla giurisdizione del 9 novembre 2004, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>.

<sup>302</sup> Cfr. Trattato di promozione e Protezione degli investimenti fra Italia e Giordania, Articolo 2(4): “Each Contracting Party shall create and maintain in its territory a legal framework apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, in good faith, of all undertakings assumed with regard to each specific investor”.

obblighi contrattuali dell'accordo di investimento in un'obbligazione di diritto internazionale, che poteva essere invocata di fronte al Tribunale ICSID.

Il Tribunale, tuttavia, constatò come la clausola citata dalla parte attrice, interpretata secondo il criterio testuale, non prevedesse alcun vincolo nei confronti dello Stato ospite circa il rispetto di specifici obblighi contrattuali assunti con l'investitore: *“Under Article 2(4), each contracting Party committed itself to create and maintain in its territory a ‘legal framework’ favourable to investments. This legal framework must be apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment. It must in particular be such as to ensure compliance of all undertakings assumed under relevant contracts with respect to each specific investor. But under Article 2(4), each Contracting Party did not commit itself to ‘observe’ any ‘obligation’ it had previously assumed with regard to specific investments of investors of the other contracting Party (...). It did not even guarantee the observance of commitments it had entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Parties (...). It only committed itself to create and maintain a legal framework apt to guarantee the compliance of all undertakings assumed with regard to each specific investor”*<sup>303</sup>.

Secondo gli arbitri del caso *Salini*, quindi, la norma prevista dall'Articolo 2(4) del BIT imponeva agli Stati firmatari del trattato di mantenere semplicemente una “cornice giuridica” favorevole agli investimenti, senza alcun riferimento alla trasformazione degli obblighi assunti da contratto in impegni di diritto internazionale. Il Tribunale, peraltro, sembrò giungere a una simile conclusione interpretando in maniera restrittiva la terminologia adottata nel BIT, piuttosto che gli effetti della clausola ombrello in generale.

Secondo un certo filone giurisprudenziale, invece, la presenza di una clausola ombrello all'interno del BIT consente alla parte attrice di avanzare pretese fondate sulle violazioni di obblighi contrattuali solamente nei casi in cui tali violazioni derivino da un atto *iure imperii*, ossia nell'esercizio della sovranità statale.

Un caso citato sovente in supporto di questa interpretazione è *Joy Mining v. Egitto*<sup>304</sup>. Nel lodo in questione, il Tribunale ICSID negò la propria competenza sul

---

<sup>303</sup> Cfr. ICSID *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decisione sulla giurisdizione del 9 novembre 2004, par. 126.

<sup>304</sup> Cfr. ICSID *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2004.

presupposto che il rapporto fra la parte attrice e lo Stato convenuto non potesse essere definito “investimento” secondo la definizione data dal BIT fra Egitto e Regno Unito. Pur avendo riconosciuto la propria mancanza di competenza sulla controversia, il Tribunale proseguì la propria analisi affrontando anche altri punti, compreso l’effetto della clausola ombrello inserita nel trattato bilaterale. La posizione adottata degli arbitri fu a favore di un’interpretazione restrittiva della clausola in questione, in linea con quanto in precedenza sostenuto dal Tribunale di *SGS v. Pakistan*: “*It could not be held that an umbrella clause inserted in the Treaty, and not very prominently, could have the effect of transforming all contract disputes into investment disputes under the Treaty, unless of course there would be a clear violation of the Treaty rights and obligations or a violation of contract rights of such a magnitude as to trigger the Treaty protection, which is not the case*”<sup>305</sup>.

Nel corso del loro ragionamento, tuttavia, gli arbitri evidenziarono la possibilità di distinguere fra “aspetti contrattuali della controversia” e “altri aspetti, riguardanti l’esistenza di una qualche forma di interferenza da parte dello Stato nell’esecuzione del contratto”<sup>306</sup>. Da questa affermazione sembra potersi ricavare, pertanto, un margine – seppur minimo – di applicazione delle *umbrella clauses*, riconducibile a quelle violazioni contrattuali derivanti da “some form of State interference with the operation of the contract involved”. In tale occasione, tuttavia, il Tribunale riconobbe che non fosse stata provata alcuna “interferenza” di questo tipo da parte dello Stato egiziano a danno dei diritti contrattuali di Joy Mining.

Nel caso *El Paso v. Argentina*<sup>307</sup>, il Tribunale dedicò un’ampia parte del proprio lodo discutendo sulla natura e agli effetti delle *umbrella clauses* sulla giurisdizione ICSID. Innanzitutto, va evidenziato che – nella loro analisi – gli arbitri non adottarono la Convenzione di Vienna del 1969 come fondamento normativo per l’interpretazione delle clausole convenzionali<sup>308</sup>. Il Tribunale infatti preferì una “interpretazione bilanciata” che potesse tenere in considerazione tanto il principio sovranità statale

---

<sup>305</sup> *Ibidem*, par. 81.

<sup>306</sup> *Ibidem*, par. 72.

<sup>307</sup> Cfr. ICSID *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decisione sulla giurisdizione del 27 aprile 2006, consultabile sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0268\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0268_0.pdf).

<sup>308</sup> Si veda, al riguardo, J.P. GAFFNEY E J.L. LOFTIS, *The "Effective Ordinary Meaning" of BITS and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims*, in 8 *Journal of World Investment & Trade*, 2007, p. 49.

quanto la responsabilità dello Stato ospite sulla tutela degli investimenti stranieri: “*On the one hand, some contend that the treaty should be interpreted so as to favour State sovereignty; on the other, it has been argued that the interpretation should favour the investor's protection*”<sup>309</sup>.

In pratica, tuttavia, gli arbitri decisero per una chiara presa di posizione a favore della sovranità statale, secondo il principio “*in dubio mitius*” già proposto dal Tribunale del caso *SGS v. Pakistan*. Il Tribunale, infatti, sostenne che una *umbrella clause* non potesse essere utilizzata per trasformare un *contract claim* in un *treaty claim*, in quanto, accogliendo questa ipotesi, il risultato sarebbe stato l'internazionalizzazione di tutti gli impegni assunti dallo Stato nei confronti dell'investimento, “*even the most minor ones*”<sup>310</sup>.

La continuità con il lodo del caso *SGS v. Pakistan* è evidente anche nel passaggio in cui gli arbitri evidenziarono come l'applicazione letterale indiscriminata della clausola ombrello avrebbe reso inutili tutti gli standard di protezione previsti dal BIT: “*If any violation of any legal obligation of a State is ipso facto a violation of the treaty, then that violation needs not amount to a violation of the high standards of the treaty of 'fair and equitable treatment' or 'full protection and security'*”<sup>311</sup>.

Il Tribunale del caso *El Paso*, pur sostenendo ampiamente le argomentazioni di *SGS v. Pakistan*, formulò una tesi autonoma in merito all'ambito di applicazione delle *umbrella clauses*, incentrata sulla distinzione fra “*State as a merchant*” e “*State as a sovereign*”<sup>312</sup>. Secondo il Tribunale, infatti, la clausola ombrello “*will not extend the Treaty protection to breaches of an ordinary commercial contract entered into by the State or a State-owned entity, but will cover additional investment protections contractually agreed by the State as a sovereign – such as a stabilization clause – inserted in an investment agreement*”.

Gli arbitri sembrano dunque ammettere la possibilità che, tramite una clausola ombrello, alcuni obblighi contrattuali contenuti in accordi conclusi dallo Stato “in veste di ente sovrano” possano rientrare nella competenza dei Tribunali ICSID. Non

---

<sup>309</sup> Cfr. ICSID *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decisione sulla giurisdizione del 27 aprile 2006, par. 68, 70.

<sup>310</sup> *Ibidem*, par. 82.

<sup>311</sup> *Ibidem*, par. 76.

<sup>312</sup> *Ibidem*, par. 79. Nel paragrafo in questione, gli arbitri evidenziarono come già il Tribunale di *Joy Mining v. Egitto* avesse proposto una simile distinzione.

appare però chiaro in che modo sia possibile distinguere un accordo in cui lo Stato “appears as a sovereign”<sup>313</sup> da un contratto in cui lo Stato opera *iure gestionis*, in quanto nessuna indicazione è ricavabile al riguardo dal BIT.

D’altro canto, il Tribunale sembra suggerire che la parte attrice sia legittimata ad avanzare solamente quei *contract claims* già sussumibili negli autonomi standard di tutela offerti dal BIT: “*In the Tribunal’s view, it is especially clear that the umbrella clause does not extend to any contract claims when such claims do not rely on a violation of the standards of protection of the BIT, namely, national treatment, MFN clause, fair and equitable treatment, full protection and security, protection against arbitrary and discriminatory measures, protection against expropriation or nationalisation either directly or indirectly, unless some requirements are respected*”<sup>314</sup>. È possibile osservare, dunque, come l’interpretazione degli arbitri sembri privare di una reale autonomia la clausola ombrello, che risulta azionabile unicamente in concomitanza con la violazione di un’altra norma sostanziale del BIT.

Dalla lettura della decisione del caso *El Paso v. Argentina*, seguita pochi mesi dopo dal lodo di *Pan American/BP v. Argentina*<sup>315</sup>, emerge con evidenza come gli arbitri siano stati guidati perlopiù dal timore delle conseguenze di un’interpretazione estensiva delle *umbrella clauses*<sup>316</sup>. È lo stesso Tribunale del caso *El Paso* a confermarlo: “*(i)t is the firm conviction of this Tribunal that the investors will not use appropriate restraint – and why should they? – if the ICSID tribunals offer them unexpected remedies. The responsibility for showing appropriate restraint rests rather in the hands of the ICSID tribunals*”.

In linea con quella che ritenevano essere una loro responsabilità, dunque, gli arbitri si allontanarono dall’interpretazione testuale della clausola ombrello, con lo scopo – dichiarato – di limitare le opzioni dell’investitore ritenute eccessivamente lesive della sovranità statale.

---

<sup>313</sup> *Ibidem*, par. 80.

<sup>314</sup> *Ibidem*, par. 84.

<sup>315</sup> Cfr. ICSID *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decisione sulla giurisdizione del 27 luglio 2006, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0616.pdf>. Il Tribunale di *Pan American*, peraltro, condivideva ben due arbitri con il collegio arbitrale di *El Paso v. Argentina*; non stupisce, dunque, il fatto che le posizioni espresse in entrambe le decisioni siano pressoché coincidenti sotto molteplici aspetti.

<sup>316</sup> Di questo parere è J. SAVAGE, in *Investment Treaty Arbitration and Asia: Review of Developments in 2005 and 2006*, in *1 Asian International Arbitration Journal*, 2007, p. 40.

### 3.2. L'interpretazione espansiva delle *umbrella clauses*

Il primo, e probabilmente più rappresentativo, caso in cui un Tribunale ICSID abbia accolto un'interpretazione ampia delle clausole ombrello è *SGS v. Filippine*. Pur condividendo con *SGS v. Pakistan* la parte attrice, il lodo in questione ha visto una prima importante apertura da parte degli arbitri nell'utilizzo delle *umbrella clauses* al fine di ampliare la giurisdizione ICSID anche ai casi di *contract claims*.

La controversia del caso *SGS v. Filippine*<sup>317</sup> sorse a seguito del mancato pagamento, da parte dello Stato ospite, di alcuni servizi compiuti dalla società svizzera, provocando una violazione del contratto di investimento (*CCIS Agreement*). SGS si rivolse, quindi, all'arbitrato ICSID, sostenendo che il Tribunale arbitrale detenesse la competenza sulla controversia in base alla clausola ombrello prevista all'Articolo X(2) del BIT fra Svizzera e Filippine: “*Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in this territory by investors of the other Contracting Party*”.

Analizzando la norma in questione, gli arbitri del caso *SGS v. Filippine* si distinsero immediatamente dall'operato dei propri predecessori di *SGS v. Pakistan*, evidenziando come la clausola ombrello dovesse essere interpretata secondo il proprio significato letterale: “*Article X(2) means what it says*”<sup>318</sup>.

Partendo da questo presupposto, il Tribunale evidenziò immediatamente il carattere vincolante e obbligatorio della clausola ombrello, espresso dalle parti con la scelta del termine “*shall*” (allo stesso modo delle altre norme sostanziali incluse nel BIT). Dalla semplice lettura della disposizione emerse anche l'ambito di applicazione della norma, che va a incidere senza distinzioni su “*any obligation (...) assumed with regard to specific investments*”.

In questa formula furono pertanto ricomprese quelle obbligazioni derivanti dal diritto nazionale, in primis quelle contrattuali: il Tribunale sottolineò, infatti, che uno Stato ospite normalmente adotta obbligazioni “*with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party*” tramite il proprio diritto

---

<sup>317</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004.

<sup>318</sup> *Ibidem*, par. 119.

interno<sup>319</sup>. Dall'interpretazione del testo dell'Articolo X(2) del BIT, il Tribunale concluse che “*each Contracting Party shall observe any legal obligation it has assumed, or will in the future assume, with regard to specific investments covered by the BIT*”<sup>320</sup>.

Gli arbitri sottolinearono come quella da loro fornita fosse l'unica interpretazione capace di attribuire alla clausola ombrello un significato produttivo di effetti (nel rispetto, quindi, del principio di *effet utile*) e soprattutto coerente con le finalità e gli scopi del trattato all'interno del quale tale disposizione era stata inserita.

Il BIT è, infatti, una convenzione per la reciproca promozione e protezione degli investimenti transnazionali, “che si prefigge di creare e mantenere delle condizioni favorevoli per gli investimenti da parte degli investitori di una delle Parti Contraenti nel territorio dell'altra”<sup>321</sup>: secondo gli arbitri ICSID, quindi, in caso di incertezze interpretative è necessario propendere per il significato in concreto più favorevole alla protezione degli investimenti<sup>322</sup>. Emerge con evidenza la critica al principio di “*in dubio mitius*” utilizzato come principale criterio interpretativo, appena un anno prima, dal Tribunale di *SGS v. Pakistan*.

Il Tribunale del caso *SGS v. Filippine* continuò quindi contestando una ad una le argomentazioni addotte dagli arbitri di *SGS v. Pakistan*, con l'intenzione di evidenziare i limiti dell'interpretazione estremamente restrittiva proposta da questi ultimi.

In primis, il Tribunale rilevò come la principale preoccupazione esposta nel caso *SGS v. Pakistan* fosse quella di un'espansione pressoché illimitata del numero di obbligazioni tutelate direttamente dal BIT. Secondo gli arbitri del caso *SGS v. Filippine*, tuttavia, l'analisi testuale della clausola ombrello è sufficiente a escludere questi ingiustificati timori: “*It is true that Article X(2) of the Swiss-Philippines BIT likewise is not limited to contractual obligations. But it is limited to 'obligations ...*

---

<sup>319</sup> *Ibidem*, par. 115

<sup>320</sup> *Ibidem*.

<sup>321</sup> Cfr. Preambolo del BIT concluso fra Confederazione Svizzera e Repubblica delle Filippine, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6219.pdf>: “Le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République des Philippines, désireux d'intensifier la coopération économique dans l'intérêt mutuel des deux Etats, dans l'intention de créer et de maintenir des conditions favorables aux investissements des investisseurs d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante, reconnaissant la nécessité d'encourager et de protéger les investissements étrangers en vue de promouvoir la prospérité économique des deux Etats, sont convenus de ce qui suit”.

<sup>322</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, par. 116.

*assumed with regard to specific investments'. For Article X(2) to be applicable, the host State must have assumed a legal obligation, and it must have been assumed vis-à-vis the specific investment – not as a matter of the application of some legal obligation of a general character. This is very far from elevating to the international level all 'the municipal legislative or administrative or other unilateral measures of a Contracting Party'*"<sup>323</sup>. Il testo stesso della *umbrella clause*, indicando il proprio ambito di applicazione, ne traccia come diretta conseguenza anche i limiti: perché le obbligazioni siano ricomprese nell'alveo di tutela del BIT, esse devono essere state assunte dallo Stato ospite nel contesto del rapporto di investimento.

La seconda critica avanzata nei confronti degli arbitri del caso *SGS v. Pakistan* è rivolta all'applicazione errata – da parte di questi ultimi – di principi generali di diritto internazionale, allo scopo di generare una presunzione contro l'interpretazione estensiva delle clausole ombrello. Il principio in questione è l'Articolo 3 dei *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, che recita: "*The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law*".

Gli arbitri del caso *SGS v. Filippine* non contestarono l'esistenza di questa norma di diritto internazionale, la cui importanza nel settore degli investimenti fu evidenziata anche nella decisione di annullamento del Comitato *ad hoc* del caso *Vivendi*<sup>324</sup>; va considerato, tuttavia, che nel caso *Vivendi* il Comitato *ad hoc* si trovava ad operare in assenza di una clausola ombrello all'interno del BIT fra Francia e Argentina, per cui sarebbe stato scorretto estendere le sue argomentazioni in un contesto giuridico profondamente differente<sup>325</sup>.

Il Tribunale del caso *SGS v. Filippine* condivise con gli arbitri di *SGS v. Pakistan* la preoccupazione secondo cui un'interpretazione estensiva della clausola ombrello avrebbe potuto causare un indebito aggiramento delle clausole di risoluzione delle controversie previste nel contratto di investimento. Questo elemento, tuttavia, non è tale da giustificare un'interpretazione tanto restrittiva da svuotare di ogni contenuto la

---

<sup>323</sup> *Ibidem*, par. 121.

<sup>324</sup> Cfr. ICSID *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002, par. 95-98, 101.

<sup>325</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, par. 122.

clausola del BIT<sup>326</sup>. Come si avrà modo di osservare a breve, infatti, il Tribunale del caso *SGS v. Filippine* distinse gli effetti della *umbrella clause* sulla giurisdizione ICSID dalla concreta ammissibilità della controversia all'arbitrato internazionale.

Particolarmente criticata, infine, fu la tesi del Tribunale del caso *SGS v. Pakistan* che vedeva nella posizione della clausola ombrello al termine del BIT un segnale della sua scarsa importanza, rispetto alle altre norme convenzionali. Gli arbitri di *SGS v. Filippine* sottolineano come questo elemento fosse “non decisivo” e decisamente poco convincente: “(i)n particular, it is difficult to accept that the same language in other Philippines BITs is legally operative, but that it is legally inoperative in the Swiss-Philippines BIT merely because of its location”<sup>327</sup>.

Secondo il Tribunale del caso *SGS v. Filippine*, le argomentazioni dei propri predecessori di *SGS v. Pakistan* muovevano dal presupposto che un'interpretazione estensiva della clausola ombrello contenuta nel BIT avrebbe portato a una “*full-scale internationalisation of domestic contracts*”, a seguito della quale i contratti di investimento si sarebbero “trasformati” in trattati internazionali con una sorta di “transustanziazione istantanea”<sup>328</sup>. Questa considerazione, per il Tribunale del caso *SGS v. Filippine*, non è corretta: “[la clausola ombrello] *does not convert questions of contract law into questions of treaty law. In particular it does not change the proper law of the CISS Agreement from the law of the Philippines to international law. Article X(2) addresses not the scope of the commitments entered into with regard to specific investments but the performance of these obligations, once they are ascertained. It is a conceivable function of a provision such as Article X(2) of the Swiss-Philippines BIT to provide assurances to foreign investors with regard to the performance of obligations assumed by the host State under its own law with regard to specific investments – in effect, to help secure the rule of law in relation to investment protection. In the Tribunal's view, this is the proper interpretation of Article X(2)*”<sup>329</sup>.

L'effetto principale della clausola ombrello, secondo gli arbitri del caso *SGS v. Filippine*, non è quello di modificare la natura degli obblighi derivanti dal CISS

---

<sup>326</sup> *Ibidem*, par. 123.

<sup>327</sup> *Ibidem*, par. 124.

<sup>328</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 172.

<sup>329</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, par. 126. Corsivo in originale.

*Agreement* – che continuano ad essere governati dal diritto applicabile stabilito nel contratto, ossia il diritto nazionale dello Stato ospite – bensì quello di estendere la competenza del Tribunale ICSID sulle violazioni del contratto di investimento: “[la *umbrella clause*], if it has any effect at all, confers jurisdiction on an international tribunal, and needs to do so with adequate certainty”<sup>330</sup>.

Le violazioni contrattuali perpetrate dallo Stato ospite, dunque, sono considerate come fonte di un vero e proprio *treaty claim* da parte del Tribunale arbitrale<sup>331</sup>. Questo, però, non significa che il contratto in sé si sia “trasformato” in un trattato internazionale: le obbligazioni contrattuali continuano ad essere regolate e interpretate secondo il diritto nazionale ad esse applicabile, e non in base al diritto internazionale consuetudinario o convenzionale.

Negli anni successivi alla pronuncia di questa decisione, numerosi Tribunali ICSID hanno sostenuto la “*jurisdictional function*” delle *umbrella clauses*, dimostrando di accogliere la tesi proposta dagli arbitri del caso *SGS v. Filippine*. Essi evidenziarono, quindi, come questo genere di clausole siano rilevanti unicamente ai fini della competenza dei Tribunali arbitrali, senza tuttavia interessare il merito della controversia. Fra i casi in questione è possibile citare i Tribunali dei casi *Toto v. Libano*<sup>332</sup>, *Continental Casualty v. Argentina*<sup>333</sup>, *SGS v. Paraguay*<sup>334</sup>, *Eureko v. Polonia*<sup>335</sup> e *Lemire v. Ucraina*<sup>336</sup>, nonché il Comitato di Annullamento del caso *CMS*

---

<sup>330</sup> *Ibidem*, par. 125.

<sup>331</sup> Cfr. ICSID *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decisione sulla giurisdizione del 2 giugno 2010, consultabile sul sito, par. 189: “the Tribunal notes that Burlington’s umbrella clause claim is a Treaty claim, not a contract claim”.

<sup>332</sup> Cfr. ICSID *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decisione sulla giurisdizione dell’11 settembre 2009, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0869.pdf>, par. 202: “Although Article 9.2 of the Treaty may be used as a mechanism for the enforcement of claims, it does not elevate pure contractual claims into treaty claims. The contractual claims remain based upon the contract; they are governed by the law of the contract”.

<sup>333</sup> Cfr. ICSID *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Decisione del 5 settembre 2008, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>, par. 298: “the fact that the obligation at issue arises under a contract or a unilateral commitment and is governed by local law does not exclude the operation of the umbrella clause, although the determination of the content of the obligation under the applicable national law may be a pre-requisite”.

<sup>334</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decisione sulla giurisdizione del 12 febbraio 2010, par. 174.

<sup>335</sup> Cfr. ICSID *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Decisione parziale del 19 agosto 2005, consultabile sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf), par. 256-257.

<sup>336</sup> Cfr. ICSID *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decisione sulla giurisdizione del 14 gennaio 2010, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case->

v. *Argentina*<sup>337</sup>. Il consenso crescente attorno a questa posizione è confermato dal fatto che le decisioni arbitrali a sostegno di tesi differenti (e maggiormente restrittive) circa gli effetti delle *umbrella clauses* sono state pronunciate in un periodo più risalente, mentre i lodi arbitrali più recenti appaiono concordi su questo punto<sup>338</sup>.

Non sono mancati, tuttavia, casi in cui i Tribunali ICSID sono giunti a sostenere un'interpretazione estremamente espansiva delle clausole ombrello, affermando che tali disposizioni avessero l'effetto di trasformare le obbligazioni contrattuali in obblighi di diritto internazionale.

Nel caso *Noble Ventures v. Romania*<sup>339</sup>, la parte attrice sosteneva che la violazione del contratto di investimento concluso con il Fondo Sovrano Romeno (SOF) costituisca una violazione del BIT fra Stati Uniti e Romania, come conseguenza della clausola ombrello contenuta all'Articolo II(2)(c) del trattato bilaterale<sup>340</sup>. Chiamato dunque ad analizzare il contenuto e gli effetti della clausola in questione, il Tribunale fondò la propria opera interpretativa sui criteri indicati dalla Convenzione di Vienna del 1969: *“it is necessary, first, to interpret Art. II (2)(c) regardless of the other cases. In doing so, reference has to be made to Arts. 31 et seq. of the Vienna Convention on the Law of Treaties which reflect the customary international law concerning treaty interpretation. Accordingly, treaties have to 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 the object and purpose of the Treaty, while recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work and the circumstances of its conclusion, only in order to confirm the meaning resulting from*

---

[documents/ita0453.pdf](#), par. 498: “[la clausola ombrello] brings the Settlement Agreement into the ambit of the BIT ... This, however, exhausts the effect of the umbrella clause; the umbrella clause has no impact on the meaning or scope of the Settlement Agreement. In other words, any violation of the umbrella clause presupposes a breach of the Settlement Agreement”.

<sup>337</sup> Cfr. ICSID *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione del Comitato *ad hoc* sull'Annullamento del 25 settembre 2007, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf>, par. 95: “The effect of the umbrella clause is not to transform the obligation which is relied on into something else; the content of the obligation is unaffected, as is its proper law”.

<sup>338</sup> Questa tendenza è stata evidenziata dall'analisi della giurisprudenza ICSID proposta da J. ANTONY in *Umbrella Clauses Since SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines – A Developing Consensus*, in *29(4) Arbitration International*, LCIA, 2013, p. 638.

<sup>339</sup> Cfr. ICSID *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Decisione del 12 ottobre 2005, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>

<sup>340</sup> Cfr. BIT Stati Uniti-Romania, Articolo II(2)(c): “Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”.

*the application of the aforementioned methods of interpretation. Reference should also be made to the principle of effectiveness (effet utile), which, too plays an important role in interpreting treaties*<sup>341</sup>. Applicando i canoni interpretativi esposti dalla Convenzione sul diritto dei trattati, quindi, il Tribunale concluse che l'Articolo II(2)(c) avesse lo scopo di creare in capo agli Stati contraenti un nuovo e ulteriore obbligo, in aggiunta agli standard di tutela esposti nel BIT<sup>342</sup>.

Dopo aver accertato ciò, gli arbitri richiamarono il principio di diritto internazionale secondo cui una violazione contrattuale da parte di uno Stato non provoca *per se* la diretta responsabilità internazionale dello stesso<sup>343</sup>. Questa norma – affermò il Tribunale – non è inderogabile. Con la conclusione di un trattato bilaterale sugli investimenti, infatti, due Stati possono liberamente creare un'eccezione alla naturale distinzione fra diritto nazionale e diritto internazionale: “*(i)n other words, two States may include in a bilateral investment treaty a provision to the effect that, in the interest of achieving the objects and goals of the treaty, the host State may incur international responsibility by reason of a breach of its contractual obligations towards the private investor of the other Party, the breach of contract being thus ‘internationalized’, i.e. assimilated to a breach of the treaty. In such a case, an international tribunal will be bound to seek to give useful effect to the provision that the parties have adopted*”<sup>344</sup>.

Lo scopo (e il principale effetto) delle *umbrella clauses* sarebbe quindi quello di introdurre un'eccezione alla tradizionale separazione fra obblighi contrattuali e internazionali, in modo tale che la violazione di una norma contrattuale sia “internazionalizzata” quale fonte di responsabilità internazionale dello Stato ospite. Di conseguenza, il Tribunale affermò che le violazioni contrattuali lamentate dall'investitore non fossero più considerabili come *contract claims*, ma costituissero a

---

<sup>341</sup> Cfr. ICSID *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Decisione del 12 ottobre 2005, par. 50.

<sup>342</sup> *Ibidem*, par 51: “Considering that Art. II (2)(c) BIT uses the term ‘shall’ and that it forms part of the Article which provides for the major substantial obligations undertaken by the parties, there can be no doubt that the Article was intended to create obligations, and obviously obligations beyond those specified in other provisions of the BIT itself.”

<sup>343</sup> Cfr. Articolo 3 dei *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 2001.

<sup>344</sup> Cfr. ICSID *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Decisione del 12 ottobre 2005, par. 54.

tutti gli effetti violazioni del BIT, ossia *treaty claims* su cui il Tribunale deteneva la piena competenza<sup>345</sup>.

L'interpretazione – estremamente espansiva – data alla clausola ombrello dal Tribunale di *Noble Ventures* può essere ritrovata nel lodo del caso *BIVAC v. Paraguay*<sup>346</sup>. In quest'ultimo caso, infatti, il Tribunale ICSID affermò che l'*umbrella clause* contenuta nel BIT fra Paesi Bassi e Paraguay stabilisse, per gli Stati Contraenti, l'obbligo internazionale di rispettare i vincoli contrattuali conclusi con gli investitori<sup>347</sup>: “(f)or these reasons, we conclude that Article 3(4) of the BIT does have the effect for which BIVAC argues, namely that it gives the Tribunal jurisdiction over a claim that arises from or is produced directly in relation to the Contract. (...) Assuming that Article 3(4) does import the obligations under the Contract into the BIT, giving this Tribunal jurisdiction to interpret and apply the Contract as such, then it must have imported into the BIT all of the obligations owed by Paraguay to BIVAC under the Contract”. Così come in *Noble Ventures*, anche in *BIVAC* gli arbitri attribuirono dunque alla clausola ombrello la facoltà di “importare” il contenuto del contratto di investimento all'interno delle norme di tutela del BIT, elevando il contratto al rango di trattato ai fini della giurisdizione ICSID.

#### **4. Le *umbrella clauses* e le clausole contrattuali di risoluzione delle controversie**

Nel capitolo precedente si è avuto modo di osservare come la giurisprudenza ICSID, a partire dalla decisione del Comitato di Annullamento del caso *Vivendi*, risulti concorde nell'affermare la propria competenza sui *treaty claims* avanzati dalla parte attrice, pur in presenza di una clausola di scelta del *foro* domestico presente nel contratto di investimento. È opportuno sottolineare – però – che nel caso discusso dal Comitato *ad hoc* del caso *Vivendi* la “*fundamental basis of the claim*” fosse una norma del trattato d'investimento fra Francia e Argentina: l'investitore, infatti, aveva

---

<sup>345</sup> *Ibidem*, par. 62: “By reason therefore of the inclusion of Art. II(2)(c) in the BIT, the Tribunal therefore considers the Claimant’s claims of breach of contract on the basis that any such breach constitutes a breach of the BIT”.

<sup>346</sup> Cfr. ICSID *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Decisione sulla giurisdizione del 29 maggio 2009, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0103.pdf>

<sup>347</sup> *Ibidem*, par 141.

avanzato in sede ICSID un *treaty claim* “puro”<sup>348</sup>, ossia una diretta violazione di uno standard di tutela espressamente incluso nel BIT.

Dottrina e giurisprudenza si sono quindi domandati se il principio espresso nella decisione di annullamento del caso *Vivendi* fosse applicabile anche ai casi in cui la parte attrice si fosse rivolta all’arbitrato ICSID lamentando violazioni essenzialmente contrattuali, ma azionabili davanti ai Tribunali arbitrali per mezzo di una *umbrella clause* inclusa nel BIT. A tal proposito, il quesito centrale emerso è il seguente: nel caso in cui la competenza del Tribunale arbitrale trovi fondamento in una clausola ombrello – e quindi, in ultima analisi, in una obbligazione contrattuale – quali sono gli effetti di una *forum selection clause* a favore dei giudici nazionali, eventualmente contenuta nel contratto di investimento concluso fra le parti?

Già nel caso *SGS v. Pakistan* il Tribunale arbitrale dimostrò di aver considerato le implicazioni che un’interpretazione espansiva della clausola ombrello avrebbe prodotto in riferimento alla scelta esclusiva del *foro* competente inserita nell’accordo di investimento. Secondo gli arbitri di *SGS v. Pakistan*, qualora si consentisse alla parte attrice di valersi di una *umbrella clause* come fondamento delle proprie pretese dinnanzi al Tribunale arbitrale, la conseguenza inevitabile sarebbe l’impossibilità – per lo Stato ospite – di dare esecuzione alla *domestic forum selection clause* concordata con l’investitore nell’accordo originario di investimento. Si verrebbe a creare, quindi, una situazione eccessivamente sbilanciata a favore della parte privata, alla quale sarebbe concesso di svincolarsi dagli impegni contrattuali precedentemente assunti, mentre lo Stato convenuto rimarrebbe – di fatto – in balia della scelta operata dall’attore: “*A third consequence would be that an investor may, at will, nullify any freely negotiated dispute settlement clause in a State contract. On the reading of Article 11 urged by the Claimant, the benefits of the dispute settlement provisions of a contract with a State also a party to a BIT, would flow only to the investor. For that investor could always defeat the State’s invocation of the contractually specified forum, and render any mutually agreed procedure of dispute settlement, other than BIT-specified ICSID arbitration, a dead-letter, at the investor’s choice. The investor*

---

<sup>348</sup> Come evidenziato in precedenza, il fatto che la violazione del BIT sia generata da una violazione contrattuale non è rilevante ai fini della qualificazione di un *treaty claim*: una stessa situazione fattuale, infatti “may indeed be the basis for a claim for breach of the contract and another with the purpose of engaging the international responsibility of the State”. Cfr. E. GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, Parigi, 2004, p. 759.

would remain free to go to arbitration either under the contract or under the BIT. But the State party to the contract would be effectively precluded from proceeding to the arbitral forum specified in the contract unless the investor was minded to agree. The Tribunal considers that Article 11 of the BIT should be read in such a way as to enhance mutuality and balance of benefits in the inter-relation of different agreements located in differing legal orders”<sup>349</sup>.

Per gli arbitri del caso *SGS v. Pakistan*, dunque, l’unico modo per ristabilire l’equilibrio fra le parti della controversia ed evitare l’aggiramento dei vincoli contrattuali è quello di interpretare in maniera altamente restrittiva i margini di applicazione della clausola ombrello inclusa nel BIT, dando precedenza alla scelta del *foro* domestico prevista nell’accordo di investimento.

La problematica circa la compatibilità fra *umbrella clauses* e *domestic forum selection clauses* è emersa con evidenza anche nella successiva decisione del Tribunale ICSID di *SGS v. Filippine*. Nel caso in questione, gli arbitri dimostrarono di condividere i timori portati alla luce nel caso *SGS v. Pakistan*<sup>350</sup>. Ciononostante, il Tribunale di *SGS v. Filippine* respinse la soluzione offerta dai propri predecessori di *SGS v. Pakistan*, consistente – di fatto – nel totale svuotamento di ogni contenuto dell’*umbrella clause*.

Alla base della propria argomentazione, il Tribunale del caso *SGS v. Filippine* pose il principio secondo cui “*a binding exclusive jurisdiction clause in a contract should be respected, unless overridden by another valid provision*”<sup>351</sup>: ciò che gli arbitri sono chiamati a decidere, dunque, è se una *umbrella clause* contenuta in un BIT possa essere considerata una “*valid provision*” capace di derogare la clausola di scelta esclusiva inserita dalle parti nel contratto di investimento. La risposta a questa domanda, per il Tribunale del caso *SGS v. Filippine*, è negativa. Per giungere a una simile conclusione gli arbitri si affidarono a due considerazioni.

La prima consiste nel principio generale di diritto riassumibile con il brocardo latino “*generalia specialibus non derogant*”. Mentre la clausola di scelta del foro contenuta nel *CISS Agreement* è applicabile specificamente all’accordo di investimento concluso

---

<sup>349</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 168.

<sup>350</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, par. 123.

<sup>351</sup> *Ibidem*, par. 138.

fra SGS e le Filippine, il BIT è chiamato a disciplinare i rapporti fra uno degli Stati firmatari e ogni potenziale investitore straniero dell'altro Stato parte. Gli arbitri considerarono quindi le norme del BIT come “generalisti”<sup>352</sup> e quindi cedevoli rispetto alle previsioni del contratto specificamente riferibili alla controversia loro devoluta.

La seconda considerazione era incentrata sul ruolo affidato al trattato di protezione degli investimenti dalla maggioranza degli arbitri del caso *SGS v. Filippine*. Il Tribunale descrisse infatti il BIT come un “*framework treaty*”<sup>353</sup>, chiamato a supportare e integrare – e non scavalcare e derogare – l'accordo di investimento negoziato e concluso direttamente dall'investitore e dallo Stato ospite.

Utilizzando la clausola ombrello contenuta nel BIT, la parte attrice richiese ed ottenne dal Tribunale arbitrale che gli obblighi contenuti nel contratto di investimento fossero tutelati internazionalmente, cosicché una violazione del contratto potesse essere considerata come un *treaty claim* in sede ICSID. Nel fare ciò, tuttavia, l'investitore non può selezionare a proprio piacimento le sole obbligazioni a sé favorevoli, rifiutandosi d'altra parte di rispettare quegli obblighi – parimenti inseriti nell'accordo – che risultano contrari ai propri interessi. Se l'investitore intende utilizzare il contratto come fondamento delle proprie pretese, è tenuto innanzitutto a rispettarne ogni singola disposizione: “*a party to a contract cannot claim on that contract without itself complying with it (...). 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*”<sup>354</sup>. Grazie alla *umbrella clause*, il contratto di investimento può essere fondamento della competenza del Tribunale arbitrale, ma solamente se considerato nella sua interezza.

Sostenendo questa posizione, tuttavia, gli arbitri del caso *SGS v. Filippine* si trovarono a dover conciliare la riconosciuta efficacia di una clausola contrattuale, che affidava in maniera esclusiva la competenza della controversia ai giudici nazionali

---

<sup>352</sup> *Ibidem*, par. 141: “The BIT itself was not concluded with any specific investment or contract in view”.

<sup>353</sup> *Ibidem*.

<sup>354</sup> *Ibidem*, par. 154-155.

filippini<sup>355</sup>, con l'interpretazione estensiva della clausola ombrello da loro stessi sostenuta e ampiamente argomentata.

La soluzione fu trovata effettuando una distinzione fra “giurisdizione” del Tribunale arbitrale e “ammissibilità” della singola pretesa. Secondo gli arbitri, infatti, la giurisdizione arbitrale ICSID è frutto esclusivamente della combinazione fra le norme del BIT e le disposizioni contenute nella Convenzione ICSID. Nel momento in cui gli Stati si impegnano ad offrire agli investitori stranieri lo strumento dell'arbitrato internazionale, concludendo un apposito trattato internazionale, è “quantomeno dubbio” che un soggetto privato possa rinunciare a questo diritto per mezzo di un contratto di diritto interno<sup>356</sup>. Pertanto, secondo gli arbitri, la questione non è se il Tribunale abbia o meno competenza nonostante la presenza della *domestic forum selection clause*: salvo espressa previsione contraria, infatti, la giurisdizione attribuita dal BIT non può essere abrogata da un contratto<sup>357</sup>. Piuttosto, è lecito domandarsi se la parte attrice possa fare affidamento sul contratto di investimento come fondamento delle proprie pretese in sede ICSID, quando lo stesso contratto esclude espressamente questa facoltà prevedendo la competenza esclusiva del *foro* nazionale. Secondo gli arbitri, all'investitore non deve essere riconosciuta questa possibilità, ma non perché il Tribunale sia sprovvisto di giurisdizione, bensì perché la pretesa concretamente avanzata dall'attore non risulta ammissibile: “*This impediment, based as it is on the principle that a party to a contract cannot claim on that contract without itself complying with it, is more naturally considered as a matter of admissibility than jurisdiction*”<sup>358</sup>.

Pur avendo accertato la propria competenza sulla controversia, dunque, il Tribunale arbitrale decise di sospendere la decisione fintanto che i giudici nazionali filippini non si fossero pronunciati sul merito della controversia sul contratto di investimento.

---

<sup>355</sup> Cfr. Articolo 12 del *CCIS Agreement*: “All actions concerning disputes in connection with the obligations of either party to this Agreement shall be filed at the Regional Trial Courts of Makati or Manila.”

<sup>356</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, par. 154: “It is, to say the least, doubtful that a private party can by contract waive rights or dispense with the performance of obligations imposed on the States parties to those treaties under international law”.

<sup>357</sup> *Ibidem*.

<sup>358</sup> *Ibidem*.

L'argomentazione proposta dagli arbitri del caso *SGS v. Filippine* ha trovato applicazione anche nel caso *BIVAC v. Paraguay*. In tale occasione, infatti, il Tribunale arbitrale riconobbe la propria giurisdizione sulla pretesa contrattuale avanzata dalla parte attrice sulla base di una clausola ombrello; ciononostante, la pretesa in sé fu considerata inammissibile, in quanto le parti controvertenti si erano precedentemente impegnate – tramite una clausola contrattuale di giurisdizione esclusiva – a risolvere le controversie riguardanti il contratto stesso dinnanzi alle corti nazionali paraguaiane. Nel rispetto dell'autonomia contrattuale delle parti, dunque, il Tribunale ICSID concluse che l'investitore non potesse fare affidamento sulla *umbrella clause* contenuta nel BIT per richiedere il rispetto degli obblighi contrattuali, ignorando allo stesso tempo le disposizioni in merito alla risoluzione delle controversie previste dall'accordo medesimo<sup>359</sup>.

Va sottolineato, peraltro, come già all'interno del collegio arbitrale del caso *SGS v. Filippine* non vi fosse stata unanimità riguardo all'efficacia delle clausole contrattuali di scelta del *foro* competente. Secondo l'opinione dissenziente di Antonio Crivellaro, infatti, le disposizioni convenzionali contenute nel BIT non cederebbero dinnanzi a una *dispute settlement clause* contenuta nell'accordo di investimento. Il parere dell'arbitro italiano era incentrato sulla considerazione che il BIT avesse conferito all'investitore il diritto di disporre di *fori* addizionali rispetto a quello contrattualmente previsto dal *CISS Agreement*: “Article VIII(2) of the BIT offers to the investor the unconditioned right to submit the dispute ‘either to the national jurisdiction [...] or to

---

<sup>359</sup> Cfr. ICSID *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Decisione sulla giurisdizione del 29 maggio 2009, par. 159: “For the reasons set out above, assuming that Article 3(4) of the BIT provides a basis for the exercise of jurisdiction by the tribunal over claims relating to the Contract, we conclude that the claim in relation to Article 3(4) [la *umbrella clause*] is inadmissible, because:

(1) In Article 9(1) of the Contract the parties agreed to a legally binding exclusive jurisdiction clause which provided for the resolution of ‘any conflict, controversy or claim which arises from or is produced in relation to [the] Contract’ only by the Tribunals of the City of Asunción;

(2) Article 3(4) of the BIT does not override the exclusive jurisdiction clause of Article 9(1) of the Contract;

(3) ‘the fundamental basis of the claim’ presented by BIVAC in respect of Article 3(4) of the BIT concerns a “conflict, controversy or claim” arising from or produced in relation to the Contract;

(4) having regard to the need to respect the autonomy of the parties, BIVAC cannot rely on the Contract as the basis of a claim under Article 3(4) of the BIT when the Contract itself refers that claim exclusively to another forum, in the absence of exceptional reasons which might make the contractual forum unavailable;

(5) the proper forum for the resolution of the contractual claim that has been raised under Article 3(4) of the BIT is the Tribunals of the City of Asunción, applying the law of Paraguay.

*international arbitration*’ (ICSID, or UNCITRAL). I emphasize the words ‘either ... or ...’ because they are, in my understanding, indicative of the host State’s intention to offer an *additional forum option, left to the investor’s choice*”<sup>360</sup>. Secondo Crivellaro, quindi, il BIT priverebbe la clausola contrattuale della sua esclusività, lasciando libero l’investitore di selezionare, oltre alle corti nazionali dello Stato ospite, anche le alternative offerte dal trattato sugli investimenti<sup>361</sup>.

Ad oggi, la giurisprudenza prevalente dei Tribunali ICSID dimostra di aver superato la distinzione fra “giurisdizione” e “ammissibilità” proposta dalla decisione del caso *SGS v. Filippine*, affermando in maniera netta che l’efficacia di una clausola ombrello contenuta nel BIT rimane del tutto impregiudicata dalla presenza di una *forum selection clause* inserita nel contratto di investimento<sup>362</sup>.

Il fondamento di questa interpretazione è l’opinione, ormai pressoché pacifica, secondo la quale la pretesa della parte attrice fondata su una *umbrella clause* debba essere qualificata a tutti gli effetti come un *treaty claim*, nonostante trovi origine da una violazione del contratto di investimento da parte dello Stato ospite.

Partendo da questo assunto diviene quindi possibile riferire alle clausole ombrello quelle considerazioni – già citate al Capitolo III – espresse dal Comitato di Annullamento del caso *Vivendi* circa gli effetti delle *domestic forum selection clauses* sulla giurisdizione ICSID: “*where ‘the fundamental basis of the claim’ is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the*

---

<sup>360</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Opinione dissenziente di A. Crivellaro, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0783.pdf>, par. 3. Sottolineato in originale.

<sup>361</sup> È dunque scorretto affermare che le norme del BIT “escludano” l’applicazione della clausola contrattuale: il *foro* nazionale concordato dalle parti nel contratto rimane infatti un’alternativa disponibile all’investitore, il quale tuttavia non ne è vincolato in maniera esclusiva: “In the reality, neither one of the two provisions ‘overrides’ or ‘replaces’ the other. They both survive and coexist. Article 12 of the CISS Agreement remains effective also after entry into force of the BIT, except for the fact that the domestic forum ceases to be the ‘exclusive’ forum from the investor’s perspective. SGS could have brought the dispute to either the domestic courts or to the ICSID Tribunal. And if the Respondent commenced a case before the Philippines courts under Article 12 of the CISS Agreement, SGS could not invoke Article VIII(2) of the BIT for denying their jurisdiction”. *Ibidem*, par. 4.

<sup>362</sup> Per un’analisi della giurisprudenza ICSID sull’argomento, si veda J. ANTONY in *Umbrella Clauses Since SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines – A Developing Consensus*, in *29(4) Arbitration International*, LCIA, 2013, p. 626.

*claimant and the respondent state or one of its subdivisions cannot operate as a bar to the application of the treaty standard*<sup>363</sup>.

Equiparando a tutti gli effetti la pretesa fondata sulla violazione di una *umbrella clause* con quella derivante dal mancato rispetto di uno qualsiasi degli standard di tutela del BIT, ne deriva che in entrambe le situazioni la presenza di una clausola contrattuale che affermi la competenza esclusiva sulla controversia sia del tutto irrilevante ai fini della competenza dei Tribunali ICSID.

Questa analisi è stata accolta dai Tribunali arbitrali dei casi *CMS v. Argentina*<sup>364</sup>, *LG&E v. Argentina*<sup>365</sup>, *Siemens v. Argentina*<sup>366</sup>, *Salini v. Giordania*<sup>367</sup> ed *Eureko v. Polonia*<sup>368</sup>, ed è perfettamente riassunta in questo modo dagli arbitri del caso *SGS v. Paraguay*: “Given that the Tribunal does not adopt Respondent's characterization of Claimant's claims as contractual rather than treaty claims, the Contract's forum selection clause is readily disposed of. That is, if Claimant had not advanced claims for breach of the Treaty and had brought forward only claims for breach of the Contract, we would be faced with different questions, including the relationship

---

<sup>363</sup> Cfr. ICSID *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002, par. 101.

<sup>364</sup> Cfr. ICSID *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione sulla giurisdizione del 17 luglio 2003, par. 76: “the clauses in the License or its Terms referring certain kinds of disputes to the local courts of the Republic of Argentina are not a bar to the assertion of jurisdiction by an ICSID Tribunal under the Treaty, as the functions of these various instruments are different”.

<sup>365</sup> Cfr. ICSID *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decisione sulla responsabilità del 3 ottobre 2006, par 61: “The Tribunal considered that the contractual forum selection clause in the license could not affect the Tribunal's jurisdiction because the claims at issue were BIT claims and not contractual claims”.

<sup>366</sup> Cfr. ICSID *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decisione sulla giurisdizione del 3 agosto 2004, par. 180: “The Tribunal concurs with decisions of previous ICSID arbitral Tribunals on this matter and in particular recalls the statement made by the Ad hoc Annulment Committee in Vivendi to the effect that ‘A treaty cause of action is not the same as a contractual cause of action; it requires a clear showing of conduct which is in the circumstances contrary to the treaty standard. The availability of local courts ready and able to resolve specific issues (...) is not dispositive, and it does not preclude an international Tribunal from considering the merits of the dispute’”.

<sup>367</sup> Cfr. ICSID *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decisione sulla giurisdizione del 4 novembre 2004, par. 96: “the Tribunal will note that the dispute settlement procedures provided for in the Contract could only cover claims based on breaches of the Contract. Those procedures cannot cover claims based on breaches of the BIT (including breaches of those provisions of the BIT guaranteeing fulfilment of contracts signed with foreign investors). Therefore Article 9(2) does not deprive the Tribunal of such jurisdiction, as it may have, to entertain treaty claims of this nature under other provisions of the BIT”.

<sup>368</sup> Cfr. ICSID *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Decisione parziale del 19 agosto 2005, par. 113: “Claimant in the present arbitration advances claims for breach of the Treaty and, applying the teaching of the decision of the ad hoc Committee in the Vivendi annulment case, every one of those claims must be heard and judged by this Tribunal”.

*between Article 9 of the Contract (providing for dispute resolution of contract claims in the courts of the City of Asuncion) and Article 9 of the BIT (providing for resolution of 'disputes with respect to investments'). Here, however, we accept that Claimant has stated claims under the Treaty, so the question before us is simply whether a contractual forum selection clause can divest this Tribunal of its jurisdiction to hear claims for breach of the Treaty. The answer to that question is undoubtedly negative. (...) this rule applies with equal force in the context of an umbrella clause. It has been argued that, if the umbrella clause violation is premised on a failure to observe a contractual commitment, one cannot say (in the Vivendi I annulment committee's words) that the 'fundamental basis of the claim' is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged' - because, for that type of umbrella clause claim, the treaty applies no legal standard that is independent of the contract. But that argument ignores the source in the treaty of the State's claimed obligation to abide by its commitments, contractual or otherwise. Even if the alleged breach of the treaty obligation depends upon a showing that a contract or other qualifying commitment has been breached, the source of the obligation cited by the Claimant, and hence the source of the claim, remains the treaty itself<sup>369</sup>.*

## **5. I soggetti che possono fare affidamento sulle *umbrella clauses***

Sino a questo punto, si è valutata la questione degli effetti delle *umbrella clauses* partendo dal presupposto che le parti della controversia in sede arbitrale coincidano con i firmatari del contratto d'investimento: l'investitore straniero e lo Stato ospite. Nella realtà dei fatti, tuttavia, non è raro che tale coincidenza di soggetti non abbia luogo.

Si pensi, innanzitutto, al caso in cui il contratto di investimento non sia concluso direttamente con lo Stato ospite, bensì con un ente pubblico sub-statale quale, ad esempio, una provincia autonoma ovvero una società pubblica. Allo stesso tempo, può accadere che la parte attrice non abbia preso parte alla conclusione dell'accordo di investimento, e che agisca in sede arbitrale soltanto in qualità di socio azionista di una

---

<sup>369</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decisione sulla giurisdizione del 12 febbraio 2010, par. 138 e 142.

propria controllata. La questione centrale che il Tribunale si trova a dover affrontare in tali occasioni è, dunque, se la clausola ombrello possa trovare applicazione soltanto in presenza di un effettivo legame contrattuale fra le parti controvertenti (la c.d. “*privity of contract*”), ovvero se il suo ambito di applicazione debba essere esteso fino ad includere anche le società madri/azioniste e gli enti pubblici sub-statali.

L’arbitrato degli investimenti non è nuovo a sfuggire alle logiche tradizionali della “*privity of contract*”. Nonostante il requisito del consenso sia sempre essenziale, il meccanismo di accettazione della giurisdizione arbitrale da parte degli Stati tramite un’offerta aperta agli investitori (tipico dei BITs) ha portato infatti alla definizione di “*arbitration without privity*”<sup>370</sup>. Tuttavia, di fronte alla possibilità di escludere del tutto la necessità di un legame contrattuale fra le parti in causa, i Tribunali ICSID si sono dimostrati divisi, tanto che – ad oggi – non è possibile delineare una chiara e uniforme posizione giurisprudenziale al riguardo.

**5.1.** L’applicazione delle *umbrella clauses* nei casi in cui vi sia una società controllata dalla parte attrice

Nell’intraprendere un’attività di investimento presso uno Stato straniero, può accadere che l’investitore decida di utilizzare i propri capitali per costituire o acquisire il controllo di una società incorporata nello Stato in questione, attraverso la quale operare nel territorio d’investimento. Come già osservato in precedenza<sup>371</sup>, l’Articolo 25(2)(b) della Convenzione di Washington prevede al riguardo che i Tribunali ICSID possano dichiarare la propria competenza sulle controversie fra lo Stato ospite dell’investimento e “*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*”.

Nel caso di una controversia incentrata su una clausola ombrello, peraltro, accanto alla questione in merito alla definizione di “*foreign control*”, va considerato un ulteriore elemento di complessità. In una tipica *umbrella clause*, infatti, lo Stato

---

<sup>370</sup> Si veda al riguardo J. PAULSSON, *Arbitration without Privity*, in *10 ICSID Review*, 1995, p. 232.

<sup>371</sup> Cfr. Capitolo II di questo lavoro.

firmatario del BIT si impegna a rispettare tutti gli impegni assunti in occasione dell'accordo di investimento. Qualora l'investitore faccia valere di fronte al Tribunale arbitrale la violazione di questa clausola del BIT, tuttavia, lo Stato in questione potrebbe eccepire di non aver assunto alcun obbligo nei confronti della parte attrice – avendo egli concluso l'accordo di investimento con un soggetto giuridicamente distinto da quest'ultima – e che, pertanto, non gli sia imputabile alcuna violazione del trattato internazionale. Di fronte a una simile eccezione, la giurisprudenza dei Tribunali ICSID non offre sfortunatamente una risposta unitaria, ma anzi essa si dimostra divisa praticamente a metà<sup>372</sup>.

Nel caso *Azurix v. Argentina*, la controversia sorse in merito alla privatizzazione dei servizi idrici della Provincia argentina di Buenos Aires. La società attrice statunitense aveva acquisito delle quote azionarie di una controllata argentina, ABA, la quale firmò un contratto di concessione di servizi direttamente con le autorità provinciali. Lamentando il mancato rispetto delle previsioni contrattuali, Azurix agì in sede ICSID nei confronti dello Stato argentino, dichiarando la responsabilità di quest'ultimo per le azioni del Governo provinciale, concretizzatesi in una violazione della clausola ombrello contenuta nel BIT fra Stati Uniti e Argentina<sup>373</sup>. Gli arbitri, tuttavia, respinsero la pretesa di Azurix, sottolineando come entrambe le parti controvertenti fossero giuridicamente estranee al contratto concluso da ABA con la Provincia di Buenos Aires: *“As already stated by the Tribunal in affirming its jurisdiction within the limits permitted by the Convention and the BIT, the Tribunal finds that none of the contractual claims as such refer to a contract between the parties to these proceedings; neither the Province nor ABA are parties to them. While Azurix may submit a claim under the BIT for breaches by Argentina, there is no undertaking to be honored by Argentina to Azurix other than the obligations under the BIT. Even if for argument's sake, it would be possible under Article II(2)(c) to hold Argentina responsible for the alleged breaches of the Concession Agreement by the Province, it*

---

<sup>372</sup> Nell'analisi effettuata da J. ANTONY in *Umbrella Clauses Since SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines – A Developing Consensus*, in *29(4) Arbitration International*, LCIA, 2013, p. 629, dei 14 casi discussi sull'argomento dai Tribunali ICSID fino al 2013, ci fu una divisione pressoché equa fra decisioni favorevoli (8) e contrarie (6) all'applicazione della clausola ombrello avente ad oggetto un contratto di cui l'attore non era parte.

<sup>373</sup> Cfr. Articolo II(2)(c) del BIT concluso da Argentina e USA: “Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”.

was ABA and not Azurix which was the party to this Agreement”<sup>374</sup>. Sfortunatamente, il Tribunale del caso *Azurix* non aggiunse ulteriori argomentazioni a sostegno della propria decisione.

Nel caso *Siemens v. Argentina* il Tribunale arbitrale si rifiutò, sulla base delle stesse ragioni espresse in *Azurix*<sup>375</sup>, di applicare la clausola ombrello contenuta nel BIT tedesco-argentino al contratto di investimento concluso da SITS, controllata della società di Monaco di Baviera. Anche in questo caso, tuttavia, le motivazioni del Tribunale non entrano nel dettaglio della materia: “*The Tribunal considers that Article 7(2) has the meaning that its terms express, namely, that failure to meet obligations undertaken by one of the Treaty parties in respect to any particular investment is converted by this clause into a breach of the Treaty. Whether an arbitral tribunal is the tribunal which has jurisdiction to consider that breach or whether it should be considered by the tribunals of the host State of the investor is a matter that this Tribunal does not need to enter. The Claimant is not a party to the Contract and SITS is not a party to these proceedings. In regards to the scope of Article 10(1), the Tribunal concurs with the submission that reference to disputes related to investments would cover contractual disputes for purposes of the consent of the parties to arbitration given the wide meaning of the term ‘investments’ and the terms of Article 7(2). However, to the extent that the obligations assumed by the State party are of a contractual nature, such obligations must originate in a contract between the State party to the Treaty and the foreign investor as, for instance, in the SGS cases*”<sup>376</sup>.

Un’analisi maggiormente approfondita giunge dal Comitato *ad hoc* del caso *CMS v. Argentina*. Anche in questa occasione, il caso era incentrato su un contratto d’investimento concluso da una controllata della parte attrice e lo Stato argentino<sup>377</sup>. La decisione del Tribunale arbitrale aveva riconosciuto in sede di giurisdizione la

---

<sup>374</sup> Cfr. *ICSID Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decisione del 14 luglio 2006, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>, par. 384.

<sup>375</sup> Come evidenziato da N. GALLUS, in *An Umbrella Just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract*, in *21(1) Arbitration International*, LCIA, 2008, p. 159, non è un caso che entrambi i Tribunali condividessero il medesimo presidente.

<sup>376</sup> Cfr. *ICSID Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decisione del 6 febbraio 2007, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>, par. 204-205.

<sup>377</sup> Il BIT di riferimento è nuovamente il trattato concluso da Argentina e USA, contenente una clausola ombrello all’Articolo II(2)(c).

facoltà di CMS di avanzare dei *treaty claims* in qualità di azionista di TGN, ma non aveva spiegato nel merito in che modo la società controllante statunitense potesse far valere in giudizio i diritti contrattuali della propria controllata<sup>378</sup>.

Il Comitato di Annullamento analizzò la clausola ombrello inserita nel BIT, evidenziando che nell'indicare come oggetto della disposizione “any obligations it may have entered into with regard to investments”<sup>379</sup>, la clausola ombrello facesse riferimento esclusivamente ad obbligazioni di natura consensuale: “(...) it seems clear that Article II(2)(c) is concerned with consensual obligations arising independently of the BIT itself (i.e. under the law of the host State or possibly under international law). Further they must be specific obligations concerning the investment. They do not cover general requirements imposed by the law of the host State”<sup>380</sup>. Dopo aver ristretto in questo modo l'ambito di applicazione *ratione materiae* della clausola ombrello, il Comitato proseguì la propria argomentazione analizzando le condizioni *ratione personae* di applicazione della *umbrella clause*, suggerendo che un rapporto obbligatorio consensuale, per sua natura, non potesse essere esteso nei confronti di soggetti diversi da quelli che hanno espresso il proprio consenso: “Consensual obligations are not entered into erga omnes but with regard to particular persons. Similarly, the performance of such obligations or requirements occurs with regard to, and as between, obligor and obligee”<sup>381</sup>. Questa osservazione culminò in una terza e più generale presa di posizione: secondo il Comitato di Annullamento, poiché l'*umbrella clause* non muta in alcun modo il contenuto dell'obbligo contrattuale, né la legge ad esso applicabile, se ne può dedurre che lo stesso si possa dire riguardo ai soggetti vincolati dall'obbligazione, che restano pertanto i firmatari del contratto di investimento: “The effect of the umbrella clause is not to transform the obligation which is relied on into something else; the content of the obligation is unaffected, as is its proper law. If this is so, it would appear that the parties to the obligation (i.e., the persons bound by it and entitled to rely on it) are likewise not changed by reason

---

<sup>378</sup> Cfr. ICSID *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Application for Annulment and Request for Stay of Enforcement of Arbitral Award, 8 settembre 2005, par. 87.

<sup>379</sup> Cfr. ICSID *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione del Comitato *ad hoc* sull'Annullamento del 25 settembre 2007, par. 95(a). Corsivo in originale.

<sup>380</sup> *Ibidem*.

<sup>381</sup> *Ibidem*, par. 95(b).

of the umbrella clause”<sup>382</sup>. Di conseguenza, la conclusione implicitamente offerta dal Comitato è che, di fronte ad un Tribunale ICSID, la società controllante straniera possa fondare le proprie pretese soltanto su quegli obblighi in cui essa stessa ricopra il ruolo di creditore.

Sebbene sia apprezzabile lo sforzo attuato dal Comitato *ad hoc* nel tentativo di chiarire il punto controverso, l’intera costruzione esplicativa sembra fondarsi sull’assunto che le obbligazioni cui le *umbrella clauses* si riferiscono possano essere unicamente di natura consensuale e, dunque, bilaterale. Questo porterebbe l’interprete a dover escludere l’intera gamma di obblighi che lo Stato, unilateralmente, pone a proprio carico, privandoli della tutela garantita dalla clausola ombrello senza alcun fondamento testuale che giustifichi tale conseguenza.

Parimenti critici in merito alle posizioni sostenute dal Comitato di Annullamento di *CMS* sono i Tribunali ICSID dei casi *Duke v. Ecuador*<sup>383</sup>, *LG&E v. Argentina*<sup>384</sup>,

---

<sup>382</sup> *Ibidem*, par. 95(c). Corsivo in originale. Come evidenziano J.C. HONLET e G. BORG in *The Decision of the ICSID Ad hoc Committee in CMS v. Argentina Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause: SGS Philippines Revisited*, in 7 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2008, p. 13: “This approach is again a direct import of *SGS v. Philippines*: ‘[the umbrella clause] does not convert questions of contract law into questions of treaty law. In particular, it does not change the proper law of the [agreement] from the law of the Philippines to international law. [The umbrella clause] addresses not the *scope* of the commitments entered into with regard to specific investments but the *performance* of these obligations, once they are ascertained [...]. To summarize the Tribunal’s conclusion on this point, [the umbrella clause] 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’”. Corsivo in originale.

<sup>383</sup> Cfr. ICSID *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, del 18 agosto 2008 consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0256.pdf>.

<sup>384</sup> Cfr. ICSID *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. The Argentine Republic*, Decisione del 25 luglio 2007, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0462.pdf>.

*Sempra v. Argentina*<sup>385</sup>, *Enron v. Argentina*<sup>386</sup> e *Continental Casualty v. Argentina*<sup>387</sup>, e ciò nonostante in tutti i casi citati la clausola ombrello oggetto della decisione fosse la medesima di quella minuziosamente analizzata dal Comitato *ad hoc* nel caso *CMS*. A tal proposito, è interessante osservare come sia stato possibile giungere a conclusioni drasticamente differenti pur partendo da una clausola testualmente identica. Mentre il Comitato di Annullamento del caso *CMS* ha costruito tutta la propria argomentazione sulla espressione della *umbrella clause* “any obligations it may have entered into”, l’attenzione dei Tribunali dimostratisi favorevoli alla pretesa dell’investitore si è focalizzata sull’altro elemento della clausola ombrello: “with regard to investments”. Ciò che effettivamente rileva ai fini della decisione – secondo questo filone giurisprudenziale – è che l’obbligazione sia inserita all’interno del più ampio contesto dell’investimento. Stabilire quale sia il soggetto privato concretamente vincolato dall’obbligazione (sia esso l’investitore straniero ovvero la società nazionale controllata) diventa, dunque, irrilevante<sup>388</sup>.

Appare dunque evidente come l’esito della controversia riguardo alla questione in esame possa essere estremamente incerto con il variare del dato testuale della *umbrella clause*; si consideri, inoltre, che anche qualora le clausole risultino essere molto simili (o addirittura identiche, come sottolineato in precedenza) i Tribunali hanno dimostrato

---

<sup>385</sup> Cfr. ICSID *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decisione del 28 settembre 2007, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>.

<sup>386</sup> Cfr. ICSID *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decisione sulla giurisdizione del 14 gennaio 2004, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf>. Nel caso in questione il Tribunale sostenne che Enron era stata di fatto invitata dal Governo argentino a partecipare all’investimento connesso alla privatizzazione di TGS. Per questo motivo, “(t)he 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”. *Ibidem*, par. 56.

<sup>387</sup> Cfr. ICSID *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Decisione del 5 settembre 2008.

<sup>388</sup> *Ibidem*, par. 297: “For the purpose of determining the type of obligations that Argentina must observe under this umbrella clause, it is necessary to begin with the analysis of the text of Art. II (2)(c). The covered obligations must have been entered “with regard to” investments. Thus they must concern one or more investments and, moreover, must address them with some degree of specificity. They are not limited to obligations based on a contract. Finally, provided that these obligations have been entered “with regard” to investments, they may have been entered with persons or entities other than foreign investors themselves, so that an undertaking by the host State with a subsidiary such as CNA is not in principle excluded”.

di adottare soluzioni interpretative radicalmente opposte, provocando notevole incertezza a discapito della sicurezza dei rapporti giuridici.

**5.2.** L'applicazione delle *umbrella clauses* in presenza di enti diversi dallo Stato ospite

La situazione descritta al paragrafo precedente può altresì presentarsi, a parti invertite, in riferimento allo Stato ospite. Si pensi, ad esempio, a un accordo di investimento concluso dall'investitore straniero con un ente territoriale, un Ministero o un'università pubblica. In tutti questi casi, lo Stato ospite potrebbe eccepire di fronte ad un Tribunale ICSID la propria estraneità al rapporto contrattuale e alle obbligazioni che ne derivano, aggirando in questo modo anche l'applicazione della clausola ombrello contenuta nel BIT. La giurisprudenza arbitrale appare, anche su questa questione, divisa pressoché a metà, con posizioni contrapposte e fra loro inconciliabili<sup>389</sup>.

La decisione del Tribunale del caso *Impregilo v. Pakistan*<sup>390</sup> è stata forse la più netta nel rigettare l'applicazione delle *umbrella clauses* laddove lo Stato ospite non sia parte contrattuale dell'accordo di investimento. Nel caso in questione, Impregilo si era impegnata direttamente con un ente pubblico, denominato WAPDA (*Water and Power Development Authority*), giuridicamente distinto – secondo il diritto nazionale – dallo Stato pakistano. Di conseguenza, nel momento in cui la società italiana tentò di far valere ai danni del Pakistan la violazione degli accordi contrattuali operata dalla controparte contrattuale, il rifiuto degli arbitri fu perentorio: “*given that the Contracts were concluded by Impregilo with WAPDA, and not with Pakistan, Impregilo's reliance upon Article 3 of the BIT [la clausola di trattamento più favorevole, tramite la quale Impregilo sperava di godere dei vantaggi concessi dall'umbrella clause] takes the matter no further. Even assuming* arguendo *that Pakistan, through the MFN clause*

---

<sup>389</sup> L'analisi di J. ANTONY in *Umbrella Clauses Since SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines – A Developing Consensus*, in *29(4) Arbitration International*, LCIA, 2013, p. 631, rivela nuovamente una netta spaccatura: dei 13 casi ICSID (fino al 2013) in cui è stato discusso questo punto, 6 Tribunali si sono espressi a favore dell'applicazione della clausola ombrello anche qualora il convenuto non sia parte contrattuale dell'accordo di investimento, mentre 7 sono risultati contrari.

<sup>390</sup> Cfr. ICSID *Impregilo SpA v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decisione sulla giurisdizione del 22 aprile 2005.

and the Swiss-Pakistan BIT, has guaranteed the observance of the contractual commitments into which it has entered together with Italian investors, such a guarantee would not cover the present Contracts – since these are agreements into which it has not entered”<sup>391</sup>.

Dello stesso parere furono gli arbitri del caso *Azurix v. Argentina*<sup>392</sup>, che si ritrovarono – come si è già avuto modo di sottolineare – nella particolare situazione in cui né l’attore né il convenuto fossero parti dell’accordo di investimento, concluso dall’investitore con la Provincia (giuridicamente autonoma) di Buenos Aires.

Fortemente contrari a simili prese di posizione furono i Tribunali ICSID dei casi *Eureko v. Polonia*<sup>393</sup> e *Noble Ventures v. Romania*<sup>394</sup>, i quali riconobbero la possibilità di attribuire allo Stato ospite la violazione degli obblighi contrattuali conclusi dall’investitore con un ente sub-statale. Nei casi predetti, gli arbitri seguirono le argomentazioni già esposte nel caso *SGS v. Pakistan*<sup>395</sup>, affermando che le norme di diritto internazionale consentissero di attribuire allo Stato gli atti (e quindi le violazioni, con conseguente responsabilità internazionale dello Stato stesso) compiuti dai soggetti indicati agli Articoli 4, 5 e 8 dei *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*<sup>396</sup>.

---

<sup>391</sup> *Ibidem*, par. 223.

<sup>392</sup> Cfr. ICSID *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decisione del 14 luglio 2006.

<sup>393</sup> Cfr. ICSID *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Decisione parziale del 19 agosto 2005.

<sup>394</sup> Cfr. ICSID *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Decisione del 12 ottobre 2005.

<sup>395</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 166: applicando le citate disposizioni dei *Draft Articles* – tradizionalmente accettate come diritto consuetudinario – il Tribunale riconobbe che “the ‘commitments’ subject matter of Article 11 [la clausola ombrello del BIT] may, without imposing excessive violence on the text itself, be commitments of the State itself as a legal person, or of any office, entity or subdivision (local government units) or legal representative thereof whose acts are, under the law on state responsibility, attributable to the State itself”.

<sup>396</sup> Cfr. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001.

L’Articolo 4 dispone che “1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State. 2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State”;

L’Articolo 5 afferma: “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”;

La più chiara esposizione di tale argomentazione venne data dal Tribunale del caso *Noble Ventures*, che si espresse a favore della responsabilità dello Stato rumeno per ogni violazione contrattuale compiuta dalle imprese di Stato: “*Apart from the fact that there is no reason why one should not regard commercial acts as being in principle also attributable, it is difficult to define whether a particular act is governmental. There is a widespread consensus in international law, as in particular expressed in the discussions in the ILC regarding attribution, that there is no common understanding in international law of what constitutes a governmental or public act (...) In the judgment of the Tribunal, that is the position here. Both SOF and APAPS were responsible, as a matter of Romanian law, for the transfer of publicly owned assets to private investors. Both entities were clearly charged with representing the Respondent in the process of privatizing State-owned companies and, for that purpose, entering into privatization agreements and related contracts on behalf of the Respondent. Therefore, this Tribunal cannot do otherwise than conclude that the respective contracts, in particular the SPA, were concluded on behalf of the Respondent and are therefore attributable to the Respondent for the purposes of Art. II(2)(c)BIT*”<sup>397</sup>.

L’elemento che distingue i due filoni giurisprudenziali sembra dunque essere la possibilità di applicare – o meno – alla questione controversa le norme di diritto internazionale sull’attribuzione, così come espresse nei *Draft Articles*<sup>398</sup>. I Tribunali dei casi *Azurix* e *Impregilo*, fra gli altri, sembrano escludere questa eventualità, mentre gli arbitri dei casi *Eureko*, *Noble Ventures* e *SGS v. Pakistan* considerano indispensabile un riferimento a tali disposizioni.

Nel caso delle clausole ombrello, due sono i momenti da tenere in considerazione qualora si intenda fare riferimento alle norme sull’attribuzione di una condotta allo Stato ospite. In primis, ovviamente, va considerato l’atto che viola l’obbligo contrattuale; in proposito, è pacifico che tali condotte, poste in essere da un soggetto

---

Infine, l’Articolo 8 afferma: “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”.

<sup>397</sup> Cfr. ICSID *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Decisione del 12 ottobre 2005, par. 82 e 86.

<sup>398</sup> Per un’analisi nel dettaglio al riguardo, si veda N. GALLUS, in *An Umbrella Just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract*, in *21(1) Arbitration International*, LCIA, 2008, p. 165.

indicato agli Articoli 4, 5 e 8 dei *Draft Articles*, possano essere riferite nel contesto del diritto internazionale allo Stato ospite, e qualora integrino la violazione di un obbligo internazionale (quale ad esempio uno standard di tutela inserito in un BIT) sono fonte di responsabilità internazionale per lo Stato in questione. Tuttavia, nel caso di una *umbrella clause*, la violazione del contratto di investimento non sembrerebbe rilevante fintanto che l'obbligazione in questione non sia stata assunta direttamente dallo Stato ospite. Le formule testuali tipiche delle clausole ombrello, infatti, vincolano lo Stato a osservare i "propri" obblighi contrattuali: qualora il contratto non sia stato in concreto siglato e successivamente violato dallo Stato ospite (che appare secondo il diritto interno come soggetto terzo al vincolo contrattuale), non sembrerebbe dunque possibile attivare la *umbrella clause* e, conseguentemente, agire contro lo Stato in sede arbitrale ICSID.

Questa conclusione deriva dalla considerazione che le regole di diritto internazionale sull'attribuzione delle condotte sono tradizionalmente applicate ad atti, non a obbligazioni<sup>399</sup>. Se una condotta può essere "attribuita" a un soggetto terzo, in riferimento alle obbligazioni sarebbe più corretto parlare di "rappresentanza", tramite la quale è possibile per il rappresentante produrre gli effetti del vincolo obbligatorio nella sfera giuridica soggettiva del rappresentato. Gli arbitri dei casi *Noble Ventures* ed *Eureko* sembrano aver implicitamente superato questa distinzione, riferendosi non all'"attribuzione" della obbligazione contrattuale *per se*, quanto piuttosto all'attribuzione dell'atto di conclusione del contratto. In questo modo, è stato loro possibile applicare le previsioni dei *Draft Articles*, attribuendo allo Stato ospite tanto l'atto della firma del contratto (e, con esso, il conseguente rapporto obbligatorio) quanto la violazione dello stesso contratto.

L'analisi della giurisprudenza ICSID in merito all'applicabilità delle *umbrella clauses* in caso di incongruenza fra parti contrattuali e parti davanti al Tribunale arbitrale appare, dunque, estremamente conflittuale. Sino a questo momento, infatti, non è emerso dalla casistica dei Tribunali arbitrali alcun principio capace di guidare chiaramente gli investitori, gli Stati o gli stessi arbitri nella soluzione delle proprie controversie. In conclusione, la compatibilità fra *privity of contracts* e *umbrella clauses* sembra essere, ad oggi, la questione più controversa tra quelle analizzate.

---

<sup>399</sup> *Ibidem*, p.167

## 6. I Tribunali ICSID e i *contract claims* “puri”

Come si è avuto modo di constatare, le *umbrella clauses* sono un utile strumento per l'investitore straniero che desideri ottenere un lodo arbitrale in merito ad una violazione di obblighi essenzialmente contrattuali ed estranei alla tutela tradizionale degli standard di protezione dei BITs. Le clausole ombrello, infatti, consentono di presentare le pretese fondate sulle obbligazioni del contratto di investimento sotto la veste di *treaty claims*, permettendo persino (secondo la giurisprudenza maggioritaria dei Tribunali ICSID) di derogare le clausole di scelta del foro nazionale contenute nello stesso accordo di investimento concluso fra le parti.

Laddove il BIT applicabile alla controversia risulti sprovvisto di una clausola ombrello, invece, sembrerebbe totalmente esclusa all'investitore straniero ogni possibilità di far valere dinnanzi ai Tribunali arbitrali una violazione contrattuale dello Stato ospite che non sia altresì sussumibile negli standard di tutela garantiti dal trattato bilaterale. In questo caso, infatti, la pretesa dell'investitore risulterebbe essere un “*purely contract claim*”, priva di una copertura sostanziale all'interno del BIT applicabile.

Persino l'assenza di una norma sostanziale entro la quale ricondurre la violazione contrattuale subita, tuttavia, non sembra escludere *a priori* l'eventualità che un Tribunale ICSID possa dichiararsi competente a decidere su una controversia. Un *purely contract claim*, infatti, potrebbe rientrare nella competenza di un tribunale internazionale *treaty-based* per mezzo delle clausole del BIT concernenti la soluzione delle controversie tra lo Stato ospite e l'investitore straniero. Spesso, infatti, queste ultime sono formulate con una terminologia talmente generica (quale, ad esempio, “controversie relative agli investimenti”) da poter includere, tramite un'interpretazione estensiva, *treaty* e *contract claims* indistintamente<sup>400</sup>.

Tale questione è separata e indipendente rispetto agli effetti che una *umbrella clause* produce sulle presunte violazioni contrattuali dello Stato ospite. Nel caso delle clausole ombrello, infatti, la pretesa dell'attore è – in ultima analisi – riconducibile ad un'espressa disposizione del BIT (l'*umbrella clause* stessa), motivo per cui è possibile

---

<sup>400</sup> Si veda, sull'argomento, M.R. MAURO, *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, p.747 e ss.

parlare a tutti gli effetti di un vero e proprio *treaty claim*. Le pretese contrattuali ricomprese da una clausola del BIT per la soluzione delle controversie, invece, mantengono la loro natura originaria di *contract claims* “puri”; da ciò deriva che esse possono essere presentate dinnanzi ad un Tribunale ICSID soltanto nel caso in cui gli arbitri interpretino la clausola in questione in maniera tanto ampia da includere ogni categoria di controversia, tanto relativa al contratto quanto relativa al trattato sugli investimenti.

Ad oggi, peraltro, è ancora impossibile individuare una giurisprudenza prevalente su questo punto. Emergono infatti due correnti nettamente contrapposte: se da un lato diversi Tribunali hanno espressamente acconsentito di pronunciarsi su pretese puramente contrattuali sulla base delle sole clausole di risoluzione delle controversie incluse nel BIT, è altresì presente una forte opposizione da parte di diversi arbitri ICSID.

#### 6.1. L'interpretazione inclusiva dei *purely contractual claims*

Un primo approccio, adottato nei casi *Salini v. Morocco*, *Vivendi v. Argentina* e successivamente nel caso *SGS v. Filippine*, consiste nel dare piena efficacia all'ampia definizione di “controversia” prevista dalla clausola di soluzione delle controversie.

La possibilità di estendere la giurisdizione sui *purely contract claims* tramite questo tipo di clausole è stata riconosciuta per la prima volta in relazione al BIT concluso fra Italia e Marocco, in occasione delle decisioni dei Tribunali ICSID nei casi *Salini v. Marocco* e *Consortium R.F.C.C. v. Marocco*. L'Articolo 8 del trattato in questione, infatti, stabilisce come oggetto dell'arbitrato internazionale “(t)utte le controversie o divergenze insorte tra una Parte contraente e gli investitori dell'altra, incluse quelle sull'importo ed il pagamento degli indennizzi in caso di espropriazione, nazionalizzazione o analoghe misure, in relazione ad un investimento di tale investitore sul territorio della prima Parte Contraente”.

Nel caso *Salini v. Marocco*<sup>401</sup>, il Tribunale riconobbe come la disposizione del BIT risultasse “molto generale”, e che il riferimento alle misure di espropriazione e di

---

<sup>401</sup> Cfr. ICSID *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione del 23 luglio 2001.

nazionalizzazione non potesse essere interpretato in maniera tale da escludere la competenza del Tribunale su una pretesa meramente contrattuale<sup>402</sup>. L'unica restrizione desumibile dall'Articolo 8 del BIT, secondo gli arbitri, riguarda la competenza *ratione personae*, prevedendo espressamente come parti controvertenti lo Stato ospite e l'investitore privato.

Una posizione identica era stata sostenuta, pochi giorni prima, dal Tribunale ICSID del caso *Consortium R.F.C.C. v. Marocco*, il quale si dimostrò propenso a dare la medesima interpretazione dell'Articolo 8 del BIT fra Italia e Marocco: “*Les termes de l'article 8 sont très généraux. La référence aux mesures d'expropriation et de nationalisation, lesquelles relèvent de la volonté unilatérale d'un Etat, ne saurait être interprétée dans le sens d'une exclusion de tout grief d'origine contractuelle du champ d'application de cet article. Par contre, le Tribunal considère que son champ d'application quant à la nature des différends est limité quant aux personnes. Dans l'hypothèse où l'Etat a organisé un secteur d'activité par l'intermédiaire d'une personne morale distincte, fût-elle une émanation de celui-ci, il n'en découle pas pour autant qu'il a accepté a priori que l'offre de compétence de l'article 8 le lie à raison des manquements contractuels de cette entité*”<sup>403</sup>.

Un ragionamento simile fu adottato, inoltre, dal Comitato di Annullamento del caso *Vivendi v. Argentina*. Nel caso in discussione, la clausola del BIT sui metodi di risoluzione delle controversie offriva agli investitori privati la possibilità di rivolgersi all'arbitrato internazionale per ogni controversia “*relating to investments made under th[e] Agreement between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party*”<sup>404</sup>.

Secondo il Comitato *ad hoc*, adottando un'interpretazione fedele al testo del BIT, risulta evidente come all'interno di una definizione tanto ampia sia possibile far ricadere tanto le controversie aventi ad oggetto il BIT stesso, quanto qualsiasi altra controversia – anche meramente contrattuale – inerente al rapporto di investimento: “*Article 8 deals generally with disputes 'relating to investments made under this Agreement between one Contracting Party and an investor of the other Contracting*

---

<sup>402</sup> *Ibidem*, par. 59-60.

<sup>403</sup> Cfr. ICSID *Consortium RFCC v. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decisione sulla giurisdizione del 16 luglio 2001, par. 67-68.

<sup>404</sup> Cfr. Articolo 8 del BIT tra Francia e Argentina

*Party'. It is those disputes which may be submitted, at the investor's option, either to national or international adjudication. Article 8 does not use a narrower formulation, requiring that the investor's claim allege a breach of the BIT itself. Read literally, the requirements for arbitral jurisdiction in Article 8 do not necessitate that the Claimant allege a breach of the BIT itself: it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT*<sup>405</sup>.

A sostegno di questo filone giurisprudenziale va citato infine il caso *SGS v. Filippine*. In tale occasione, l'Articolo VIII del BIT concluso tra Svizzera e Filippine prevedeva espressamente la facoltà – a favore dell'investitore straniero – di scegliere il foro a sé più gradito nel caso fossero sorte “*différends relatifs à dès investissements entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante*”. Gli arbitri evidenziarono come dal lessico adottato nel BIT non fosse possibile distinguere in alcun modo fra dispute derivanti da violazioni del contratto di investimento e controversie fondate sul mancato rispetto degli standard di trattamento imposti dal BIT<sup>406</sup>. L'unico elemento discriminante ai fini della giurisdizione è, pertanto, il collegamento fra la controversia stessa e il rapporto di investimento, così come definito dal BIT e dalla Convenzione di Washington (in caso di arbitrato ICSID): “*Interpreting the text of Article VIII in its context and in the light of its object and purpose, the Tribunal accordingly concludes that in principle (and apart from the exclusive jurisdiction clause in the CISS Agreement) it was open to SGS to refer the present dispute, as a contractual dispute, to ICSID arbitration under Article VIII(2) of the BIT*”<sup>407</sup>.

Come si è già avuto modo di osservare in precedenza, tuttavia, gli arbitri del caso *SGS v. Filippine* si ritrovarono ad operare in presenza di una clausola contrattuale di scelta del foro nazionale in aperto contrasto con il riconoscimento della competenza in capo al Tribunale ICSID.

---

<sup>405</sup> Cfr. ICSID *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002, par. 55.

<sup>406</sup> Sull'argomento, si veda S.A. ALEXANDROV, *Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, in *The Journal of World Investment & Trade*, p.573.

<sup>407</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, par. 135.

In merito alla *dispute settlement clause* contenuta all'Articolo VIII del BIT furono riproposte le medesime valutazioni prospettate dal Tribunale in riferimento agli effetti della *umbrella clause*. In entrambi i casi, infatti, il trattato bilaterale conferiva al Tribunale arbitrale la competenza su un'ampia categoria di controversie, comprese quelle puramente contrattuali. Queste ultime, infatti, sarebbero state legittimamente sottoponibili al vaglio degli arbitri ICSID sia in qualità di *treaty claims* (per effetto della clausola ombrello dell'Articolo X), sia come *purely contractual claims* (tramite il riferimento previsto dalla clausola di risoluzione delle controversie all'Articolo VIII). Ciononostante, entrambe le disposizioni del BIT non furono sufficienti a privare di ogni effetto la *domestic forum selection clause* inclusa nel contratto di investimento. Per questo motivo, pur riconoscendo la propria competenza sulla controversia, il Tribunale negò che quest'ultima potesse essere concretamente ammissibile in sede arbitrale prima di una pronuncia da parte dei giudici filippini.

L'interpretazione della clausola di soluzione delle controversie del BIT offerta dagli arbitri del caso *SGS v. Filippine* fu, dunque, favorevole all'inclusione delle pretese puramente contrattuali. In concreto, tuttavia, ciò non produsse alcun effetto ai fini della decisione finale: “(t)he Tribunal’s attempt ‘to give effect to the parties’ contracts while respecting the general language of BIT dispute settlement provisions’, results in practice in an impossible situation to the extent that it attempts to render compatible two contradictory intentions: the parties to the investment contract seek an exclusive forum, whereas the intention of the contracting Parties to the BIT is to accord to the investors a choice of forum. Furthermore, to the extent this solution recognises, ‘in principle,’ an investor’s right to choose an international arbitral tribunal for the settlement of its investment disputes and, in the same breath, requires that the selected tribunal stay the proceedings on the basis of an exclusive forum selection clause contained in the investment contract, it results in the BIT tribunal having jurisdiction over an empty shell and depriving the BIT dispute resolution provision of any meaning. As such, the *SGS v. Philippines* decision is hardly satisfactory”<sup>408</sup>.

---

<sup>408</sup> Cfr. E. GAILLARD, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contractual Claims — The SGS Cases Considered*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 2005, pag. 334.

## 6.2. L'opposizione alla giurisdizione sui *purely contractual claims*

Nonostante la presenza di numerosi lodi arbitrali a sostegno della giurisdizione ICSID sui *purely contractual claims*, non mancano altresì decisioni che si oppongono a questa eventualità. In questi casi, i Tribunali arbitrali contestarono l'interpretazione letterale delle clausole di risoluzione delle controversie, restando fedeli alla tradizionale distinzione fra *treaty claims* e *contract claims*.

Particolarmente rilevante, al riguardo, è l'interpretazione adottata dagli arbitri del caso *SGS v. Pakistan* in riferimento all'Articolo 9 del BIT fra Svizzera e Pakistan, il quale affidava alla giurisdizione ICSID “*the purpose of solving disputes with respect to investments between a Contracting Party and an investor of the other Contracting Party*”.

Dalla lettura del testo della norma è possibile riconoscere immediatamente le similitudini esistenti con la medesima disposizione contenuta nel BIT concluso dalla Svizzera con le Filippine. Ciononostante, le conclusioni a cui giunse il Tribunale arbitrale del caso *SGS v. Pakistan* appaiono radicalmente divergenti rispetto a quelle che saranno sostenute dagli arbitri nel caso *SGS v. Filippine* solamente un anno dopo. Queste, infatti, furono le parole degli arbitri circa l'interpretazione dell'Articolo 9 del BIT: “*We recognize that disputes arising from claims grounded on alleged violation of the BIT, and disputes arising from claims based wholly on supposed violations of the PSI Agreement, can both be described as ‘disputes with respect to investments’, the phrase used in Article 9 of the BIT. That phrase, however, while descriptive of the factual subject matter of the disputes, does not relate to the legal basis of the claims, or the cause of action asserted in the claims. In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Parties in Article 9. Neither, accordingly, does an implication arise that the Article 9 dispute settlement mechanism would supersede and set at naught all otherwise valid non-ICSID forum selection clauses in all earlier agreements between Swiss investors and the Respondent. Thus, we do not see anything in Article 9 or in any other provision of*

*the BIT that can be read as vesting this Tribunal with jurisdiction over claims resting ex hypothesi exclusively on contract*<sup>409</sup>.

Secondo l'opinione degli arbitri del caso *SGS v. Pakistan*, quindi, il testo dell'Articolo 9 descrive semplicemente la cornice fattuale degli eventi oggetto della controversia, non il fondamento giuridico – *ratione materiae* – della competenza del Tribunale. Richiamando infatti la tradizionale distinzione fra *treaty claims* e *contract claims*, gli arbitri hanno espressamente negato la possibilità che questi ultimi potessero essere oggetto di una decisione da parte di un Tribunale arbitrale *treaty-based*. A sostegno della propria tesi, gli arbitri evidenziarono come il contratto di investimento fra SGS e lo Stato ospite prevedesse già una clausola di soluzione di quelle controversie che fossero sorte dal contratto stesso e che non fossero altresì sussumibili in uno degli standard di tutela offerti dal BIT: “*We believe that Article 11.1 of the PSI Agreement is a valid forum selection clause so far as concerns the Claimant’s contract claims which do not also amount to BIT claims, and it is a clause that this Tribunal should respect*”<sup>410</sup>.

Una simile interpretazione di carattere restrittivo fu proposta dal Tribunale ICSID del caso *LESI-DIPENTA v. Algeria*<sup>411</sup> in merito alla clausola di soluzione delle controversie prevista dall'Articolo 8 del BIT concluso fra Italia e Algeria. La norma in questione prevedeva una formula affine a quella contenuta nel BIT tra Italia e Marocco analizzata dai Tribunali dei casi *Salini* e *Consortium R.F.C.C.*: essa attribuiva infatti all'investitore la facoltà di scegliere il *foro* cui affidare la soluzione di “(o)gni controversia relativa ad investimenti, tra uno degli Stati Contraenti ed un Investitore dell'altro Stato Contraente”.

Gli arbitri ICSID, tuttavia, esclusero la portata generale dell'Articolo 8 del BIT reclamata dall'investitore italiano. La competenza di un Tribunale arbitrale *treaty-based*, infatti, avrebbe potuto trovare fondamento esclusivamente in una violazione delle norme sostanziali previste dal trattato di investimento: “*le fait que la Défenderesse ait donné son consentement écrit ne signifie pas encore nécessairement qu’il ait une portée générale et puisse donc fonder une compétence pour toute*

---

<sup>409</sup> Cfr. ICSID *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, par. 161. Corsivo in originale.

<sup>410</sup> *Ibidem*. Corsivo in originale.

<sup>411</sup> Cfr. ICSID *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case No. ARB/03/08, Decisione del 10 gennaio 2005.

*violation que la Demanderesse pourrait invoquer. Le consentement ne peut en effet valoir que dans la mesure où l'Accord bilatéral l'admet. (...) Il en découle que le consentement n'est pas donné, de manière extensive, pour toutes les créances et les actions qui pourraient être liées à un investissement. Il est nécessaire que les mesures prises reviennent à une violation de l'Accord bilatéral, ce qui signifie en particulier qu'elles soient de nature injustifiée ou discriminatoire, en droit ou en fait. Ce n'est donc pas nécessairement le cas de toute violation d'un contrat".*<sup>412</sup>

Ad oggi, l'interpretazione restrittiva proposta dal Tribunale di *SGS v. Pakistan* e ripresa – fra gli altri – dagli arbitri dei casi *LESI-DIPENTA v. Algeria* e *Toto v. Libano*<sup>413</sup> risulta minoritaria rispetto alla totalità della giurisprudenza ICSID, che tende invece a riconoscere la possibilità di ammettere in sede arbitrale anche i *purely contractual claims*<sup>414</sup>.

Nonostante ciò, è bene tenere presenti due ulteriori considerazioni al riguardo. *In primis*, va sottolineato come l'interpretazione data da un Tribunale ICSID a una clausola di soluzione delle controversie contenuta nel BIT possa variare notevolmente a seconda del linguaggio utilizzato dalle parti al momento della conclusione del trattato. Non tutti i BITs, infatti, utilizzano formule ampie e indefinite nel momento di indicare l'ambito di competenza *ratione materiae* dell'arbitrato internazionale.

Infine, è bene evidenziare che attribuire ad un Tribunale arbitrale *treaty-based* la competenza su violazioni estranee al trattato stesso non sia del tutto esente da rischi, in quanto gli arbitri potrebbero trovarsi a operare senza norme di natura sostanziale adatte a risolvere la contro loro affidata: “*it may seem odd to interpret a treaty as creating a jurisdictional basis for the BIT tribunal in cases where it is not called upon to rule on an alleged violation of that treaty. There is always a danger in divorcing the*

---

<sup>412</sup> *Ibidem*, par. 25.

<sup>413</sup> Cfr. ICSID *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decisione sulla giurisdizione dell'11 settembre 2009, par. 217: “it can be said that the Contract's jurisdiction clause does not affect the Tribunal's jurisdiction over Treaty claims since the Contract's jurisdiction clause covers only contractual matters and does not extend to Treaty matters. (...) the Tribunal will not have jurisdiction with respect to claims for actions that are only contract violations and are not at the same time Treaty violations. However, when such actions are breaches of the contract and also violations of the Treaty, the Tribunal will have jurisdiction notwithstanding the Contract's jurisdiction clause”.

<sup>414</sup> Cfr. M.R. MAURO, *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2016, p. 753.

*jurisdictional provisions from the substantive terms of the same treaty in that it may suggest that the arbitral tribunal has jurisdiction but is invited to rule in a vacuum*"<sup>415</sup>.

Da ciò si deduce che, sebbene sia possibile per un Tribunale ICSID decidere delle pretese puramente contrattuali, questa eventualità dovrebbe essere adottata solo come *extrema ratio*, in assenza di una espressa tutela riconosciuta dal BIT sotto forma di standard di trattamento internazionali ovvero di una *umbrella clause*.

---

<sup>415</sup> Cfr. E. GAILLARD, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contractual Claims — The SGS Cases Considered*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 2005, pag. 336.

## CONCLUSIONE

Il tentativo di proporre una disciplina precisa e chiara circa le pretese che un investitore straniero può sottoporre ai Tribunali arbitrali ICSID si scontra necessariamente con l'assenza – nella definizione della giurisdizione *ratione materiae* dell'arbitrato ICSID – di fonti normative sull'argomento. Partendo da questo presupposto, quindi, diventa indispensabile rivolgere la propria attenzione alle posizioni adottate nel corso degli anni dai Tribunali ICSID, cercando di individuare nell'ambito della loro giurisprudenza una posizione uniforme e un percorso evolutivo ben delineabile.

Il punto di partenza adottato in questa analisi consiste nella distinzione, ormai universalmente riconosciuta, fra due diverse categorie di pretese che possono essere avanzate da un investitore privato in occasione di una controversia sul rapporto di investimento con uno Stato ospite: i *treaty claims* e i *contract claims*. Il criterio distintivo fra *treaty claims* e *contract claims* è da ricondurre al fondamento giuridico della pretesa avanzata dall'attore: una violazione di obblighi internazionali nel caso dei *treaty claims*, il mancato rispetto degli impegni contrattuali per i *contract claims*.

L'arbitrato internazionale sugli investimenti è ad oggi, a seguito del declino dell'istituto della protezione diplomatica, lo strumento maggiormente adottato per la risoluzione delle controversie incardinate sui *treaty claims*. La tutela sostanziale concessa dal diritto internazionale generale, ma soprattutto dalle norme convenzionali contenute nei BIT, costituisce infatti il nucleo indiscusso della competenza dei Tribunali *treaty-based* ICSID.

Secondo la stragrande maggioranza dei lodi arbitrali, inoltre, la giurisdizione ICSID va riconosciuta anche nei casi in cui la violazione del BIT lamentata dalla parte attrice trovi fondamento in una lesione di diritti contrattuali da parte dello Stato ospite. È pacifico, infatti, che una medesima condotta possa violare un obbligo di natura contrattuale (e quindi generare un possibile *contract claim*) e contemporaneamente porsi in contrasto con gli impegni assunti dallo Stato ospite in sede internazionale (attivando dunque il meccanismo di tutela arbitrale ICSID). La richiesta di ulteriori requisiti per la sussistenza di un *treaty claim* valido – quale ad esempio l'esercizio di

un atto di *puissance publique* da parte dello Stato ospite – non sembra essere stata accolta dalla giurisprudenza arbitrale ICSID.

Il riconoscimento della piena competenza dei Tribunali arbitrali sulle pretese fondate sulle violazioni delle norme dei BITs, infine, è tanto ampio da escludere l'efficacia di eventuali clausole di giurisdizione esclusiva a vantaggio di *fori* nazionali contenute nell'accordo di investimento. Gli arbitri sono infatti concordi nell'affermare l'impossibilità – per l'investitore – di rinunciare, tramite una semplice clausola contrattuale, al diritto di ricorrere all'arbitrato ICSID conferitogli dal BIT.

Laddove la “*fundamental basis*” della pretesa consista in una violazione del trattato degli investimenti, infatti, il Tribunale arbitrale è tenuto ad affermare la propria competenza e pronunciare la propria decisione sul merito: l'esistenza di una clausola contrattuale o persino di un procedimento già avviato in sede nazionale sono del tutto irrilevanti ai fini della pronuncia arbitrale. D'altro canto, se il “*fundamental basis test*” è ormai saldamente riconosciuto come parametro distintivo per distinguere fra *treaty claims* e *contract claims*, persiste un certo qual margine d'incertezza in merito alla possibilità – in capo agli arbitri – di effettuare già in fase di giurisdizione uno scrutinio sull'interpretazione della *fundamental basis* del *claim*, data dalla parte attrice in occasione della richiesta di arbitrato.

Se la giurisdizione ICSID sui *treaty claims* è incontestabile, lo stesso non si può dire riguardo alle pretese fondate su violazioni contrattuali e alle quali non è possibile ricondurre direttamente una violazione di uno standard di trattamento previsto da un BIT.

A seguito del successo dell'esperienza dei Tribunali ICSID, infatti, gli investitori hanno cercato di introdurre con sempre maggiore frequenza richieste di arbitrato incentrate essenzialmente su violazioni dei contratti d'investimento da parte dello Stato ospite. È infatti evidente come sia interesse degli investitori privati ampliare il più possibile l'ambito di applicazione della giurisdizione arbitrale, approfittando dell'ampio margine concesso dalla Convenzione di Washington per la definizione del concetto di investimento.

Con questo scopo fu delineato, negli anni '50, un apposito strumento convenzionale, comunemente definito “clausola ombrello”, che si prefiggeva l'obiettivo di porre le obbligazioni derivanti dai contratti d'investimento fra investitori

stranieri e Stati sovrani “sotto l’ombrello” di tutela del diritto internazionale. Nonostante la diffusione globale di questa tipologia di clausole, incluse in gran parte dei BITs conclusi dal 1959 ad oggi, le *umbrella clauses* non furono oggetto di controversie arbitrali in sede ICSID fino agli inizi degli anni 2000. All’alba del nuovo millennio, infatti, i Tribunali ICSID si trovarono ad affrontare improvvisamente numerose richieste di arbitrato fondate su pretese contrattuali “elevate” – secondo l’interpretazione degli investitori – al rango di *treaty claims* per mezzo delle *umbrella clauses*.

La primissima reazione dei Tribunali arbitrali, tuttavia, è stata di un netto rifiuto dell’interpretazione offerta dagli attori, probabilmente nel timore di un eccessivo moltiplicarsi delle richieste di arbitrato ICSID in caso di un’apertura in tal senso da parte degli arbitri. D’altra parte, non mancarono pronunce ispirate a un’interpretazione più espansiva delle *umbrella clauses*, nonché maggiormente fedeli al testo delle clausole e ai criteri interpretativi dettati dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. In un brevissimo arco di tempo, dunque, il panorama giurisprudenziale dei Tribunali ICSID si ritrovò diviso su due posizioni nettamente contrapposte, rappresentate dai casi-guida *SGS v. Pakistan* e *SGS v. Filippine*.

Osservando l’evoluzione della casistica dal 2003, tuttavia, è possibile riconoscere un progressivo abbandono delle posizioni più rigide dei primi Tribunali arbitrali: sebbene non sia ancora possibile riconoscere l’accettazione di un’unica pacifica interpretazione circa gli effetti delle *umbrella clauses*, è comunque ragionevole ritenere che – ad oggi – un investitore straniero possa fare affidamento su di una clausola ombrello contenuta in un BIT per vedere riconosciuta la competenza di un Tribunale ICSID sulle proprie pretese contrattuali.

Dopo una serie di divisioni e titubanze della giurisprudenza arbitrale, sembra potersi dire superata anche la questione del rapporto fra clausole contrattuali di selezione di un *foro* domestico e le *umbrella clauses*. Non avendo trovato particolare seguito la proposta degli arbitri del caso *SGS v. Filippine* di una differenziazione fra “giurisdizione” e “ammissibilità”, è opinione ormai pacifica che l’efficacia di una clausola ombrello contenuta nel BIT rimanga del tutto impregiudicata dalla presenza di una *forum selection clause* inserita nel contratto di investimento. A fondamento di tale posizione si ritrova nuovamente il *fundamental basis test* originariamente proposto

dal Comitato di Annullamento del caso *Vivendi*: equiparando la violazione della clausola ombrello a quella di uno qualsiasi degli standard di tutela del BIT, ne deriva che in entrambi i casi la presenza di una clausola contrattuale di giurisdizione esclusiva sia irrilevante ai fini della pronuncia degli arbitri ICSID.

Un punto sul quale non è ancora possibile individuare un filone giurisprudenziale chiaramente prevalente è la questione circa l'applicabilità delle *umbrella clauses* in assenza di un legame contrattuale fra le parti controvertenti. I Tribunali ICSID sono infatti profondamente divisi sulla necessità del requisito della c.d. "*privity of contract*", tanto nell'eventualità in cui la parte attrice non coincida con il firmatario del contratto d'investimento, quanto nel caso in cui il convenuto sia un ente pubblico giuridicamente distinto dallo Stato ospite.

Questo persistente elemento di contrasto giurisprudenziale non è affatto trascurabile ai fini della certezza dei rapporti giuridici, specialmente se si considera come non di rado gli accordi di investimento siano conclusi da società costituite *in loco* e controllate da multinazionali estere, ovvero nel caso in cui la controparte pubblica dell'investimento sia un'agenzia statale oppure una provincia autonoma.

Il progressivo ampliamento della giurisdizione ICSID, che emerge chiaramente dall'evoluzione interpretativa delle *umbrella clauses*, è riscontrabile anche laddove il BIT applicabile non includa nessuna clausola ombrello fra le norme a protezione dell'imprenditore. Secondo una parte rilevante della giurisprudenza, infatti, l'assenza di una norma sostanziale entro la quale ricondurre la violazione contrattuale subita può essere colmata grazie alle clausole sulla soluzione delle controversie fra lo Stato ospite e l'investitore straniero presenti nella quasi totalità dei BITs. Laddove, infatti, il tenore letterale di tali clausole sia sufficientemente ampio da poter ricomprendere anche pretese puramente contrattuali, nessuna norma della Convenzione di Washington vincolerebbe gli arbitri a rigettare la propria competenza.

È bene, tuttavia, invitare alla cautela circa l'estensione della giurisdizione ICSID sui *purely contract claims*: nonostante la tesi maggiormente seguita dai Tribunali arbitrali sia a favore di questa eventualità, non mancano voci discordanti al riguardo tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Fondati, inoltre, appaiono i dubbi di quanti evidenziano come questa pratica potrebbe costringere gli arbitri a operare in assenza di norme di natura sostanziale adatte a risolvere la controversia loro affidata.

In conclusione, la l'analisi svolta nel presente lavoro ha consentito di osservare una progressiva apertura della giurisprudenza arbitrale a favore dell'ampliamento della competenza dei Tribunali ICSID anche al di fuori dei confini dei tradizionali *treaty claims*. Negli ultimi decenni, infatti, gli arbitri sono apparsi sempre più propensi ad accogliere le interpretazioni espansive proposte dagli investitori privati, sia in merito agli effetti delle clausole ombrello, sia riguardo ai *purely contractual claims*, liberandosi poco a poco delle limitazioni contrattuali comprese negli accordi di investimento sotto forma di clausole contrattuali di giurisdizione esclusiva. Se da un lato, quindi, gli interessi degli investitori stranieri hanno trovato ascolto e sostegno, a fare le spese di questa dinamica sono stati principalmente gli Stati sovrani, le cui corti nazionali si sono viste progressivamente spogliate della propria giurisdizione sulle controversie contrattuali in tema di investimenti.

## **BIBLIOGRAFIA**

**ABS H. J. e SHAWCROSS H.**, *Comment on the Draft Convention by its Authors*, in *Journal of Public Law*, Vol.9, 1960.

**ALEXANDROV S.A.**, *Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004.

**ALFORD R.P.**, *The Convergence of International Trade and Investment Arbitration*, in *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 12, 2013-2014.

**ALVAREZ J.E.**, *A Bit on Custom*, in *N.Y.U. Journal of International Law & Politics*, Vol. 42, 2009-2010.

**ANTONY J.**, *Umbrella Clauses Since SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines – A Developing Consensus*, in *Arbitration International*, Vol. 29, No. 4, LCIA, 2013.

**ARATO J.**, *Corporations as Lawmakers*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 56 No.2, 2015.

**ASTORGA R.**, *The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence* in *Max Planck United Nations Yearbook*, Vol. 11, 2007.

**BALLINTINE K.**, *How Far Do Bits Bite? A Comparison of SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines: Interpreting Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties*, in *Cambridge Student Law Review*, Vol.2, 2006.

**BERNARDINI P.**, *Investment Protection under Bilateral Investment Treaties and Investment Contracts*, in *The Journal of World Investment*, Vol. 2, 2001.

**BLYSCHAK P.M.**, *State Consent, Investor Interests and the Future of Investment Arbitration: Reanalyzing the Jurisdiction of Investor-State Tribunals in Hard Cases*, in *Asper Review of International Business & Trade Law*, Vol. 9, 2009.

**BROCHES A.**, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Recueil des Cours*, Vol. 136, 1972.

**CHENG T.H.**, *Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 30, 2006-2007.

**CRAWFORD J.**, *Treaty and Contract in Investment Arbitration*, in *Arbitration International*, Vol. 24 No. 3, LCIA, 2008.

**CRAWFORD J.**, *Ten Investment Arbitration Awards that Shook the World: Introduction and Overview*, in *Dispute Resolution International*, Vol 4 No.1, 2010.

**CREMADES B.M.**, *Clarifying the Relationship Between Contract and Treaty Claims in Investor-State Arbitrations*, in *B.L. International*, Issue 3, 2003.

**CREMADES B.M.** e **MADALENA I.**, *Parallel Proceedings in International Arbitration*, in *Arbitration International*, Vol. 24, No. 4, LCIA, 2008.

**CRIVELLARO A.**, *Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4, 2005.

**DOLZER R.** e **SCHREUER C.**, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008.

**DOMAISKI G.** e **WIQTKOWSKI M.**, *Protection of Investor's Contractual Rights Under Bilateral and Multilateral Investment Treaties (Partial Award in Eureka v. Poland)*, in *Polish Yearbook of International Law*, Vol. 28, 2006-2008.

**FEIT M.**, *Attribution and the Umbrella Clause*, in *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 21, 2012.

**FRANCK S.D.**, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, in *Fordham Law Review*, Vol 73, 2004-2005.

**GADELSHINA E.R.**, *Hermeneutic Reflections on the Specific Purpose of Umbrella Clauses*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.14, 2013.

**GAFFNEY J.P.**, **LOFTIS J.L.** e **KENDRA T.**, *The "Effective Ordinary Meaning" of BITs and the Jurisdiction of Treaty-Based Tribunals to Hear Contract Claims*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.8, 2007.

**GAILLARD E.**, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims – the SGS Cases Considered*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*.

**GAILLARD E.**, *Treaty-Based Jurisdiction: Broad Dispute Resolution Clauses*, in *New York Law Journal*, Vol. 234, No. 68.

**GAILLARD E.**, *La jurisprudence du CIRDI*, Parigi, 2004.

**GALLUS N.**, *An Umbrella just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract*, in *Arbitration International*, Vol. 24, No. 1, LCIA, 2008

**GARCIA-BOLIVAR O.E.**, *Investor-State Disputes in Latin America: A Judgment on the Interaction Between Arbitration, Property Rights Protection, and Economic Development*, in *Law & Business Review of the Americas*, Vol 13, 2007.

**GARCIA-BOLIVAR O.E.**, *Foreign Investment Disputes under ICSID. A Review of its Decisions on Jurisdiction*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004.

**GAZZINI T. e TANZI A.**, *Handle with care: Umbrella Clauses and MFN Treatment in Investment Arbitration*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 14, 2013.

**GAZZINI T.**, *The Role of Customary International Law in the Field of Foreign Investment*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol.8, 2007.

**GHAFFARI P.**, *Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 12, 2011.

**GILL J., GEARING M. e BIRT G.**, *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 21(5), 2004.

**GRABOSWSKI A.**, *The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol.15, 2014-2015.

**GRUSIC U.**, *The Evolving Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 10, 2009.

**HARIHARAN S.**, *Distinction between Treaty and Contract. The Principle of Proportionality in State Contractual Actions in Investment Arbitration*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 14, 2013.

**HONLET J.C. e BORG G.**, *The Decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause: SGS v. Philippines Revisited*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 7, 2008.

**HUIPING C.**, *The Expansion of Jurisdiction by ICSID Tribunals: Approaches, Reasons and Damages*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 12, 2011.

**JONCKHEERE K.**, *Practical Implications from an Expansive Interpretation of Umbrella Clauses in International*, in *South Carolina Journal of International Law & Business*, Vol. 11, 2014-2015.

**KENDRA T.**, *State Counterclaims in Investment Arbitration - A New Lease of Life?*, in *Arbitration International*, Vol. 29, No. 4, LCIA, 2013.

**KREINDLER R.H.**, *Perspectives on State Party Arbitration: The Future of BITs - The Practitioner's Perspective*, *Arbitration International*, in Vol. 23, No. 1, LCIA, 2007.

**KUNOY B.**, *Singing in the Rain-Developments in the Interpretation of Umbrella Clauses*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 7, 2006.

**LONCLE J.M.**, *L'Option de l'Arbitrage des Traités de Protection des Investissements: Treaty Claims vs. Contracts Claims*, in *International Business Law Journal*, Vol. 3, 2005.

**MAURO M.R.**, *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003.

**MAURO M.R.**, *Il ruolo del diritto internazionale ai sensi dell'art. 42(1) della Convenzione di Washington in assenza di scelta ad opera delle parti del diritto applicabile alla controversia*, in *Rivista dell'arbitrato*, Vol. 4, 2004.

**MAURO M.R.**, *Conflitti di competenza e coordinamento tra fori nel diritto internazionale degli investimenti: contract claims v. treaty claims*, in *Diritto del commercio internazionale*, Vol. 3, 2016.

**MEURLING E. e VOLDERS B.**, *Umbrella Clauses in International Investment Litigation*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Vol. 2, 2007.

**NANIWADEKAR M.C.**, *The Scope and Effect of Umbrella Clauses: The Need for a Theory of Deference*, in *Trade Law & Development*, Vol. 2, 2010.

**NOLAN M.D. e BALDWIN E.G.**, *The Treatment of Contract-Related Claims In Treaty-Based Arbitration*, in *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 21, No. 6, 2006.

**ORREGO VICUÑA F.**, *Of Contracts and Treaties in the Global Market*, in *Max Planck United Nations Yearbook*, Vol. 8, 2004.

**O'CONNOR E.O. e FRANCK S.D.**, *Foreign Investments and the Market for Law*, in *University of Illinois Law Review*, Vol. 2014.

**PEREIRA DE SOUZA FLEURY R.**, *Umbrella Clauses: a Trend Towards its Elimination*, in *Arbitration International*, Vol. 3, 2015.

**PEREIRA DE SOUZA FLEURY R.**, *Treaty-Protected Investment Agreements: Of Umbrella Clauses and Privity of Contract*, in *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, Vol. 23, No.2, 2015-2016.

**POTTS J.B.**, *Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 51, 2010-2011.

**REINISCH A.**, *The Scope of Investor-State Dispute Settlement in International Investment Agreements*, in *Asia Pacific Law Review*, Vol. 21, 2013.

**RUBINO-SAMMARTANO M.**, *Investment Arbitration - Substantive and Procedural Issues in Investment*, in *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 2, 2012.

**SALACUSE J. W. e SULLIVAN N.P.**, *Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, in *Harvard International Law Journal*, Vol. 6, 2005.

**SALATINO G.**, *Overview of Umbrella Clauses*, in *Business Law International*, Vol. 13, No.1, 2012.

**SARKINOVIE T.B.**, *Umbrella Clauses and Their Policy Implications*, in *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 24, 2011.

**SAVAGE J.**, in *Investment Treaty Arbitration and Asia: Review of Developments in 2005 and 2006*, in *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 1, 2007.

**SAVARESE E.**, *The Arbitral Practice of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, in *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 20, 2010.

**SCHWARZENBERGER G.**, *Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad: A Critical Commentary*, in *Journal of Public Law*, Vol. 9, 1960.

**SCHILL S.W.**, *Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties* in *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 18, 2009.

**SCHREUER C.**, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 4, 2005.

**SCHREUER C.**, *Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004.

**SCHREUER C.**, *Jurisdiction and Applicable Law in Investment Treaty Arbitration*, in *McGill Journal of Dispute Resolution*, Vol. 1, 2014-2015.

**SCHREUER C.**, *International and Domestic Law in Investment Disputes. The Case of ICSID*, in *Austrian Review of International and European Law*, Vol. 1, 1996.

**SCHREUER C.**, *Commentary on the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 11, 1996.

**SCHREUER C.**, *Commentary on the ICSID Convention*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 12, 1997.

**SCHREUER C.**, *The ICSID Convention: The Commentary*, Cambridge, 2001.

**SCHREUER C.**, *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction Over Contract Claims: The Vivendi I Case Considered*, in *International Investment Law and Arbitration: ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 2005,

**SCISO E.**, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2012, p. 187.

**SHANY Y.**, *Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 99, 2005.

**SHOOKMAN J.**, *Too Many Forums for Investment Disputes? ICSID Illustrations of Parallel Proceedings and Analysis*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 27(4), 2010

**SINCLAIR A.C.**, *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, in *Arbitration International*, Vol. 20(4) 2004.

**SMALL C.Y.**, *Improving the System of Investor-state Dispute Settlement: An Overview* in *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2006/1.

**SMITH G.**, *An Introduction to Investor-State Arbitrations*, in *International Trade and Business Law Review*, Vol. 13, 2010.

**STANIVUKOVIC M.**, *Investment Arbitration - Effects of an Arbitral Award Rendered in a Related Contractual Dispute*, in *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 4, 2015.

**THOMAS J.C. e DHILLON H.K.**, *Applicable Law Under International Investment Treaties*, in *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 26, 2014.

**VAN HARTEN G.**, *The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, 2007.

**WALDE T.W.**, *The "Umbrella" Clause in Investment Arbitration - A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, in *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, 2005.

**WEISSENFELS A.**, *Independent BIT Standard or Mere Affirmative Commitment? The Umbrella Clause Interpreted*, in *Austrian Review of International & European Law*, Vol. 10, 2005.

**WENDLANDT M.**, *SGS v. Philippines and the Role of ICSID Tribunals in Investor-State Contract Disputes*, in *Texas International Law Journal*, Vol. 43, 2007-2008.

**WONG J.**, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, in *George Mason Law Review*, Vol. 14, 2006-2007.

**YALA F.**, *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, in *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, 2005.

## **SITOGRAFIA della giurisprudenza ICSID**

*Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decisione del 20 maggio 1992, consultabile sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf)

*Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decisione del 13 novembre 2000, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf>

*Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decisione del 2 settembre 2011, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0466.pdf>

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

*ICSID Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decisione sull'annullamento del 5 febbraio 2002, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0903.pdf>

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decisione sulla giurisdizione del 12 febbraio 2010, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1526.pdf>

*Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decisione sulla giurisdizione dell'11 luglio 1997, consultabile online sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf)

*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decisione sulla giurisdizione del 23 luglio 2001, consultabile online al sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

*Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case No. ARB/03/08, consultabile online su <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0224.pdf>

*Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decisione sulla giurisdizione del 1 agosto 1984, consultabile online sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6362.pdf>

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

*Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, decisione sull'annullamento del 3 luglio 2002, consultabile sul sito [http://www.italaw.com/documents/vivendi\\_annulEN.pdf](http://www.italaw.com/documents/vivendi_annulEN.pdf)

*Azurix Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, decisione sulla giurisdizione dell'8 dicembre 2003, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0060.pdf>

*Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decisione sulla giurisdizione del 22 aprile 2005, consultabile al sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0422.pdf>

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2003, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf>

*SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decisione sulla giurisdizione del 29 gennaio 2004, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>

*Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Decisione del 12 ottobre 2005, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf>

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decisione sulla giurisdizione del 14 novembre 2005,

consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>

*CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione del 12 maggio 2005, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>

*Consortium RFCC v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6, Decisione del 22 dicembre 2003 consultabile su sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0226.pdf>,

*Waste Management Inc. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decisione del 30 aprile 2004, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/cases/1158>

*Joy Mining Machinery Ltd v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2004, consultabile online sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0441.pdf>

*Lanco International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Decisione sulla giurisdizione dell'8 dicembre 1998, consultabile sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf)

*Eureka B.V. v. Republic of Poland*, Decisione parziale del 19 agosto 2005, consultabile sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf)

*Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decisione sulla giurisdizione del 9 novembre 2004, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0735.pdf>

*El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decisione sulla giurisdizione del 27 aprile 2006, consultabile sul sito [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0268\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0268_0.pdf)

*Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decisione sulla giurisdizione del 27 luglio 2006, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0616.pdf>

*Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decisione sulla giurisdizione dell'11 settembre 2009, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0869.pdf>

*Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Decisione del 5 settembre 2008, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>

*Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decisione sulla giurisdizione del 14 gennaio 2010, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0453.pdf>

*CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decisione del Comitato *ad hoc* sull'Annullamento del 25 settembre 2007, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0187.pdf>

*Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Decisione sulla giurisdizione del 29 maggio 2009, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0103.pdf>

*Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decisione del 14 luglio 2006, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf>

*Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decisione del 6 febbraio 2007, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>

*Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, del 18 agosto 2008 consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0256.pdf>

*LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. The Argentine Republic*, Decisione del 5 luglio 2007, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0462.pdf>

*Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decisione del 28 settembre 2007, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>

*Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decisione sulla giurisdizione del 14 gennaio 2004, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0290.pdf>