



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Privato Comparato

L' ARBITRATO INTERNAZIONALE NEGLI INVESTIMENTI:

FOCUS SUL SISTEMA "ICSID"

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Domenico Benincasa

CANDIDATO

Antonio Ricci

Matr. 132033

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.

Barbara Santa De Donno

Anno Accademico 2018/2019

**L'ARBITRATO IN MATERIA DI INVESTIMENTI:
FOCUS SUL SISTEMA ICSID**

Indice

Introduzione..... 5

Capitolo I – Profili introduttivi

1. La nascita ed evoluzione dell'Arbitrato Internazionale in materia di Investimenti: Gli accordi precedenti ai BITs..... 8

2. Origini degli Accordi BITs e cenni sui più importanti accordi Multilaterali..... 14

 2.1 a) *Mercado Còmun del Sur* MERCOSUR..... 20

 2.2 b) *North Atlantic Free Trade Agreement* NAFTA..... 22

 2.3 c) *Energy Charter Treaty* (Trattato sulla Carta dell'Energia)..... 24

3. La scelta Arbitrale, vantaggi e limiti..... 26

 3.1 La Durata..... 27

 3.2 I Costi..... 29

 3.3 La scelta dell'Arbitro..... 31

 3.4 La Riservatezza + Cenni sul Confronto tra vari ordinamenti..... 34

 3.5 Il Rito..... 38

4. La definizione di "Investimento straniero" ai sensi della Convenzione di Washington del 1965..... 40

 4.1 La Definizione in alcuni lodi ICSID: Il caso "*Salini V. Marocco*"..... 44

 4.2 Il caso "*M.C.I. Power Group L.C. V. Ecuador*"..... 46

5. La nozione di "Investitore straniero"..... 49

Capitolo II - L'Arbitrato ICSID

1. Le Origini Dell'ICSID, La Convenzione Di Washington del 1965, cenni storici.	51
2. Organi del Centro:.....	58
2.1 a) Il Consiglio di Amministrazione.....	60
2.2 b) Il Segretariato.....	62
2.3 c) Il Segretario Generale.....	64
3. La giurisdizione del Centro: l'articolo 25 della Convenzione ICSID.....	66
4. Il consenso delle parti.....	69
5. L'Arbitration " <i>Without Privity</i> ".....	72
6. L'attivazione della procedura: costituzione del Tribunale arbitrale.....	75
6.1 La Scelta del diritto applicabile alla controversia.....	79
6.2 Il lodo e i mezzi di ricorso.....	84
6.3 Le " <i>Additional Facility Rules</i> ".....	88

CAPITOLO III – Il Riconoscimento del lodo arbitrale straniero

1. La Convenzione di <i>New York</i> del 1958 cenni Storici.....	91
2. Ambito di applicazione della Convenzione di <i>New York</i>	96
2.1 Le sentenze arbitrali rese nel territorio di uno Stato diverso da quello dove sono richiesti il riconoscimento e l'esecuzione.....	97
2.2 Le sentenze arbitrali non nazionali.....	98
3. Le riserve: 3.1 La riserva di reciprocità.....	101
3.2 La riserva di natura commerciale	102
4. Cosa si intende per “ <i>arbitral award</i> ”	103
5. Tipologie di Convenzioni arbitrali per cui può applicarsi la Convenzione di New York	106
6. Procedura per il riconoscimento, l'esecuzione e la prova del lodo arbitrale.....	110
7. Ipotesi di rifiuto del Riconoscimento del Lodo [articolo. V Convenzione di New York]	112
7.1 Articolo V(1) (a): L'invalidità della convenzione arbitrale.....	114
7.2 Articolo V(1) (b): La lesione dei diritti di difesa.....	117
7.3 Articolo V(1) (c): Le questioni che esorbitano dall'accordo arbitrale o dalle domande delle parti.....	119
7.4 Articolo V(1) (d): L'irregolarità della composizione del tribunale arbitrale o delle procedure.....	120
7.4 Articolo V(1) (e): Lodo non obbligatorio, annullato o sospeso.....	122
7.5 Articolo V(2): Non arbitrabilità della controversia e contrarietà all'ordine pubblico.....	124

Capitolo IV- L'esecuzione dei lodi Arbitrali e l'impatto su di essi della sentenza Achmea

1. L'esecuzione dei lodi arbitrali ICSID: gli Articoli 53 e54 Convenzione di Washington.....	126
2. Le scelte strategiche negoziali per ottenere la liquidazione del lodo arbitrale.....	132
3. Fasi di natura amministrativa precedenti all'enforcement del lodo arbitrale.....	135
4. Panoramica su vari ordinamenti giuridici nel procedimento di esecuzione del lodo arbitrale.....	138
5. Considerazioni preliminari sul caso <i>Achmea</i>	143
5.1 La lunga battaglia processuale tra <i>Achmea B.V.</i> e la Repubblica slovacca.	147
5.2 Le conseguenze sul piano internazionale della decisione del <i>BGH</i> ...	152
Conclusioni.....	155
Bibliografia.....	160
Sitografia di maggiore rilievo.....	168
Riferimenti giurisprudenziali.....	169

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si propone di affrontare il tema dell'arbitrato internazionale negli investimenti, focalizzando l'attenzione sul meccanismo ICSID ("International Centre for Settlement of Investment Disputes"). Nell'esposizione dei contenuti, si cercherà di porre in primo piano le esigenze del lettore, mantenendo un approccio il più possibile lineare e comprensibile, e accompagnando la descrizione teorica delle questioni trattate ad esempi pratici e casi concreti, al fine di facilitarne la comprensione. L'arbitrato internazionale, è un meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie a cui ricorrono soggetti operanti a livello sovranazionale. Esso consente di evitare il ricorso a procedure giudiziali interne, affidando la risoluzione delle dispute ad organi imparziali scelti dalle parti (cd: "arbitri"). Nel corso degli anni tale sistema è stato utilizzato con frequenza sempre maggiore, in particolare nel settore degli investimenti, in quanto permette di dirimere un eventuale conflitto, garantendo un procedimento equo, e una decisione, (definita "lodo arbitrale"), che tenga in massima considerazione le volontà delle parti in causa, ma che allo stesso tempo abbia un'efficacia vincolante, tale da permetterne la successiva esecuzione anche in forma forzata.

I procedimenti arbitrali possono essere tra loro strutturalmente difformi, in quanto modellati su quadri normativi diversi fra loro, disposti dai numerosi Centri di risoluzione delle controversie. In questa trattazione ci si concentrerà sull'analisi dei tratti più salienti del sistema ICSID. Il Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative ad investimenti, infatti, è un'organizzazione

internazionale, facente capo alla Banca Mondiale, ove sono svolte attività di conciliazione e di arbitrato, nelle contese riguardanti investimenti di cui sono parti gli Stati e gli investitori privati stranieri.

Premesso ciò, la suddetta dissertazione si compone di quattro capitoli.

Nel primo, avente carattere prettamente introduttivo, si delineano i caratteri storici dell'arbitrato internazionale negli investimenti e il suo sviluppo, descrivendo la natura giuridica dei Trattati bilaterali di investimento (BITs), con cenni sui principali accordi multilaterali. Successivamente, si analizzeranno i fattori per cui preferire l'arbitrato internazionale in luogo del procedimento ordinario e quelli per cui non farlo. Infine si esplicheranno le nozioni di "investimento straniero" e "investitore straniero", con riferimenti a casi pratici.

Il secondo capitolo, tratta del sistema ICSID, istituito dalla Convenzione di Washington del 1965. Ci si concentrerà in particolare sugli organi del Centro e sulla sua giurisdizione, analizzando l'articolo 25 della Convenzione e le sue peculiarità, come il consenso prestato dalle parti, nonché i suoi corollari, quali "l'arbitration without privity". Inoltre, si descriveranno le modalità di attivazione della procedura, ossia come viene costituito un tribunale arbitrale, la scelta del diritto applicabile alla controversia, le caratteristiche del lodo e i mezzi di ricorso nei suoi confronti, facendo anche riferimento alle "additional facility rules".

Il terzo capitolo, è interamente incentrato sulla Convenzione di New York del 1958, che garantisce il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri in qualsiasi Paese contraente, la quale, (è bene premetterlo), non si applica ai lodi resi

da tribunali ICSID, in quanto essi non sono considerati “stranieri”. Nello specifico, si esaminerà il suo ambito di applicazione (al netto della possibilità di eccepire delle “riserve”), le tipologie di convenzioni arbitrali cui essa è dedicata, e il suo articolo V, che permette in ipotesi tassativamente indicate, di rifiutare il riconoscimento del lodo.

Infine, il quarto ed ultimo capitolo toccherà il delicato tema dell’esecuzione dei lodi arbitrali, in particolare di quelli ICSID ai sensi degli articoli 53 e 54 della Convenzione di Washington. Si illustreranno, ancora, le scelte strategiche negoziali per ottenere la liquidazione del lodo, descrivendo i vari scenari in cui potrebbe trovarsi la parte vittoriosa in arbitrato, alla luce dell’eterogeneità degli ordinamenti su scala globale e alle differenti situazioni politico-economiche degli Stati. La seconda parte dell’ultimo capitolo, invece, sarà dedicata all’esegesi della sentenza *Achmea*, e al suo consistente impatto sul futuro degli arbitrati internazionali in materia di investimenti, tra i quali, come vedremo in seguito, restano sostanzialmente immuni quelli avviati secondo le regole ICSID.

CAPITOLO I

PROFILI INTRODUTTIVI

Nascita ed evoluzione dell'Arbitrato Internazionale in materia di investimenti: gli accordi precedenti ai *Bilateral Investment Treaties*

Il diritto internazionale degli investimenti, è formato da un insieme di normative e principi, volti a disciplinare investimenti realizzati nel territorio di uno Stato da investitori privati, ossia persone fisiche e giuridiche, aventi cittadinanza o nazionalità non appartenenti al Paese dove investono¹. Queste tipologie di investimenti vengono indicati come “investimenti esteri” o “stranieri”.² La formula dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti può essere fatta risalire addirittura verso l'anno 1520 *a.c.*³ nell'Antica Grecia, dove il cd. “Arbitrato dell'Anfizionia”⁴, consisteva nel risolvere le controversie che nascevano fra le varie Città-Stato, da parte di dodici anziani rappresentanti le diverse tribù. Questa

¹ In alcuni IIAs (*International Investment Agreements*), possono essere inserite clausole che ampliano il concetto di “cittadinanza”. Si veda, ad esempio, l'art. I (3), lett. N (i) del *Free Trade Agreement* stipulato fra Singapore e Sri Lanka del 23 gennaio 2018, che in riferimento ai “nazionali stranieri” di Singapore, intende non solo i “cittadini”, ma anche i “residenti permanenti”.

² MAURO “L'Evoluzione del diritto internazionale degli investimenti”, c. VI, “*Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*”, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, p.325

³ La locuzione italiana avanti Cristo, solitamente abbreviata in a.c., manifesta la prima delle due fasi di un particolare sistema di datazione temporale nel cui centro viene fissata la nascita di Gesù Cristo. CORAL, “*El arbitraje laboral*”, TEMIS, Bogotá D.C, 2007, p. 4

⁴ MARTONE, “*Arbiter- arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*”, Jovene, Napoli, 1984, pp. 36 e ss.

tipologia di risoluzione delle controversie è testimoniata anche dal filosofo Aristotele⁵, il quale sosteneva che fosse meglio:

“... preferire un arbitrato piuttosto che una lite in tribunale, infatti l’arbitro bada all’equità, il giudice alla legge; e l’arbitro è stato inventato proprio per questo, per dar forza all’equità”.⁶

Negli ultimi vent’anni il diritto internazionale degli investimenti è cresciuto in maniera esponenziale da un punto di vista legislativo, specialmente grazie all’estensione della sfera dei diritti soggettivi degli investitori privati e all’accesso diretto a mezzi di risoluzione delle controversie internazionali da parte di questi ultimi.⁷

Lo sviluppo dell’arbitrato in materia di investimenti è stato fortemente influenzato dalla creazione dell’*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) con la Convenzione di Washington del 1965. Il centro, creato con lo scopo di amministrare arbitrati tra investitore e Stato in cui viene compiuto l’investimento, ha contribuito alla crescita dei trattati bilaterali e multilaterali concernenti gli investimenti stranieri, come dimostrano gli innumerevoli riferimenti all’ICSID che possono trovarsi in queste tipologie di accordi. Ad oggi

⁵ ARISTOTELE (Stagira, 384 a.C. o 383 a.C.– Calcide, 322 a.C) fu un filosofo, scienziato e logico della Grecia Antica

⁶ ARISTOTELE, *Rhetorica*, 1.13.13.

⁷ BUNGENBERG, GRIEBEL, HOBE REINISH, “*General Introduction to International Investment Law*”, “*International Investment law*”, C.H BECK. Hart. Nomos, 2015, p. 1

la maggior parte degli arbitrati sugli investimenti (circa il 60%)⁸ seguono le previsioni del suddetto centro.⁹

Negli ultimi anni gli Stati hanno concluso più di millecinquecento trattati Bilaterali sugli investimenti (BITs) e diversi trattati multilaterali sugli investimenti, di cui parleremo più specificamente nel corso di questo capitolo, al fine di attrarre capitali stranieri, garantendo maggiori diritti per gli investitori e una superiore flessibilità nella risoluzione di controversie sugli investimenti. Alcuni diritti tipici del diritto internazionale pubblico sono ormai entrati a far parte di molti trattati sugli investimenti, come il diritto a un “trattamento giusto ed equo”¹⁰ e l’obbligo per gli Stati in cui viene effettuato l’investimento di “rispettare gli obblighi contrattuali”.

Gli investimenti stranieri sono uno strumento vitale per lo sviluppo economico e la prosperità globale. Essi consentono ai paesi in via di sviluppo (PVS) di potenziare le industrie locali e di migliorare le loro infrastrutture. Allo stesso tempo, gli investitori stranieri ottengono un ritorno economico e si assicurano un “punto d’appoggio” nei mercati del futuro¹¹. L’economia globale ha continuato ad espandersi anche in periodi economici turbolenti, rendendo sempre più sofisticate

⁸ Dato ai quali vanno aggiunti tutti quegli arbitrati coperti da “riservatezza” e quindi non conoscibili.

⁹ BUNGENBERG, GRIEBEL, HOBE, REINISH. “ *General introduction to International Investment Law*”, C.H. BECK Hart Nomos, “*International Investment Law*” 2015, p.2

¹⁰ La clausola di “Trattamento giusto ed equo” (“Fair and Equitable Treatment”) consiste nel fatto che lo Stato che ospita un investimento straniero si impegna a trattarlo in modo giusto ed equo.

¹¹ FRANK, “*The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*”, *Fordham Law Review*, 2005, p. 1524

le modalità di attuazione dei piani di investimento e di conseguenza sono aumentate le controversie relative a tali investimenti. I trattati sugli investimenti giocano un ruolo prominente nella decisione iniziale di investire in un PVS, nella tipologia dell'investimento stesso, e nella massimizzazione del profitto.¹²

Come detto in precedenza, il numero di accordi in materia di investimenti è cresciuto nel corso degli anni, instaurando sempre maggiore fiducia nella loro stabilità. Tuttavia nei primi anni dell'Ottocento il numero di questi accordi era molto modesto, Kenneth Vandeveld ricorda come nel 1820, solo circa l'1% delle merci globali era scambiato in traffici internazionali.¹³ Tre grandi eventi hanno contribuito al processo di globalizzazione che ha trasformato l'economia internazionale. Questi furono la fine delle guerre Napoleoniche, che garantirono un secolo di sostanziale pace in Europa; l'avvento della rivoluzione industriale, che comportò la crescita di domanda delle materie prime; l'emergere di teorie economiche liberali, che promuovevano mercati basati sulla libera concorrenza degli scambi internazionali. In questi anni si svilupparono i primi trattati bilaterali sull'amicizia, il commercio e la navigazione (FCNs *Treaties*), che sostanzialmente andavano a facilitare il commercio, la navigazione e gli investimenti tra gli Stati parti, includendo la protezione reciproca di investitori e affari. Probabilmente il primo vero accordo di questo genere fu "*The Treaty of Amity and Commerce*", tra Stati Uniti e Francia concluso il 6 Febbraio 1778, che sanciva il traffico di affari

¹² Cfr VANDEVELDE, " *The Economics of Bilateral Investment Treaties*", Oxford University press, 2000, pp.469-472

¹³ VANDEVELDE, " *The Economics of Bilateral Investment Treaties*", op.cit. nota 12, p. 471

tra i due stati sulla base del “trattamento della nazione più favorita”¹⁴ (MFN Clause; Most - Favoured - Nation Clause)¹⁵. Questi trattati avevano una natura molto generica, focalizzata sulla protezione dei diritti di proprietà e dello *status* di “investitore straniero”¹⁶, più che sugli investimenti nello specifico. Il contenuto dei trattati FCN si è gradualmente trasformato nel corso degli anni, ma di solito veniva sempre garantito il diritto di accesso nel territorio di un altro stato parte; il diritto di accesso alle corti degli stati parti; il diritto alla protezione e sicurezza¹⁷; il trattamento della nazione più favorita e a volte il principio del trattamento nazionale¹⁸. Nessuno di questi primi trattati FCN però prevedeva forme di risoluzione delle controversie, anzi in alcuni di essi era espressamente prevista la possibilità di ricorrere alla guerra, qualora non si fosse riusciti a dirimere l’eventuale contrasto mediante un negoziato tra gli stati; l’unica eccezione è rappresentata dal “*Jay Treaty*”¹⁹ del 1794, tra Stati Uniti e Gran Bretagna, che

¹⁴ PAULUS, “*Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*”, Oxford Public International Law, 2011, disponibile su <https://opil.ouplaw.com/>

¹⁵ La Clausola della nazione più favorita o Most Favoured Nation (MFN) è, nell’ambito del diritto internazionale degli investimenti, la procedura secondo cui i paesi contraenti si impegnano ad accordare ai prodotti o beni provenienti da un paese terzo condizioni doganali e daziarie non meno favorevoli di quelle già stabilite negli accordi commerciali tra gli Stati parti.

¹⁶ La nozione di “Investitore Straniero” verrà trattata più avanti nel capitolo I di questo elaborato.

¹⁷ È tuttora controverso quale sia lo standard di “protezione e sicurezza” che uno stato ospite deve accordare all’investitore straniero. Infatti mentre nella fase di ammissione dell’investimento straniero c’è una libertà tendenzialmente assoluta da parte del paese ospitante, sulla base della propria sovranità territoriale, tale libertà si restringe dopo che c’è stato il cd. “*establishment*”. Secondo alcuni, tale restrizione configurerebbe il principio del trattamento nazionale, che imporrebbe l’uguaglianza di trattamento tra i cittadini di quel paese e gli investitori stranieri. Secondo altre teorie, il principio da seguire sarebbe quello dello standard minimo internazionale, che imporrebbe un trattamento dell’investitore straniero riflettente i principi e le regole delle cd. “nazioni civili”.

¹⁸ Principio in base al quale i prodotti importati e quelli locali devono ricevere lo stesso trattamento

¹⁹ Il trattato di Amicizia, Commercio e Navigazione tra Gran Bretagna e gli Stati Uniti d’America, comunemente noto come trattato Jay, fu un accordo stipulato tra Stati Uniti e Regno di Gran Bretagna

prevedeva una commissione mista per eventuali reclami²⁰. In aggiunta, i primi trattati FCN non comprendevano tutte le regole di diritto internazionale consuetudinario sulla protezione della proprietà straniera. Infatti non era previsto il principio della “ragionevolezza”, che esprimeva l’obbligo per lo Stato Ospite²¹ di non interferire in maniera arbitraria e irragionevole nell’investimento²².

nel 1794. Le clausole del trattato furono redatte principalmente dal segretario del tesoro Alexander Hamilton, sostenuto fortemente dal capo negoziatore John Jay (da cui deriva il nome del trattato) e dal presidente George Washington. Le parti si accordarono sul fatto di dirimere con un arbitrato le controversie sui debiti contratti in tempo di guerra e sul confine tra il Canada e gli Stati Uniti.

²⁰ MOORE, *“History and Digest of the International Arbitration to which the United States has been a party”*, vol. III, Washington, Govt. print, 1898, P.2277, e discusso da BROWN, *“ A Common Law of International Adjudication”*, Oxford University Press, 2007, p. 61-62

²¹ Lo Stato in cui ha luogo l’investimento

²² BUNGENBERG, GRIEBEL, HOBE, REINISH, *“International Investment Law”*, c. 4: *International Investment Agreements*, Beck. Hart.Nomos, 2015, p.157

Origini degli Accordi *BITs* e cenni sui più importanti accordi multilaterali

Sin dalla fine della seconda guerra mondiale il rilievo gradualmente assunto dagli investimenti stranieri aveva reso impellente il problema della sua protezione, ponendo particolare attenzione alla soluzione delle controversie tra investitore straniero e Stato destinatario dell'investimento. Originariamente l'investitore straniero non aveva l'opportunità di accedere a strumenti internazionali di risoluzione delle controversie per tutelare il suo investimento. Egli infatti, qualora avesse subito una lesione dei suoi diritti da parte dello Stato ospitante, aveva facoltà di adire meramente i tribunali nazionali di quello Stato. Soltanto una volta esperite le vie interne dello stato ospite, l'investitore poteva richiedere l'azione del suo Stato nazionale, mediante la protezione diplomatica²³. Come è facilmente intuibile tale istituto aveva un'incisività modesta. Invero in primo luogo, come detto l'investitore doveva rispettare il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni. In secondo luogo, il soggetto interessato godeva di tale protezione solo in forza del legame di cittadinanza che ha col suo Stato. In terza battuta, non c'è nessun obbligo giuridicamente vincolante di azione da parte dello stato che agisce in protezione diplomatica. Tale protezione costituisce una facoltà, non c'è quindi alcun diritto del cittadino di essere protetto in tal senso. Nondimeno, ammesso che lo Stato decida di agire in protezione diplomatica, esso è "libero di concordare con lo stato territoriale i termini di soluzione della controversia e l'ammontare

²³ La protezione diplomatica è un istituto di diritto Internazionale generale che prevede l'azione a difesa del proprio cittadino da parte del suo Stato nazionale, nel caso in cui vengano infrante le leggi internazionali sul trattamento dello straniero

dell'indennizzo che quest'ultimo è tenuto a pagare alla persona lesa"²⁴. Inoltre, spesso, l'importo totale di questi risarcimenti è nettamente inferiore ad un pieno indennizzo, come dimostrano i "*Lump-sum-agreements*"²⁵

Per superare tali limitazioni intorno alla metà degli anni Sessanta sono nati i BITs ("*Bilateral Investment Treaties*")²⁶, i quali hanno avuto il grande merito di depoliticizzare la materia degli investimenti stranieri, rendendo più chiara ed efficace la disciplina, in quanto consentono agli Stati di definire giuridicamente un settore altrimenti contrassegnato da incertezze e lacune. Questi tipi di accordi seguono spesso delle strutture di riferimento predisposte a livello nazionale, periodicamente modificate, presentando di conseguenza regole analoghe. In particolare questi "modelli di riferimento standard"²⁷ contengono disposizioni concernenti:

- 1) La definizione di "Investimento" e di "Investitore" nazionale.
- 2) Le condizioni di ingresso dell'investimento straniero.

²⁴ MAURO, c. VI "Il diritto internazionale degli investimenti", "Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p. 329

²⁵ Vengono definiti in tal modo i cd. "Accordi di compensazione globale", ossia accordi mediante cui lo Stato ospitante corrisponde una somma in denaro allo Stato nazionale del soggetto che ha subito un trattamento pregiudizievole. Tale secondo Stato poi valuterà la ripartizione del denaro tra i propri cittadini.

²⁶ Accordi Bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti

²⁷ MAURO, C. VI "L'evoluzione del Diritto Internazionale degli investimenti", "Diritto Internazionale dell'Economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche Internazionali", Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p.338

- 3) Gli standard generali di trattamento, come la protezione e la sicurezza totali (*Full protection and security*), e il trattamento giusto ed equo (*Fair and equitable treatment*).
- 4) La clausola della nazione più favorita (Most favoured nation clause).
- 5) I trasferimenti monetari.
- 6) La protezione contro misure di nazionalizzazione ed espropriazione, nonché di servirsi di misure equivalenti, se non per motivi di interesse pubblico e nel rispetto del principio del “giusto processo” (*due process*), fermo restando l’obbligo di esborso di un indennizzo commisurato all’equo valore di mercato dell’investimento qualora si attui una di queste misure
- 7) L’indennizzo per danni subiti a causa di conflitti armati e disordini interni.
- 8) Le tipologie di risoluzione delle controversie fra lo Stato ospite e l’investitore straniero, in particolare mediante arbitrato internazionale. L’attrazione che provoca quest’ultima forma di protezione nei confronti degli investitori stranieri è dimostrata dall’imponente numero di arbitrati promossi sulla base di tali accordi, in quanto l’arbitrato internazionale offre una garanzia essenziale per l’investitore privato.

Data l’oggettiva conformità nella prassi di contenuto e struttura di tali forme standard, in dottrina ci si è chiesti se i *BITs* possano considerarsi norme di rango consuetudinario di diritto internazionale o comunque possano agevolare la formazione. Alcuni autori, sulla base di queste premesse considerano gli accordi

bilaterali di investimento ormai norme internazionali consuetudinarie formatesi nel settore degli investimenti.²⁸ Secondo altri, i BITs oltre a rappresentare ormai norme consuetudinarie già esistenti, contribuirebbero alla formazione di nuove norme generali²⁹. Un'ulteriore parte di dottrina, invece, reputa che sia proprio l'indeterminatezza del diritto internazionale in materia di investimenti ad aver favorito la conclusione di tanti trattati bilaterali. Di conseguenza tali accordi non configurerebbero norme generali già esistenti, né tanto meno concorrerebbero a crearne di nuove, poiché il loro obiettivo cardine sarebbe proprio quello di sviluppare un regime giuridico convenzionale specifico, in assenza di fondamenti consuetudinari certi.³⁰ Quest'ultima tendenza sembrerebbe essere la più corretta, in quanto troverebbe conferma da quanto asserito dalla Corte Internazionale di giustizia nella sentenza *Barcelona Traction*³¹. In questa circostanza la Corte ha

²⁸ Secondo DENZA e BROOKS, *Investment Protection Treaties: United Kingdom Experience*, Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, 1987, p. 913, questi accordi darebbero un *“Important support for those standards of customary international law which had seemed to be slipping away”*. Anche ROBINSON in, *Expropriation in the Restatement*, Cambridge University Press, 1984, p. 177 la pensa allo stesso modo sostenendo che *“Many of the same developing countries [...] have signed bilateral treaties reaffirming their support for the traditional standards as a legal rule”*

²⁹ MANN, *British Treaties For the Promotion and Protection of Investment*, British Y.B International law, 1981, pp. 249-250

³⁰ Tesi sostenuta da SORNARAJAH, *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*, *Journal of World Trade L*, 1986, pp. 81-82. Secondo cui *“The main objective of the treaties is to create a separate regime of investment protection quite apart from the “Customary” as to which much doubt has been created [...] Each treaty is nothing but LEX SPECIALIS between parties designed to create a mutual regime of investment protection. Such LEX SPECIALIS is necessary simply because of the uncertainty in the law of investment protection, but such uncertainty cannot be removed on a universal basis by those treaties as they do not consistently support definite principles”*. Della stessa opinione GRISI, in *Enciclopedia del diritto*. *Annali vol. 4*, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 642, e SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Giappichelli Editore, Torino, p. 210

³¹ Consultabile sul sito: <https://e-justice.europa.eu>

esplicitamente escluso la possibilità di avvalersi dei *lump-sum agreements*, che come abbiamo visto in precedenza sono altre tipologie di accordi bilaterali, quali strumenti di individuazione del diritto internazionale generale, affermando che si tratta di accordi *sui generis*, equivalenti quindi a *lex specialis*.

Anche il tribunale ICSID nel caso *Asian Products Ltd (AAPL)*³² ha ritenuto che il BIT tra Regno Unito e Sri Lanka del 1980, motivo del ricorso al centro, doveva essere giudicato come *lex specialis* tra le parti. Come ultima testimonianza possiamo citare il caso *AES Corporation*³³, dove gli arbitri ICSID hanno asserito che ogni BIT è diverso dall'altro, avendo sostanzialmente una propria identità. Per questa ragione le pur notevoli somiglianze tra gli accordi non devono trarre in inganno, avallando quindi le tesi favorevoli ad un'interpretazione di questi ultimi alla stregua di norme di diritto internazionale consuetudinario.

In verità da un mero punto di vista giuridico, sembrerebbe più corretto optare per una terza via intermedia. Infatti per certi versi i BITs ribadiscono i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti: per altri, si manifestano come particolarmente innovativi nel settore degli investimenti, o in quanto disciplinanti una materia che non ha rango consuetudinario, o perché la disciplinano in modo dissimile rispetto al diritto internazionale generale.

³² Consultabile sul sito <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/87/3>

³³ Consultabile sul sito <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/16>

La definizione di controversie mediante arbitrato internazionale è considerata componente fondamentale per la promozione e protezione dell'investimento straniero. A testimonianza di ciò oltre ai molteplici accordi BITs di cui sopra, sono stati conclusi anche alcuni *Multilateral Investment Treaties* (MITs)³⁴. Di seguito faremo brevi riferimenti agli accordi relativi al *Mercado Comùn del Sur* (MERCOSUR), all'*Energy Charter Treaty* e al *North Atlantic Free Trade Agreement* (NAFTA)³⁵, concentrandoci sugli aspetti riguardanti l'arbitrato.

³⁴ Accordi Multilaterali di Investimento

³⁵ Tra gli altri MITs in materia di investimento possiamo ricordare l'ASEAN, che ha creato l'Associazione delle Nazioni del Sud-Est Asiatico nel 1967, oltre che l'Accordo di Libero Commercio tra Colombia, Messico e Venezuela, concluso a Cartagena nel 1994

A) Mercado Comun del Sur – MERCOSUR

Decretato dal Trattato di Asunción del 26 Marzo 1991, il MERCOSUR concretizza un'unione doganale tra Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay. Sulla base del Trattato sono stati stipulati molteplici Protocolli (non ancora in vigore), tra cui quello di Colonia sulla reciproca promozione e protezione degli investimenti del 17 Gennaio 1994 e quello di Buenos Aires del 23 Luglio 1998 riguardante l'arbitrato commerciale Internazionale del MERCOSUR³⁶. Ai sensi dell'articolo 9 del primo protocollo, qualora eventuali controversie tra investitore nazionale di uno stato contraente e un altro stato contraente non vengano risolte amichevolmente, possono essere deferite ai tribunali dello stato destinatario dell'investimento o ad arbitrato internazionale. Nel caso in cui l'investitore opti per questa seconda soluzione, la controversia potrà essere risolta sulla base delle regole dell'ICSID, o se inapplicabili, ci si potrà avvalere delle *Additional Facility Rules*³⁷ del centro, oppure in base al regolamento arbitrale dell'UNCITRAL³⁸. Inoltre in base all'articolo 2 (H) del Protocollo di Colonia, sulla promozione e protezione degli investimenti originati da stati terzi, l'investitore nazionale di uno di questi Stati, in caso di controversia con un membro del MERCOSUR, potrà

³⁶ BOSCO, "L'arbitrage commercial International dans le Mercosur: L'Accord de Buenos Aires de 1998", Rev. arb, 2004, p. 565

³⁷ Queste regole di cui tratteremo più nello specifico all'interno del Cap. 2, sono applicabili ove uno degli stati coinvolto nella controversia non sia parte della Convenzione di Washington (convenzione istitutiva dell'ICSID), oppure se la controversia non origini in maniera diretta da un investimento (a condizione che non sia di carattere strettamente commerciale).

³⁸ "United Nations Commission on International Trade Law"

ricorrere ai tribunali dello Stato destinatario dell'investimento o ad arbitro Internazionale, anche per questioni relative all'interpretazione o applicazione di un BIT concluso tra i due stati.³⁹

³⁹ BERNARDINI, C.XII *"L'arbitrato in materia di investimenti"*, *"L'Arbitrato nel Commercio e negli Investimenti Internazionali"*, seconda ed. Giuffrè Editore, Milano, 2009, p.251

B) North-Atlantic Free Trade Agreement – NAFTA

Il Trattato Nord-Americano di Libero Commercio è un accordo multilaterale tra Stati Uniti, Canada e Messico, definito il 17 Novembre 1992 ed entrato in vigore il 1 Gennaio 1994. Esso rimuove qualsiasi tipo di restrizione doganale o di altro genere al libero commercio all'interno dell'area oggetto del trattato stesso, limitatamente ai beni che si formano in uno degli Stati contraenti, ossia lo Stato nel quale i suddetti beni hanno avuto la loro trasformazione finale. L'accordo per di più va a liberalizzare gli investimenti (definiti in maniera molto vasta) e i servizi (compresi quelli finanziari), andando in sostanza a vietare ogni misura statale contraria alla liberalizzazione, ad eccezione di quelle specificamente citate negli elenchi allegati al trattato. Agli Investimenti sono applicate tutte le garanzie offerte dai modelli standard dei BITs visti in precedenza. Di particolare interesse è la normativa circa la risoluzione di controversie mediante arbitrato fra investitore e Stato destinatario dell'investimento. Infatti il primo potrà scegliere quale meccanismo arbitrare utilizzare tra: 1) ICSID; 2) *Additional Facility Rules* dell'ICSID; 3) Regolamento arbitrale dell'UNCITRAL. "L'azione deve essere proposta entro tre anni dalla data di conoscenza dell'atto pregiudizievole o del danno subito, e almeno novanta giorni prima che la pretesa sia fatta valere in arbitrato l'investitore deve notificare allo Stato un atto con cui espone i fatti su cui fonda la pretesa stessa, le disposizioni del Trattato che si assumono violate, nonché

l'ammontare del danno reclamato"⁴⁰. Infine nell'atto va specificato a quale meccanismo arbitrale si intende adire.

⁴⁰ BERNARDINI, "L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali" seconda ed. Giuffrè Editore, Milano, 2009, P.252

C) Energy Charter Treaty (Trattato sulla Carta dell'Energia)

Il Trattato sulla Carta dell'Energia fu sottoscritto da cinquantadue parti contraenti a Lisbona, il 17 Dicembre 1994, è entrato in vigore il 16 Aprile 1998 a seguito del conseguimento delle prime trenta ratifiche. Fra i contraenti annoveriamo la Comunità Europea (oggi Unione Europea) e tutti i suoi membri, la Russia e altri Stati facenti parte dell'ex Unione Sovietica, la Turchia, il Giappone e l'Australia. I principali settori toccati dal Trattato riguardano il commercio e il transito dei prodotti energetici, l'efficienza energetica e le annesse problematiche ambientali, e ovviamente gli investimenti. In questa sede interessa in particolare il meccanismo di risoluzione delle controversie tra investitori e Parti contraenti, regolamentato dall'articolo 26 del Trattato⁴¹. Questo prevede che qualora l'investitore voglia dirimere la controversia mediante arbitrato, debba prestare il suo consenso e indicare la scelta del meccanismo arbitrale a cui adire tra: 1) ICSID; 2) *Additional Facility Rules*; 3) Regolamento arbitrale UNCITRAL; 4) Regolamento dell'Istituto arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma.

Sempre su richiesta di parte, l'arbitrato si svolgerà in uno Stato membro della Convenzione di Washington del 1958. Da sottolineare c'è che la sede dell'arbitrato è molto importante per delineare i vari meccanismi previsti dal trattato, fatta eccezione per la Convenzione di Washington visto il carattere esaustivo e

⁴¹ HAPP, "Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty", The German Yearbook of International Law, 2002, p.331; WAELDE, "Energy Charter Treaty based Arbitration", Journal of Trade Investment and Trade Law, 2004, pp. 373 e ss; GIARDINA, "Energy Charter treaty", Enciclopedia degli Idrocarburi, Treccani, Vol. IV, pp. 551 e ss.

autosufficiente della sua disciplina⁴². Ogni tribunale costituito in conformità dell'Articolo 26.4 del Trattato, dovrà decidere circa l'eventuale controversia seguendo le regole dello stesso trattato e applicando i principi del diritto internazionale. Il lodo arbitrale è definitivo e vincola tutte le parti, obbligando lo Stato membro soccombente a dare esecuzione alla sentenza arbitrale, impiegando tutte le misure idonee ad espletarne gli effetti.

Il quadro degli accordi in materia di investimenti si chiude con gli accordi regionali o settoriali, che prevedono norme molto simili a quelle contenute nei BITs, ma con l'obiettivo di una maggiore liberalizzazione dell'accesso ai mercati, cercando di abbattere ancor di più le barriere poste agli investimenti. Di conseguenza questi accordi prevedono strumenti meno vincolanti rispetto agli accordi Bilaterali e sono definiti *Free Trade Agreements* (FTAs). In conclusione, si ha una fitta rete di accordi internazionali riguardanti gli investimenti (*International Investment Agreements*- IIAs), che rende il diritto internazionale degli Investimenti una materia eterogenea, formata da svariati strumenti diseguali per origine, efficacia e contenuto.

⁴² Di cui parleremo nel capitolo IV di questo elaborato

La scelta arbitrale: vantaggi e limiti

*“L’arbitrage fascine”*⁴³. Affascina per l’autonomia e l’indipendenza che permettono di differenziarlo dall’impianto della tutela statale, eccessivamente burocratica, lenta e talvolta oppressiva, specialmente nel nostro paese. I motivi della scelta del sistema arbitrale possono essere molteplici, esse dipendono sicuramente da fattori legati al momento storico in cui sorge il rapporto, alla tipologia di controversia, a circostanze non ponderabili *ex ante* dai soggetti e altro. In questo paragrafo tratteremo di aspetti fondamentali per ponderare una scelta definitiva in favore dell’arbitrato, o viceversa della tutela statale, quali: la durata, i costi, la scelta dell’arbitro, la riservatezza e il rito.

⁴³ *“L’arbitrato affascina”*. OPPETIT, *“Théorie de l’arbitrage*, Presses Universitaires de France – PUF, prima edizione, 1999, p.9

a) Durata

Uno dei principali vantaggi della scelta arbitrale è sicuramente la durata ridotta del procedimento rispetto a quella del processo statale, a volte eccessiva, insostenibile ed ingiustificata. Pensare però che il tempo minore del procedimento sia l'unica ragione che spinge a scegliere l'arbitrato sarebbe riduttivo. Infatti anche in paesi dove il processo ordinario dura notevolmente meno rispetto al nostro, si fa un grandissimo ricorso all'arbitrato. Alcune complesse questioni, invero, hanno bisogno della competenza specifica di arbitri esperti in quel settore. Come sostenuto da Vincenzo Vigoriti: "la durata eccessiva della giustizia statale, lamentata in proporzioni diverse in tutti i sistemi, è un'autentica costante dell'esperienza processuale moderna, e non è solo frutto di insipienza tecnica o scarsità di risorse"⁴⁴. Per questa ragione l'arbitrato (insieme agli altri strumenti di ADR)⁴⁵, si pone come strumento che dà al singolo che vi aderisce, la possibilità di neutralizzare il decorso del tempo necessario alla pronuncia della decisione. In particolare, l'elemento centrale in tema di durata, è che nell'arbitrato i termini sono scanditi dalle parti e non dal legislatore, dunque sono le parti stesse della controversia ad avere il controllo. Al contrario, nel processo ordinario, una volta intrapresa l'azione, le parti perdono il controllo del processo, il quale segue *l'iter*, le modalità e i tempi previsti dalla legge. Negli arbitrati le tempistiche sono

⁴⁴ VIGORITI, "Criteri di scelta tra giudizio ordinario e arbitrato", "Arbitrato, ADR, Conciliazione", cap. I, Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p.4

⁴⁵ "Alternative Dispute Resolution". Mezzi di risoluzione alternativa delle controversie

tendenzialmente circoscritte, anche se è ormai prassi l'autorizzazione delle parti a proroghe.⁴⁶ Al netto delle conseguenze (anche negative) che possono derivarvi, ma che in ogni caso restano nell'ambito della libertà di scelta personale dei privati. In altre parole la decisione (molto rara) di una parte di non ammettere proroghe, può essere sgradevole e pregiudizievole per l'altra, ma è un rischio che si è accettato di assumere nel momento in cui si è stipulata la convenzione compromissoria.

⁴⁶ In realtà, spesso è lo stesso ente che amministra l'arbitrato a prevedere delle proroghe in termini, anche senza il consenso dei compromettenti. Questo con il presunto fine di dirimere in maniera migliore la controversia, il che sembra però eccessivo, visto che come vedremo più avanti, l'arbitrato internazionale si basa sul consenso delle parti.

b) Costi

L'arbitrato è un mezzo di risoluzione delle controversie molto oneroso, o comunque ha di solito un costo decisamente superiore rispetto ad un processo ordinario. Questo ha contribuito soprattutto in passato a renderlo uno strumento "elitario" e per certi versi irraggiungibile al *quovis de populo*. Premesso ciò, con alcune precisazioni, non è detto che non convenga, perfino in termini di spese, la scelta arbitrale.

In primo luogo l'onere per l'assistenza legale non dovrebbe essere diverso rispetto a quello che si avrebbe se l'attività fosse svolta in sede giurisdizionale. Può succedere che in arbitrato per via dei tempi contingentati, la redazione degli scritti o altre situazioni simili possano comportare maggiorazioni tariffarie, ma questa è pur sempre un'eccezione, non la regola.

In secondo luogo il maggior costo della procedura arbitrale va letto alla luce della tipologia di controversia cui si è di fronte. Gli onorari degli arbitri (i cd. "oneri di funzionamento") rappresentano sicuramente il maggior costo da affrontare per le parti, ma a nostro avviso, appaiono giustificati dalla ponderazione di diversi fattori.

In linea generale infatti, gli arbitri sono maggiormente competenti nella materia specifica oggetto di arbitrato, rispetto alle conoscenze generiche e meno settoriali che potrebbe avere un giudice ordinario, al netto della divisione in sezioni che molti ordinamenti, tra cui il nostro, prevedono. Dobbiamo domandarci ancora, quanto tempo da dedicare ad un solo problema, (magari molto complicato), abbia un giudice statale rispetto ad un arbitro; quali le probabilità di una sentenza errata,

con la conseguenza di dover proseguire in ulteriori gradi di giudizio; quale il prezzo dell'immobilizzo di denaro e capitali per un tempo indefinito, ma certamente più lungo di quello che comporterebbe l'arbitrato, e così via...

I soggetti che solitamente scelgono lo strumento arbitrale sono “soggetti forti”⁴⁷, che facendo una ponderazione di interessi, preferiscono usufruire dei notevoli vantaggi che offre l'istituto (su tutti la durata ridotta e la riservatezza del procedimento), piuttosto che risparmiare in termini di costi. Perciò paradossalmente, tenuto conto di tutti questi fattori, adire ad un giudice ordinario potrebbe costare molto di più che iniziare un procedimento arbitrale.

Detto ciò negli ultimi anni si sta tentando di ridurre e razionalizzare il più possibile la spesa dei procedimenti arbitrali, cercando di renderli maggiormente accessibili a soggetti privati meno abbienti ed evitare la percezione elitaria che li ha caratterizzati da sempre. Esempi di questo filone sono la devoluzione ad un arbitro unico, invece che ad un collegio arbitrale della controversia; la limitazione del numero di udienze; l'utilizzo di mezzi di comunicazione telematica al posto di mezzi cartacei; il prevedere e pattuire oneri forfettari per gli arbitri, e via dicendo.

In definitiva, il costo è una variabile da esaminare ed analizzare in un quadro esteso, che tenga in considerazione tutti i fattori, e non solamente l'entità dei compensi da elargire agli arbitri.

⁴⁷ Ad esempio grandi imprese multinazionali

c) Scelta dell'arbitro

Agendo in sede ordinaria non si ha la possibilità di scegliere il giudice che dovrà occuparsi della controversia. Pertanto nei casi più difficili, le parti avranno la mera speranza di vedersi assegnato un magistrato avente una competenza specifica settoriale, si tratta in ogni caso di eventualità rare, considerati i limiti che derivano dalla sede e dal numero di giudici disponibili.

Devolvere la controversia ad arbitri invece, significa dare la possibilità alle parti di scegliere il soggetto a cui rimettersi, scelta che ha luogo avendo a disposizione un numero elevato di arbitri, senza limiti di territorio, di sede e persino di conoscenze tecniche. Per questa ragione il legame che si instaura tra le parti e l'arbitro ha una consistente connotazione personale e fiduciaria, neanche paragonabile a quella che si avrebbe in sede statale.⁴⁸

I vantaggi della scelta arbitrale sono molteplici a livello pratico. Si pensi ad esempio alla possibilità di scegliere la lingua (o le lingue) in cui si svolgerà il procedimento. Questa facoltà è naturalmente vietata nel processo statale, dove nel caso dell'Italia, l'uso dell'italiano è inderogabile. La ratio di questa scelta risiede nel fatto che non si può pretendere che un giudice conosca svariate lingue, così come chi deve avere conoscenza degli appelli e gli altri soggetti interessati. Quindi gli atti, i verbali, i provvedimenti, ecc. devono essere redatti nella lingua nazionale, a pena di nullità (art. 122 c.p.c), e sempre in Italiano devono essere tradotti tutti i documenti esposti. Di fatto l'ostacolo della lingua non è di poco conto, basti

⁴⁸ Cfr. VIGORITI, "La decisione arbitrale come precedente", Rivista arbitrato, Milano, 1996, pp. 33-35

pensare al crescente numero di parti straniere implicate in procedimenti nazionali, alla frequente necessità di applicare leggi straniere, al rilievo di documenti stilati in altre lingue, e via dicendo...

Come accennato in precedenza nell'arbitrato, invece, le parti possono specificare quale debba essere la lingua degli atti, delle produzioni documentali, dei rapporti fra loro, fra loro e gli arbitri, e in quelli con altri soggetti (testi, consulenti), infine ovviamente anche per la redazione del lodo. Senz'altro inoltre, nella scelta dell'arbitro si terrà conto anche della capacità di quest'ultimo di utilizzare la lingua prescelta, con tutti i benefici che possono facilmente dedursi.

Non è sbagliato affermare che c'è una mitigazione dell'elemento personale e fiduciario, quando la scelta dell'arbitro viene effettuata dagli enti che amministrano la procedura arbitrale. Infatti principalmente nelle controversie riguardanti il commercio internazionale e gli investimenti stranieri, questi organismi tendono a scegliere sempre all'interno di un *pool* ristretto di soggetti particolarmente qualificati (cd. "liste arbitrali"), i quali finiscono per essere attivi in modo continuo e costante all'interno dell'istituzione, contribuendo ad arricchirne il prestigio, ma di fatto agendo quasi come se fossero un'articolazione propria dell'istituzione stessa.

Detto ciò, l'elemento personale e fiduciario non è sempre un fattore positivo. Può accadere, infatti che arbitri poco seri, tendano ad emulare alcuni atteggiamenti che i peggiori giudici assumono in giudizio, come superbia, poca disponibilità, disattenzione... Inoltre mentre in sede di giustizia ordinaria, di rado si presentano

problemi di indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante, questi problemi sono all'ordine del giorno in sede arbitrale.

d) Riservatezza

Tratto distintivo dell'arbitrato è sicuramente la riservatezza (“*Confidentiality*”), contrapposta alla pubblicità che in linea di principio caratterizza invece i processi instaurati innanzi al giudice ordinario.

Quest'affermazione rappresentava un'assoluta e incontrovertibile verità in passato, oggi invece, bisogna fare alcune precisazioni.

Intanto, da un lato non è molto agevole per i soggetti non direttamente interessati, avere conoscenza di un processo ordinario pendente. Un certo grado di riservatezza infatti, è sempre garantito dalle normative sulla *privacy*, grazie alle quali registri e fascicoli sono controllati nelle cancellerie in maniera migliore rispetto agli anni precedenti.

D'altra parte, neppure l'arbitrato al giorno d'oggi può dirsi totalmente coperto da quel velo di segretezza che lo contrassegnava in passato. A causa del crescente numero di procedimenti e dei soggetti coinvolti, non risulta semplicissimo evitare il diffondersi delle notizie e l'acquisizione di informazioni, che possono ottenersi grazie al mero incrocio di informazioni facilmente conoscibili. La riservatezza risulta ancora più faticosa da realizzare in contesti circoscritti, come ad esempio il settore degli investimenti, dove gli operatori sono in costante contatto fra loro, rendendo pressoché impossibile evitare la propagazione di notizie.

Il fatto che la riservatezza del procedimento, sia una delle caratteristiche peculiari dell'arbitrato, rende il tema molto trattato in recenti convegni e tavole rotonde,

oltre che a livello dottrinale e giurisprudenziale nel nostro Paese.⁴⁹ Il tema appena esposto, è in linea con l'intenso dibattito che la riservatezza del procedimento arbitrale ha generato in altri ordinamenti. *In primis* possiamo ricordare il Regno Unito, il cui ordinamento (così come il nostro), non richiama per nulla la riservatezza nella disciplina dell'arbitrato. Tuttavia in questo paese la giurisprudenza ha avuto un ruolo fondamentale e propulsivo, nell'affermare l'esistenza di un obbligo di riservatezza, derivante in modo implicito dal patto compromissorio. Infatti, in più occasioni le Corti Inglesi, hanno disposto che è implicita, l'esclusione dei terzi dal procedimento arbitrale; che le parti abbiano un implicito obbligo di non divulgare o servirsi in altri contesti dei documenti prodotti nella procedura arbitrale; che anche il lodo è protetto dall'implicito vincolo di riservatezza, e si può svelare solo se è indispensabile, (non basta la mera utilità), per far valere il diritto di una delle parti.

Sulla stessa direzione sembra muoversi la giurisprudenza francese, la quale ha avuto modo di ribadire che è nella natura stessa dell'arbitrato, garantire riservatezza e confidenzialità nella risoluzione delle controversie. Perciò, impugnare un lodo dinanzi a un tribunale incompetente, con la conseguenza di rivelare in pubblica udienza fatti deputati a restare riservati, costituisce un illecito del quale si è destinati a rispondere.⁵⁰ Con la stessa *ratio*, i giudici francesi hanno

⁴⁹ Si tratta il tema ad esempio in: LAUDISA, "Arbitrato e riservatezza", in "Rivista arbitrato", Milano 2004, pp. 23 e ss. RUBINO-SAMMARTANO, "Il diritto dell'arbitrato", CEDAM, Padova, 2006, pp. 1069 e ss.

⁵⁰ BORGHESI, Cap V. "Arbitrato e confidenzialità", "Arbitrato, ADR, Conciliazione", Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p.65

anche disposto che divulgare a mezzo di comunicato stampa informazioni riguardanti un arbitrato in corso, dà vita ad un inadempimento tale da provocare all'altra parte un grave danno.

Giurisdizioni di altri paesi invece, si sono espresse in modo opposto sul punto. Ad esempio negli Stati Uniti una *Federal District Court*⁵¹ ha disposto che, in assenza di uno specifico riferimento alla confidenzialità nell'accordo compromissorio, o nelle regole procedurali di una Camera arbitrale, non è consentito negare l'accesso a terzi (nel caso specifico il Governo degli Stati Uniti) alla documentazione prodotta in arbitrato. Ancora, la *High Court of Australia*⁵², ha ritenuto che in arbitrato, così come in sede ordinaria, vi è un obbligo di confidenzialità circoscritto ai soli documenti che le parti hanno dovuto fabbricare, per ottemperare ad un ordine degli arbitri. La sussistenza di tale obbligo tuttavia, non è bastevole a provare un generale obbligo di riservatezza, per tutti i documenti e le informazioni che le parti si scambiano durante lo svolgimento dell'arbitrato.

In conclusione, possiamo affermare che la sostanziale indeterminatezza, circa la portata e l'effettiva esistenza di un principio di confidenzialità nell'arbitrato, spiega il motivo per cui gli arbitri, spesso, consiglino alle parti che desiderino scongiurare la divulgazione di quanto avviene nel corso della procedura, di inserire nell'accordo compromissorio una clausola riguardante la riservatezza. Queste clausole, come è facilmente intuibile, sono determinanti per la definitiva scelta

⁵¹ Tribunale Distrettuale Federale

⁵² Equivalente della nostra Corte di Cassazione

arbitrale in luogo del procedimento ordinario, soprattutto in un settore come quello degli investimenti internazionali. Infatti le parti sono rassicurate dalla garanzia giuridicamente vincolante, che quanto da loro dichiarato a fini difensivi, non valicherà i confini della procedura.

e) Il rito

Uno dei caratteri fondamentali del procedimento arbitrale è la sua flessibilità. Le regole della procedura possono essere decise dalle parti, anche se più frequentemente vengono stabilite dagli stessi arbitri, in questi casi avremo un arbitrato *ad hoc*; oppure si potrà avere un arbitrato cd. Istituzionale o amministrato, ossia si rimettono le regole della controversia ad una istituzione permanente di arbitrato, di natura nazionale o internazionale.

Nel caso di arbitrato *ad hoc*, la base negoziale del processo è fondata unicamente dal patto compromissorio e dal mandato arbitrale.⁵³ La totale regolamentazione dell'arbitrato è solitamente tutta contenuta nel contratto, dalla nomina degli arbitri alla scelta della normativa da applicare al procedimento arbitrale. Quindi l'oggetto della clausola concerne sia la sfera della competenza, sia gli schemi di formazione del collegio, ma anche le regole per lo sviluppo del procedimento arbitrale che le parti ritengono adatte, contemplate in aggiunta o in deroga a quelle di procedura applicabili. Si può facilmente intuire quindi, come negli arbitrati *ad hoc* si generino clausole molto elaborate, che spesso però risultano lacunose, eccessivamente vaghe e poco chiare; questo accade perché comunemente le parti non sono giuristi esperti nel settore, e non hanno piena consapevolezza delle previsioni che è utile disciplinare con queste clausole.

⁵³ PONZETTI, "Differenze tra arbitrato *ad hoc* e arbitrato amministrato. Le controversie arbitrabili", pp.1-4. Articolo consultabile sul sito https://www.ordineavvocativrea.it/media/filer_public/fc/7f/fc7fa9eb-31d8-4152-88b4-83388ea8bc31/arbitrato_ad_hoc_arbitrato_amministrato.pdf

L'arbitrato ad hoc ha il beneficio di mettere in risalto l'autonomia privata, anche se la potestà regolamentare delle parti incappa in un grave *deficit*, rappresentato dalla minore attitudine a garantire l'effettivo svolgimento del procedimento, data l'assenza di un'autorità terza rispetto alle parti, in grado di imporsi in caso di inerzia, malafede o altri tipi di difficoltà.

Nel secondo tipo di arbitrato, quello istituzionale, le parti come detto individuano un ente italiano o internazionale, (come l'ICSID o la CCI), specializzato nella pianificazione e nella conduzione dell'arbitrato, e si affidano completamente al regolamento da questo predisposto. L'organismo gestirà pertanto in modo più o meno inflessibile la procedura, fornendo anche l'assistenza che le parti dovessero eventualmente richiedere. Ancora in caso di arbitrato istituzionale non occorreranno trattative tra parti e arbitri per accordarsi sull'ammontare degli oneri professionali di quest'ultimi, essendo già determinate dall'Istituto le tariffe applicabili. Infine, l'ente si adopera per contrastare l'inerzia o il disaccordo delle parti circa la nomina degli arbitri, la fissazione della sede, la scelta della lingua ma anche per eliminare ogni altro limite che possa insorgere nel procedimento arbitrale.

La definizione di “Investimento straniero” ai sensi della Convenzione di Washington del 1965

La nozione di “investimento straniero” non risulta rigidamente definita, né dal punto di vista giuridico, né da quello economico. Secondo una parte di dottrina, il termine in questione, sarebbe solo un’espressione più attuale per descrivere il concetto di *property right and interests*⁵⁴, e quindi si collegherebbe alla nozione dei diritti patrimoniali degli stranieri, già rinomata nel diritto internazionale. Secondo altri invece, la definizione in questione verrebbe data direttamente dalle leggi dello Stato ospite, il quale dovrebbe determinare nello specifico le tipologie di beni e diritti da considerare come investimento straniero nel proprio territorio. In questo secondo caso pertanto, si dà grande rilevanza all’evoluzione scientifica e tecnologica di ogni paese, e alla capacità di saper inquadrare questi progressi in termini giuridici.

Dalla definizione degli investimenti stranieri derivano conseguenze determinanti per ogni stato, non solo in termini di sviluppo sociale ed economico, ma anche dal punto di vista della risoluzione delle controversie.

La Convenzione di Washington del 1965⁵⁵, rimanda alla volontà delle parti ogni possibile definizione. Pertanto, le parti dovranno fissare, mediante BITs, gli obblighi che si impegneranno ad assumere reciprocamente, e le responsabilità che

⁵⁴ Si può consultare in merito all’argomento: SCHWARZENBERGER, “*Foreign Investments and International Law*”, VRÜ *Verfassung und Recht in Übersee*, Londra, 1969, p. 17

⁵⁵ “Convenzione per il regolamento delle controversie relative agli investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati”

vorranno invece limitare. Come vedremo nel dettaglio nel prosieguo di questo elaborato, la convenzione contempla al suo interno, un articolato apparato per le risoluzione delle dispute, facente capo alla *World Bank*, denominato *International Centre for the Settlement of the Investment Disputes (ICSID)*, il quale ha compiti di conciliatore e di arbitro nelle controversie riguardanti investimenti fra Stati e investitori privati esteri, applicando i trattati bilaterali d'investimento (BITs) esistenti tra i Paesi coinvolti.

La suddetta Convenzione quindi, non contiene nessuna definizione d'investimento, in quanto non si voleva andare a circoscrivere in maniera inflessibile il suo ambito di applicazione, limitando di conseguenza le competenze dell'ICSID. Dunque è legittimo interrogarsi su quali siano i criteri di riferimento per definire l'investimento straniero, in assenza di una nozione prestabilita, i quali andranno a determinare la conseguente competenza dei Tribunali del Centro. Si può dedurre una prima risposta dal Preambolo della Convenzione, il quale contiene i principi da applicare ai casi particolari. Questi possono essere riassunti nei seguenti punti:

- 1) Le operazioni devono avere una certa durata, prevedendo un progetto a lungo termine, per cui le operazioni rapide, quali una compravendita o altre azioni di breve durata vengono di norma escluse;
- 2) Deve esserci l'aspettativa di profitto e di remunerazione dell'investimento da parte dell'investitore;

- 3) L'investitore deve assumersi un certo rischio, che non sussiste pertanto, quando è lo Stato Ospite ad accollarsi il rischio economico dell'operazione. Inoltre questa tipologia di rischio va distinta dal mero rischio di inadempimento contrattuale della controparte;
- 4) Deve esserci il controllo totale o parziale dell'investitore sull'operazione;
- 5) L'operazione deve contribuire allo sviluppo economico del paese in cui si investe.

Dunque in termini generali, può definirsi investimento internazionale “il trasferimento di beni e capitali da uno Stato ad un altro con lo scopo di realizzare, entro un determinato periodo di tempo, un'operazione che produca vantaggi economici per l'investitore e benefici per lo Stato ospitante”⁵⁶.

In linea di massima anche nei BITs, negli altri IIAs e nelle leggi nazionali, la definizione di investimento straniero è molto ampia. Si vuole infatti estendere l'applicazione di questi strumenti al maggior numero possibile di investimenti, includendo anche le forme più moderne di tali operazioni. Perciò, in virtù di queste molteplici e sempre più elastiche definizioni di investimento, hanno avuto un ruolo fondamentale nel chiarire il contenuto di tale nozione i tribunali arbitrali

⁵⁶ LEONE, “Nozione di investimento ai sensi della Convenzione di Washington del 1965 e dei trattati bilaterali d'investimento: dottrina e giurisprudenza”, Centro di ricerche economiche e giuridiche, Roma, 2011, p. 6

internazionali, in particolare quelli dell'ICSID, i quali hanno precisato i parametri oggettivi con cui definire l'investimento estero, prendendo a modello un caso storico: Il caso Salini, di cui parleremo a breve. Questo approccio, viene definito *objective approach*, e sostiene l'applicazione di un test oggettivo, seppur non vincolante, ricavato dalla sentenza Salini, denominato appunto "Test Salini". Tuttavia questo non è l'unico "filone" normativo seguito dai tribunali ICSID, esiste infatti un'ulteriore approccio, definito *subjective approach*, basato sulla definizione di investimento data dalle parti o da accordi internazionali di investimento, di cui vedremo un esempio con il caso "M.C.I. Power Group L.C. V. Ecuador"

La definizione in alcuni lodi ICSID: Il caso Salini v. Marocco⁵⁷

Nel caso in questione, le società Italiane “Salini” e “Italstrade”, avevano citato e chiesto il risarcimento dei danni al Regno del Marocco, sulla base di un BIT siglato fra Governo Italiano e Governo Marocchino, denominato “Trattato sulla Promozione e Protezione degli Investimenti”. Il procedimento in questione, aveva ad oggetto il mancato pagamento dello Stato Marocchino alle due società Italiane, per la costruzione di un’autostrada tra Rabat e Fès.

Il Marocco, eccepiva la carenza di giurisdizione *ratione materiae* del tribunale arbitrale incaricato, asserendo che la realizzazione dell’autostrada non avrebbe rappresentato un “investimento”, né ai sensi dell’art.1 del suddetto BIT⁵⁸, né ai sensi dell’art. 25 della Convenzione ICSID. Il Tribunale ha evidenziato che, per quanto la Convenzione di Washington non preveda alcuna definizione d’investimento, sussistano dei parametri generali per precisare cosa sia un investimento e cosa no. I suddetti criteri, ormai codificati come “test Salini”, sono:

- 1) l’apporto di un contributo in termini di capitali;
- 2) il carattere durevole dell’operazione;
- 3) la presenza di un certo livello di rischio per l’investitore;
- 4) il fatto che l’operazione contribuisca allo sviluppo economico del Paese ospitante.

⁵⁷ Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA Vs. Marocco, ICSID case n° ARB/00/04.

⁵⁸ Firmato il 18 luglio 1990, entrato in vigore il 26 aprile 2000.

Il Tribunale ha appurato che, il contratto di appalto oggetto del procedimento soddisfa a pieno i sopracitati parametri.

Inoltre il Tribunale ha rammentato che i requisiti indicati dalla sentenza, sono tra loro interdipendenti.

Nella formula del “test Salini” è intuibile come il requisito più arduo da dimostrare sia l’ultimo, ossia il contributo allo sviluppo economico dello Stato ospitante.

Tuttavia anche nel preambolo della Convenzione di Washington, c’è un riferimento esplicito a questo aspetto⁵⁹, che ci spinge ad includerlo, come elemento essenziale, per la definizione di investimento secondo i tribunali ICSID. Nel caso specifico della sentenza Salini, l’utilità pubblica ottenuta, ovverosia la costruzione dell’autostrada ed il *know-how*, riflettono questo parametro.

⁵⁹ “*Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein*”

Caso M.C.I. Power Group L.C. v. Ecuador⁶⁰

Come dicevamo in precedenza, il seguente caso è un esempio di *subjective approach*, il quale si affida alla definizione di investimento promossa dalle parti, ai sensi dei BITs rilevanti tra loro. Questa definizione non deve rispecchiare necessariamente quella del “test Salini” prevista dai tribunali ICSID. Tuttavia, il problema di questo orientamento, è la natura eccessivamente ampia che viene ad avere la nozione di investimento, non essendo questa circoscritta nei parametri oggettivi del suddetto test. Di conseguenza, quando si segue questo “filone”, aumentano le probabilità di incompetenza *ratione materiae* dei Tribunali ICSID⁶¹. Per questo motivo una parte di dottrina spingerebbe per una terza via, alternativa all’approccio oggettivo e soggettivo, ovvero l’applicazione del metodo Salini, escludendone l’ultimo criterio, cioè lo sviluppo economico del Paese ospite. In questo modo si andrebbe ad inquadrare il concetto di investimento, senza però limitarne la portata, e senza privare i Tribunali ICSID della loro competenza in determinati procedimenti.

Il caso in questione vedeva due società Americane, concludere nel 1995 con *l’Instituto Ecuatoriano de Electrificación*, un contratto per la somministrazione di energia elettrica. Per adempiere il contratto, le due imprese straniere avevano anche realizzato una sussidiaria in Ecuador, secondo le leggi ecuadoregne. Un

⁶⁰ MCI Power Group LC Vs. Ecuador, ICSID case n. ARB/03/06. Consultabile sul sito https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/MCI%20v%20Ecuador%20-%20Award.pdf

⁶¹ BHAGIRATH ASHIYA, “The shift towards an enterprise based definition of investment: the quagmire of the Salini test and India’s Model BIT”, *Jindal Global Law Review*, 2016, cap.7 p. 263, articolo consultabile su <https://doi.org/10.1007/s41020-016-0035-6>

anno dopo sorgevano alcuni problemi circa l'esecuzione del contratto, in particolare circa il prezzo del corrispettivo e la durata delle operazioni. Pertanto, poco dopo, MCI Power scelse di bloccare la fornitura di elettricità come conseguenza delle fatture scadute e mai pagate. In risposta, l'Istituto Ecuadoregno decise di risolvere il contratto.

MCI Power reclamava la corresponsione delle fatture scadute, e quindi del suo "investimento" ai sensi dell'art. 1 (I) del BIT firmato dagli USA e l'Ecuador.

Il Tribunale, *in primis* sostenne che la Convenzione di Washington non definisce il termine "investimento", e quindi, lascia libere le parti di decidere quali controversie vogliano sottoporre all'ICSID⁶². Infatti l'art. 1 dell'accordo bilaterale stipulato dagli Stati Uniti e l'Ecuador, precisava quali investimenti potevano essere considerati protetti e quali no.

In conclusione, il Tribunale ICSID rigettò la richiesta di MCI Power, di sottoporre alla sua giurisdizione il caso, in quanto la definizione di investimento inserita nel BIT in questione, non combaciava con i criteri generali della Convenzione di Washington.

Il problema di fondo, che si pone frequentemente nella pratica, è connesso all'ampiezza della nozione di investimento racchiusa nei BITs, rispetto a quella derivante dai parametri generali della Convenzione ICSID. Visto che gli accordi bilaterali rinviano continuamente all'ICSID per la risoluzione delle dispute fra

⁶² "The ICSID Convention does not define the term investments" (...) "it wants to leave the parties free to decide what class of disputes they would submit to the ICSID (...)"

Stati e investitori stranieri, è necessario controllare che i Tribunali ICSID abbiano competenza, in tutti quei casi in cui la nozione di investimento presente negli stessi accordi bilaterali, non corrisponda a quella propria della Convenzione di Washington. In un caso del genere, come abbiamo visto, appare opportuno optare per l'inefficacia della clausola contenuta nei BITs che si riferiscono al meccanismo ICSID, in quando questo meccanismo non potrebbe essere attuato per carenza di presupposti.

La questione in oggetto, potrebbe essere superata, se l'ICSID acconsentisse ad un'estensione della propria competenza a qualsiasi tipologia di controversia correlata ad un *economic right*. Tuttavia quest'ipotesi ci sembra al quanto remota, perché significherebbe sovrastare il previo consenso delle parti, limite assolutamente invalicabile. Infatti come ha affermato il Prof. "Kahn"⁶³: "ICSID jurisdiction is limited by the nature of the operation at hand".

⁶³ KAHN P, "L'estension de la notion d'investissement, in Les Investissement Français dan le Tiers Monde", J. Bourrinet edn, Parigi, 1984, p.111.

La nozione di “Investitore straniero”

L’ “investitore”, è il soggetto che realizza l’investimento, egli può essere sia una persona fisica, sia una persona giuridica. Con il termine “straniero”, invece, si intende l’estraneità dell’investitore rispetto allo Stato ospite, in virtù della connessione che ha con un altro o altri Stati.

In caso di persona fisica, il criterio di collegamento con il proprio Stato nazionale è storicamente la cittadinanza, anche tenendo conto dei principi consuetudinari che regolano il concetto di protezione diplomatica. Tuttavia, possono annoverarsi anche altri criteri di collegamento, con il chiaro scopo di allargare il più possibile la categoria degli investitori e le loro relative garanzie.⁶⁴ In alcuni ordinamenti infatti, vengono considerati investitori anche i cittadini di uno Stato che hanno residenza permanente all’estero⁶⁵ e gli apolidi⁶⁶.

In caso di persona giuridica, il discorso è più articolato. Infatti il criterio di collegamento è la nazionalità di queste società. Il problema, è dato dal fatto che esistono criteri di attribuzione non coincidenti, nei vari ordinamenti interni degli Stati. Può accadere quindi, che chi sia considerato persona giuridica in uno Stato, non lo sia in un altro Stato. Oltretutto, soprattutto nei tempi odierni, può accadere che alcuni enti abbiano forti legami di natura economica con uno Stato, pur non

⁶⁴ Può ricordarsi ad esempio il “Trattato sulla Carta dell’Energia”, che considera come investitori non solo i cittadini degli Stati contraenti tale trattato, ma anche i residenti permanenti nel territorio di tale Stato.

⁶⁵ Un esempio è dato dall’art.3 della legge Estone sugli investimenti stranieri del 11 Settembre 1991

⁶⁶ Sono inclusi per esempio, nell’ art.1 della legge Russa sugli investimenti stranieri del 4 Luglio 1991, ma anche nell’art.4 della legge sugli investimenti stranieri Uzbeka del 30 Aprile 1998

avendone la nazionalità. In ogni caso, le società, qualora posseggano il requisito della nazionalità, devono essere considerate come enti autonomi e indipendenti, rispetto agli individui che ne fanno parte. Di conseguenza possono avvalersi degli stessi vantaggi di cui beneficiano gli individui grazie alla cittadinanza.

La questione di fondo pertanto, è un'altra, e riguarda l'individuazione dei criteri, in base ai quali conferire la nazionalità alle persone giuridiche. Sul punto non c'è un'unità di vedute, infatti si oscilla tra l'applicazione di criteri cd. obiettivi, ritenuti a volte eccessivamente formali, e criteri cd. soggettivi, basati principalmente su elementi di natura politica ed economica inerenti alla società. Possiamo annoverare nella prima tipologia il criterio del luogo di costituzione o incorporazione della società; la sede sociale; il centro di gestione e il centro decisionale. La seconda tipologia di criteri invece, si fonda sulla nazionalità dei soci, quindi ad esempio può utilizzarsi il criterio del controllo economico.

Poiché le società possono essere connesse agli Stati con vincoli di natura diversa, è intuibile come il panorama normativo sui criteri adottabili nello specifico, sia vasto. Infatti gli IIAs, tendono a riflettere le tradizioni giuridiche dei Paesi che li stipulano. Così gli Stati di *common law* di solito, indicheranno la nazionalità di una persona giuridica in base al suo luogo di costituzione o di incorporazione, mentre gli Stati di *civil law*, si riferiranno generalmente alla sua sede sociale.⁶⁷

⁶⁷ Ulteriori criteri di riferimento possono essere lo stabilimento principale, il domicilio, la sede effettiva degli affari e la registrazione.

CAPITOLO II

L'ARBITRATO ICSID

1 Le Origini dell'ICSID: La Convenzione Di Washington del 1965, cenni storici

La Convenzione sulla Risoluzione delle Controversie in materia di Investimenti tra Stati e Investitori nazionali di altri Stati⁶⁸, denominata Convenzione di Washington o Convenzione ICSID, venne firmata il 18 Marzo 1965, dopo quattro anni di lavori preparatori, entrò in vigore il 14 ottobre 1966, e ad oggi, include ben 155 Stati membri tra cui l'Italia.

La Convenzione fu concepita dal direttorio della Banca Mondiale come strumento di sviluppo economico internazionale. Infatti, l'intento originario era quello di stimolare gli investimenti esteri privati, in particolare nei PVS⁶⁹, introducendo un metodo di risoluzione delle dispute di natura sovranazionale, che assicurasse un trattamento equo e paritario tra parte pubblica (Stato Ospite) e parte privata (investitori). La possibilità di ricorrere all'arbitrato ICSID infonde un clima più favorevole nei confronti degli investimenti stranieri, in quanto, da una parte, gli investitori stranieri hanno maggiore sicurezza nell'investire nel territorio di un *Host State*⁷⁰, avendo eventualmente la possibilità di avviare un procedimento

⁶⁸ "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States"

⁶⁹ Paesi in via di sviluppo

⁷⁰ Stato Ospite, ovvero lo Stato in cui si realizza l'investimento

arbitrale, contro lo Stato sovrano nel quale hanno messo in pratica l'investimento; dall'altra, lo Stato Ospite si protegge da potenziali altre forme di giudizi, di carattere nazionale o internazionale. Inoltre, l'arbitrato ICSID consente allo Stato Ospite di avere uno scudo, contro l'istituto della protezione diplomatica, che può essere offerta dallo Stato nazionale dell'investitore.⁷¹

Grazie alla Convenzione di Washington, viene istituito l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, con funzione di dirigere gli arbitrati ICSID, che hanno dunque natura di arbitrati amministrati e non *ad hoc*. La Convenzione, in aggiunta, specifica quali controversie possono essere sottoposte alla giurisdizione ICSID e ne determina le modalità di risoluzione.

Durante i suoi primi anni di vita, l'utilizzo della procedura ICSID, creata dalla Convenzione di Washington, rimase scarso. Tuttavia, nel corso degli anni, i casi amministrati dai tribunali del Centro sono cresciuti in modo esponenziale, anche grazie alla crescita dei BITs tra i membri. Ancora più significativo del numero dei casi, è l'ammontare economico complessivo coperto dal Centro. Al giorno d'oggi, la maggior parte degli investimenti stranieri privati, è protetta e assoggettata al meccanismo della Convenzione di Washington. Tale affermazione è dimostrata dal fitto numero di clausole, contenute negli accordi tra Stati e investitori stranieri, contenenti il consenso a sottoporre al centro le potenziali controversie intercorrenti tra loro.

⁷¹ Cfr SCHREUER, "The ICSID Convention", "Authors' preface", Cambridge University Press, 2009, p. 11

Come affermato in precedenza, l’iniziativa di dar vita alla Convenzione di Washington è attribuibile al direttorio della *World Bank*⁷², in particolare al suo Consigliere Generale, Aron Broches, che pertanto, può essere descritto come il suo principale “architetto”.⁷³

Il 28 Agosto del 1961, il Sig. Broches inviò una lettera al Direttore Esecutivo della Banca Mondiale, illustrando la sua idea di attuazione della Convenzione. Quest’idea fu presentata da George Woods, Presidente della *World Bank*, al *meeting* annuale della Banca Mondiale, svoltosi a Vienna nel Settembre dello stesso anno. Dopo numerosi scambi di opinioni tra Broches e i vertici della Banca, il 5 Giugno 1962, il Consigliere Generale presentò la prima storica bozza della Convenzione.

Data la natura fortemente tecnica delle materie trattate, il passo successivo fu quello di istituire una serie di *meeting* consultativi a livello Regionale, con giuristi ed esperti legali, provenienti da 86 paesi del mondo, tutti presieduti da Broches. Possono ricordarsi quello di Addis Ababa (16-20 dicembre 1963); quello di Santiago del Cile (3-7 febbraio 1964); quello di Ginevra (17-21 febbraio 1964), e infine quello di Bangkok (27 aprile- 1 maggio 1964).⁷⁴ Il dibattito si svolse articolo per articolo, senza prevedere una votazione formale, ma registrando ogni parola di ogni incontro. Le anzidette registrazioni furono successivamente inoltrate ai Direttori Esecutivi, insieme ad un dettagliato riassunto delle operazioni, redatto

⁷² Banca Mondiale

⁷³ LAUTERPACHT, “Prefazione”, Cambridge University Press, 2008, p. 9

⁷⁴ Cfr SCHREUER, MALINTOPPI, REINISH, SINCLAIR, “The ICSID Convention: a commentary”, Cambridge University press, 2009, p. 2

dallo stesso Broches. In seguito, il Direttorio della Banca Mondiale fece pervenire al Consiglio dei Governatori, una relazione, sulla base della quale si giudicava realizzabile, formulare una Convenzione per la risoluzione delle controversie tra Stati e investitori di altri stati. Nonostante l'opposizione di alcuni paesi dell'America Latina, il *Board of Governors*⁷⁵, ritenne anch'esso attuabile la sopraccitata Convenzione, e chiese ufficialmente agli *Executive Directors*⁷⁶ di formularla. Così, fu creato un comitato legale formato da esperti di 61 governi, in materie legali, presieduto da Broches. Il comitato operava principalmente tramite votazione per *consensus*⁷⁷, e lavorava in lingua inglese, francese e spagnola. L'11 dicembre 1964, esso approvò una rivisitazione della precedente bozza di Convenzione elaborata dal Consigliere Generale della *World Bank*.

Il Consiglio dei Direttori Esecutivi analizzò ogni aspetto riguardante la nuova bozza di convenzione redatta dal Comitato Legale, in una serie di incontri avvenuti tra Febbraio e Marzo del 1965, effettuando alcune modifiche.⁷⁸

In conclusione, il 18 Marzo 1965, il Consiglio dei direttori esecutivi adottò una risoluzione che approvava il testo finale della Convenzione di Washington, la quale fu trasmessa a tutti gli Stati facenti parte della Banca Mondiale. Questa entrò in vigore il 14 ottobre 1966, ai sensi del suo articolo 68 (2).

⁷⁵ Consiglio dei Governatori. Anche detto semplicemente: "*Board*"

⁷⁶ Direttori Esecutivi. Nominato anche "Consiglio dei Direttori Esecutivi" o "Consiglio di Amministrazione".

⁷⁷ Questa tipologia di votazione prevede l'adozione di una determinata risoluzione senza una votazione formale, mediante una dichiarazione di prassi che riconosce semplicemente l'accordo tra i membri. L'accordo è constatato di solito dal Presidente dell'istituzione interessata mediante la formula: "*Is there any objection? If not, it is so approved*" ["C'è qualche obiezione? Se no, è così approvato"]

⁷⁸ Per esempio circa la considerazione legale di un'impresa madre straniera [*Holding*] che ha una sussidiaria [*Subsidiary*] nello Stato Ospite.

Come accennato in precedenza, la Convenzione, a differenza di strumenti più tradizionali di protezione degli investimenti, come trattati o leggi nazionali, offre il vantaggio, tipico degli accordi multilaterali, di collocare su un piano di collaborazione paritaria le relazioni fra le parti. Invero, la comunità internazionale sin dalla sua entrata in vigore, vi ha manifestato una vastissima adesione, come dimostrano gli attuali 163 Stati contraenti e firmatari⁷⁹, appartenenti a regioni di cultura giuridica e storica difforme.

Per comprendere meglio il contributo offerto dalla Convenzione, nel restaurare un clima di maggiore fiducia tra investitore privato e Stato ospite, vale la pena soffermarsi rapidamente, sugli strumenti e le pratiche adottate a livello nazionale e internazionale, prima del 1966, per offrire un quadro di riferimento giuridico abbastanza stabile agli investimenti privati.

Abbiamo già descritto nel precedente capitolo, come negli accordi BITs precedenti all'entrata in vigore della Convenzione, e ancor prima nei FCNs, fossero a volte, previste misure come lo standard minimo di trattamento dello straniero, o clausole per la protezione e l'equo trattamento dell'investimento, oltre naturalmente, all'istituto della protezione diplomatica, previsto dal diritto internazionale consuetudinario. A livello nazionale, numerosi Stati, in particolare quelli africani di lingua francese, emanarono normative finalizzate alla protezione dell'investimento straniero, ma strettamente in funzione degli interessi economici

⁷⁹ L'elenco dei Paesi contraenti e firmatari, solo contraenti o solo firmatari, può consultarsi sul sito <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>

del Paese ospite⁸⁰. A questo processo fece seguito, soprattutto nei paesi più industrializzati, la disposizione di sistemi di copertura assicurativa, per il risarcimento del danno subito dall'investitore in relazione ai suoi investimenti esteri.⁸¹ Questi strumenti di garanzia, tuttavia, risultavano basati più su un'idea di rivalità e contrasto tra le parti, che sulla loro collaborazione reciproca. Inoltre, era nettamente percepibile la riluttanza con cui l'investitore straniero si rimetteva ai tribunali dello Stato ospite, considerati con diffidenza, in quanto era percepibile il conflitto di interessi in cui si trovavano, nell'andare a sentenziare circa il comportamento del loro stesso Stato nazionale. Era necessario, pertanto, un mezzo che non solo andasse a risolvere eventuali controversie tra Stati ospiti e privati investitori, in materia di protezione degli investimenti, ma che lo facesse in modo depoliticizzato e non discrezionale: la Convenzione di Washington appunto.

In conclusione, con la Convenzione ICSID “è stato ridato valore al meccanismo arbitrale quale garanzia di un ordinato sviluppo del processo originato dall'investimento privato straniero”⁸², superandosi l'ostilità verso l'arbitrato internazionale che dilagava in molti stati, in particolare nei PVS. Mediante la

⁸⁰ Queste normative erano spesso raggruppate in codici, i cd. “*codes des investissements*” [codici degli investimenti]

⁸¹ Possiamo ricordare la SACE in Italia, la COFACE in Francia, l'HERMES in Germania, l'OPIC negli Stati Uniti. Nel 1985, in aggiunta, venne creata con la Convenzione di Seul, la MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*), un'organizzazione Internazionale appartenente al gruppo della banca mondiale, che svolge attività assicurativa a livello internazionale, a beneficio delle imprese che investono all'estero. In particolare, incoraggia gli investimenti stranieri nei PVS (art. 2 Convenzione istitutiva), mediante garanzie contro rischi politici o non commerciali (art. 11 Convenzione istitutiva), ad esempio rischi di moneta, di espropriazione, di inadempimento contrattuale, di pericolo di conflitti armati o situazioni di disordini civili. Attualmente la Convenzione di Seul è in vigore tra 181 Paesi, tra cui l'Italia.

⁸² BERNARDINI, “L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali” sec. ed. Giuffrè editore, Milano, 2008, p.276

giurisprudenza del Centro, infatti, hanno preso vita numerose regole e principi generali, in grado di garantire un chiaro e specifico quadro di riferimento giuridico, riguardo le operazioni di investimento straniero.

Gli organi del Centro

L'ICSID è parte del Gruppo della Banca Mondiale, insieme ad altre 4 organizzazioni, quali la BIRS (Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo), l'IDA (*International Development Association*), l'IFC (*International Finance Corporation*) e la MIGA (*Multilateral Investment Guarantee Agency*).

La sua sede amministrativa, infatti, è collocata nello stesso luogo dove si trovano gli uffici della Banca Mondiale, e può essere dislocata in altro luogo, solo su decisione del Consiglio di Amministrazione, presa a maggioranza dei 2/3 dei membri⁸³.

Ogni Stato può sottoscrivere la Convenzione ICSID, solo se è anche membro della Banca Mondiale, in alternativa lo Stato che vuole ratificarla, ma che non è membro di quest'ultima, può essere invitato a firmarla dal Consiglio di Amministrazione, a maggioranza dei 2/3 dei suoi membri, a condizione che sia uno Stato aderente allo Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.⁸⁴

Non c'è nessuna quota pecuniaria da pagare per entrare a far parte e mantenere l'adesione all'ICSID. Custode del testo originario della Convenzione di Washington è la BIRS, che è anche l'organizzazione preposta a ricevere firme, e

⁸³ Articolo 2 della Convenzione: "*The seat of the Centre shall be at the principal office of the International Bank for Reconstruction and Development (hereinafter called the Bank). The seat may be moved to another place by decision of the Administrative Council adopted by a majority of two-thirds of its members*".

⁸⁴ Articolo 67 della Convenzione: "*This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank. It shall also be open for signature on behalf of any other State which is a party to the Statute of the International Court of Justice and which the Administrative Council, by a vote of two-thirds of its members, shall have invited to sign the Convention*".

strumenti di ratifica della Convenzione da parte degli Stati, essa agisce dunque, come depositaria della Convenzione ICSID⁸⁵

L'efficacia della Convenzione è subordinata ad un periodo cuscinetto di 30 giorni dalla data di deposito dello strumento di ratifica, accettazione o approvazione, dopo il quale essa entra in vigore per lo Stato interessato.⁸⁶

Per quanto concerne la struttura del Centro, essa è permanente, ed è composta da due organi: il Consiglio di amministrazione e il Segretariato. Prima di soffermarci sulle caratteristiche di entrambi, dobbiamo premettere che la peculiarità dell'ICSID, è il fatto che esso non svolga direttamente operazioni conciliative o di arbitrato, ma esegue funzioni di cancelleria, nel senso che organizza e coordina il lavoro dei tribunali arbitrali e delle commissioni di conciliazione, deputate a dirimere le controversie esposte al Centro.

⁸⁵ Articolo 73 della Convenzione: *"Instruments of ratification, acceptance or approval of this Convention and of amendments thereto shall be deposited with the Bank which shall act as the depositary of this Convention. (...)"*

⁸⁶ Ciò si evince dall'articolo 68 comma 2 della Convenzione: *"This Convention shall enter into force 30 days after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance or approval. It shall enter into force for each State which subsequently deposits its instrument of ratification, acceptance or approval 30 days after the date of such deposit"*

Il Consiglio di Amministrazione

Il Consiglio di amministrazione dell'ICSID, è costituito da un rappresentante e un sostituto per ogni Paese membro. C'è assoluta libertà nella nomina governativa di tali soggetti, tuttavia qualora lo Stato membro omettesse di designarli, l'incarico verrebbe assegnato d'ufficio dallo stesso Centro.⁸⁷

Ogni Stato membro ha diritto ad un solo voto, che viene espresso mediante il proprio rappresentante. Generalmente, l'approvazione di una delibera è subordinata alla maggioranza semplice dei rappresentanti del Consiglio; c'è da notare dunque, che la suddetta maggioranza si riferisce non ai votanti, bensì al numero totale dei rappresentanti, pertanto, nell'eventualità in cui il delegato di uno Stato fosse assente, o si astenesse dalla votazione, il suo voto verrebbe conteggiato come non favorevole all'adozione della delibera.

Le decisioni disciplinate dall' art. 6, par. 1 lett. a, b, c ed f, invece, necessitano della maggioranza dei 2/3 dei rappresentanti per entrare in vigore, è previsto questo tipo di maggioranza rafforzata, data la particolare e delicata natura degli argomenti toccati.⁸⁸

Per quanto attiene alle competenze del Consiglio, esse sono elencate dal lungo art. 6 (1) della Convenzione ICSID⁸⁹. In sostanza, come intuibile, il Consiglio detiene

⁸⁷ Ciò si deduce dall'art. 4 par.2 della Convenzione: *"In the absence of a contrary designation, each governor and alternate governor of the Bank appointed by a Contracting State shall be ex officio its representative and its alternate respectively"*:

⁸⁸ Tali disposizioni concernono l'adozione del regolamento amministrativo e finanziario del Centro; l'adozione delle regole di procedura per i procedimenti di conciliazione e di arbitrato; l'adozione del Regolamento di conciliazione e Regolamento di arbitrato; l'adozione del bilancio annuo del Centro.

⁸⁹ Art. 6 (1) Convenzione: *(1) Without prejudice to the powers and functions vested in it by other provisions of this Convention, the Administrative Council shall: (a) adopt the administrative and financial*

la competenza in tutte quelle materie essenziali per la conservazione e il buon andamento del Centro, quali: l'attuazione del regolamento amministrativo e finanziario; la scelta delle normative per l'avvio di procedure conciliative e arbitrali; fino alla cura del bilancio annuale. Inoltre, a maggioranza dei 2/3 dei suoi membri, ai sensi dell'art. 66, il Consiglio decide anche circa le modifiche della Convenzione, subordinandole però, alla ratifica dei Paesi membri prima della loro entrata in vigore.⁹⁰

Infine, una funzione fondamentale del consiglio è quella di eleggere il Segretario Generale dell'ICSID, e in via di prassi, anche uno o più vice-segretari.

regulations of the Centre; (b) adopt the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings; (c) adopt the rules of procedure for conciliation and arbitration proceedings (hereinafter called the Conciliation Rules and the Arbitration Rules); (d) approve arrangements with the Bank for the use of the Bank's administrative facilities and services; (e) determine the conditions of service of the Secretary-General and of any Deputy Secretary-General; (f) adopt the annual budget of revenues and expenditures of the Centre; (g) approve the annual report on the operation of the Centre. The decisions referred to in sub-paragraphs (a), (b), (c) and (f) above shall be adopted by a majority of two-thirds of the members of the Administrative Council. (2) The Administrative Council may appoint such committees as it considers necessary. (3) The Administrative Council shall also exercise such other powers and perform such other functions as it shall determine to be necessary for the implementation of the provisions of this Convention.

⁹⁰ Art. 66 (1) della Convenzione: (1) "If the Administrative Council shall so decide by a majority of two-thirds of its members, the proposed amendment shall be circulated to all Contracting States for ratification, acceptance or approval. Each amendment shall enter into force 30 days after dispatch by the depositary of this Convention of a notification to Contracting States that all Contracting States have ratified, accepted or approved the amendment. (2) No amendment shall affect the rights and obligations under this Convention of any Contracting State or of any of its constituent subdivisions or agencies, or of any national of such State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given before the date of entry into force of the amendment".

Il Segretariato

Il Segretariato dell'ICSID è un organo formato dal Segretario Generale, che ha poteri direzionali e di rappresentanza legale del Centro, da uno o più Segretari aggiunti Generali, i quali svolgono funzioni di assistenza al Segretario Generale, e dal resto dello *staff*⁹¹. In totale, vi fanno parte all'incirca 70 soggetti, provenienti da differenti Paesi e da culture giuridiche diverse. Il personale è articolato in: 4 gruppi che si occupano della gestione delle controversie; un Amministratore Generale; un gruppo che si occupa della gestione finanziaria e un ufficio frontale. L'attività del Segretariato, e le modalità di elezione dei segretari, sono regolate dagli articoli 10 e 11 della Convenzione, nonché dai regolamenti amministrativi e finanziari interni. In sostanza, il compito principale del Segretariato è quello di fornire assistenza alle parti, nel corso di controversie tra Stato ospite e investitori. Esso infatti, è coinvolto durante tutta la durata del procedimento; inizialmente, ricevendo, revisionando e registrando le richieste di arbitrato e conciliazione, in un secondo momento, occupandosi dell'autenticazione dei lodi. Oltre alle parti, il Segretariato assiste le Commissioni di conciliazione, i tribunali arbitrali e i comitati *ad hoc*, per qualsiasi aspetto procedurale e amministrativo; pianifica e presiede le audizioni; gestisce gli aspetti economici dei procedimenti.

Un particolare tipo di assistenza svolto dal Segretariato, è quello che presta nei casi non-ICSID, ossia, in controversie regolate sulla base di normative diverse da

⁹¹ Art 9 Convenzione: "*The Secretariat shall consist of a Secretary-General, one or more Deputy Secretaries-General and staff*"

quelle della Convenzione di Washington.⁹² In questi procedimenti, il Segretariato di solito, offre un sostegno nel pianificare l'esame delle parti, e in questioni di natura amministrativa, al netto del fatto che sono sempre le parti a poter scegliere la tipologia dei servizi offerti, e il loro grado di ingerenza.⁹³

Un altro compito del Segretariato, è quello di pubblicizzare il suo operato e la propria attività, nei confronti dei governi degli Stati membri e dei loro cittadini, non solo incoraggiando una maggiore conoscenza delle procedure di risoluzione delle controversie del Centro, ma anche illustrando l'importante sviluppo che sta vivendo il diritto internazionale degli investimenti⁹⁴. Nello specifico, al fine di realizzare questi obiettivi, il Segretariato: conserva un elenco degli Stati membri della Convenzione; custodisce tutte le documentazioni ufficiali del centro; organizza e pianifica tavole rotonde, corsi di formazione e di aggiornamento; inoltre, cura l'edizione della rivista ICSID - *Foreign Investment Law Journal*.

⁹² Ad esempio regole procedurali UNCITRAL o altre disposizioni create *ad hoc*.

⁹³ L'ICSID assiste frequentemente le controversie gestite dall' *International Chamber of Commerce* (ICC), dalla *London Court of International Arbitration* (LCIA), della *Permanent Court of Arbitration* (PCA) e di altre organizzazioni.

⁹⁴ Ad esempio, il Segretariato redige una relazione annuale sul proprio esercizio, aggiorna il casellario dei casi pendenti e conclusi del Centro, pubblica disposizioni, ordini e lodi sul proprio sito web (<https://icsid.worldbank.org/en/>)

Il Segretario Generale

L'attuale Segretario Generale dell'ICSID è la Sig.ra Meg Kinnear, eletta nel 2009 con deliberazione del CDA del Centro, ai sensi dell'art.10 della Convenzione⁹⁵, e successivamente rieletta nel 2015. Il Segretario Generale viene nominato tra uno o più soggetti suggeriti dal Presidente del CDA, a maggioranza dei 2/3 dei membri, la sua carica ha una durata di 6 anni, con facoltà di ulteriore nomina, avente una durata uguale e non superiore alla prima.⁹⁶

Le funzioni del Segretario Generale sono sancite dall'art.11 della Convenzione⁹⁷, in particolare, gli viene affidata la responsabilità dell'attività amministrativa, la rappresentanza legale del Centro, e la gestione del funzionamento, dell'organizzazione e dell'assunzione del personale. Inoltre, esercita funzioni di cancelliere, avendo il determinato compito di autenticare i lodi arbitrali emanati dai tribunali del Centro.

⁹⁵ Art 10 Convenzione: *"The Secretary-General and any Deputy Secretary-General shall be elected by the Administrative Council by a majority of two-thirds of its members upon the nomination of the Chairman for a term of service not exceeding six years and shall be eligible for re-election. After consulting the members of the Administrative Council, the Chairman shall propose one or more candidates for each such office" (...)*

⁹⁶ La stessa procedura viene seguita per i Segretari Aggiunti

⁹⁷ Art 11 Convenzione: *"The Secretary-General shall be the legal representative and the principal officer of the Centre and shall be responsible for its administration, including the appointment of staff, in accordance with the provisions of this Convention and the rules adopted by the Administrative Council. He shall perform the function of registrar and shall have the power to authenticate arbitral awards rendered pursuant to this Convention, and to certify copies thereof"*

Infine, il Segretario Generale ha competenza di nomina degli arbitri, in procedimenti non regolati dalle disposizioni ICSID, né oggetto delle *Additional Facility Rules*⁹⁸, valutandone eventuali squalifiche su proposta.

⁹⁸ Di cui tratteremo in seguito

La giurisdizione del Centro: l'articolo 25 della Convenzione ICSID

La giurisdizione dell'ICSID è definita dall'articolo 25 della Convenzione di Washington. Tale articolo, determina le condizioni da rispettare per poter ricorrere al Centro, sottraendo dunque, il procedimento arbitrale a qualsivoglia forma di controllo da parte dei giudici nazionali degli Stati membri⁹⁹.

Pertanto, l'autorità giudiziaria di uno Stato contraente, cui le parti abbiano adito, in violazione dei precetti della Convenzione istitutiva, ha l'obbligo di dichiararsi incompetente e di rimettere la questione al Centro di Washington¹⁰⁰.

Questa regola, denominata "*rule of abstention*"¹⁰¹ è di fondamentale importanza per il funzionamento dell'intero meccanismo ICSID.

Infatti, qualora il giudice interno decidesse di non astenersi, si configurerebbe una violazione di un trattato internazionale, e lo Stato di appartenenza del giudice sarebbe passibile di rivendicazione internazionale dello Stato parte della controversia o di quello del privato investitore.

Le condizioni da rispettare per ricorrere al Centro sono quattro.

La prima, è che la controversia sia di natura giuridica. In realtà, tale formula non viene specificata all'interno della Convenzione, ma è definita dal relativo Rapporto dei Direttori esecutivi della Banca mondiale, dove si afferma che per "controversia giuridica", si intende di solito "un conflitto di diritti e non un mero contrasto di

⁹⁹ Ai sensi dell'articolo 44 della Convenzione, il controllo dei Giudici interni è precluso sotto il profilo della validità ed esecuzione della Convenzione arbitrale, della nomina o riconsunzione degli arbitri e in generale ad ogni aspetto o incidente della procedura arbitrale.

¹⁰⁰ Articolo 26 Convenzione.

¹⁰¹ "Meccanismo di astensione"

interessi”¹⁰². Secondo la dottrina, sarebbero ricomprese in tale nozione i casi concernenti la violazione di un obbligo contrattuale, e di solito, l’interpretazione e applicazione di un contratto. Di conseguenza, non potrebbero essere deferite al Centro controversie relative ad una semplice modifica di clausole economiche del contratto.

La seconda condizione, è che l’oggetto della controversia sia un investimento. Anche in questo caso la Convenzione non specifica cosa debba intendersi per investimento, in primo luogo, perché non si voleva in alcun modo restringere la competenza del Centro, in secondo luogo in previsione di un futuro sviluppo di nuove forme e modalità di investimento. Per queste ragioni, come abbiamo visto in precedenza, la giurisprudenza dei tribunali ICSID, ha optato per una nozione molto ampia di investimento, che comprende, ad esempio: le azioni, i prestiti bancari, i contratti di costruzione di autostrade, i contratti di servizio e di concessione. Tenendo sempre a mente i parametri del “test Salini”, che vengono costantemente richiamati per appurare la qualificazione di un’operazione economica come un investimento o meno.

La terza condizione, riguarda i soggetti legittimati a rivolgersi all’ICSID, questi sono: lo Stato; gli enti pubblici che dipendono dallo Stato (ossia enti che esercitano

¹⁰² Il “*Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*”, è consultabile sul sito <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199660568.001.0001/acprof-9780199660568-appendix-5>, il paragrafo che specifica il significato di “*legal dispute*” è il 22. Inoltre sull’espressione “controversia giuridica” si è espresso anche il Tribunale ICSID nel caso *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/08/2)*, consultabile sul sito <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f08%2f2>

funzioni pubbliche); le divisioni amministrative (da intendere come enti territoriali di livello inferiore a quello Statale, ad esempio Regioni, Province, Comuni); le persone fisiche appartenenti ad uno Stato contraente che sia differente dall'altro Stato contraente parte della controversia;¹⁰³ le persone giuridiche appartenenti ad uno Stato contraente che sia differente dall'altro Stato contraente parte della controversia, anche nel caso in cui si tratti di imprese controllate dallo Stato o dove lo Stato abbia comunque quote maggioritarie, a meno che queste non esercitino i loro compiti alla stregua di agenti di governo o esplicino funzioni essenzialmente governative.¹⁰⁴

La quarta ed ultima condizione richiesta dall'articolo 25, indicata come "pietra angolare" su cui si fonda la competenza del Centro¹⁰⁵, è il consenso delle parti della controversia, di cui si tratterà nel seguente paragrafo.

¹⁰³ Per completezza dobbiamo segnalare che ai sensi dell'art 25, par 2, lett. a, della Convenzione ICSID possono ricorrere al Centro anche le persone fisiche dotate di doppia cittadinanza, a condizione che una delle due cittadinanze non sia di uno Stato parte della controversia.

¹⁰⁴ Per funzioni essenzialmente governative, secondo i tribunali ICSID occorre riferirsi essenzialmente alla natura delle attività svolte (commerciale o governativa), non allo scopo dell'attività svolta.

¹⁰⁵ Si veda il par. 23 del *Report of the Executive Directors*, consultabile sul sito <https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199660568.001.0001/acprof-9780199660568-appendix-5>

Il consenso delle parti

L'arbitrato ICSID, come ogni altra tipologia di arbitrato è basato sul reciproco consenso delle parti di una controversia.¹⁰⁶ Per questo motivo, ogni tribunale del Centro è obbligato a controllare l'esistenza del consenso con grande attenzione.

La rilevanza del consenso nel sistema ICSID è oggettivamente riscontrabile dal fatto che già nel Preambolo della convenzione viene menzionato due volte.

Nel Preambolo si premette che il solo fatto di aver ratificato, accettato o altrimenti approvato la Convenzione, non implica alcun obbligo per lo Stato membro di deferire all'ICSID la controversia. Il sopraccitato articolo 25 della Convenzione istitutiva, esige che l'accordo tra lo Stato ospite e l'investitore straniero di ricorrere ad arbitrato venga manifestato «per iscritto». Esso può essere espresso, secondo la dottrina, mediante tre diverse modalità¹⁰⁷.

La prima, prevede che l'accordo tra le parti che formalizza il consenso all'arbitrato ICSID, si possa concretizzare mediante una clausola compromissoria, inserita all'interno di un contratto di investimento, stipulato tra Stato ospite e investitore straniero, ove le due parti, si vincolano a sottoporre alla giurisdizione del Centro eventuali controversie future. Un secondo modo per conferire il consenso alla giurisdizione del Centro, consiste nel ricorrere ad una clausola arbitrale ICSID racchiusa in un trattato, (bilaterale o multilaterale), stipulato tra lo Stato ospite e lo Stato di nazionalità dell'investitore. La terza alternativa, consiste nella possibilità

¹⁰⁶ DE LUCA, "L'arbitrato internazionale sugli investimenti esteri", Vol. XXIII. 2007, Giuffrè Editore, Milano 977 ss., 984-1015

¹⁰⁷ DOLZER, SCHREUER, "*Principles of International Investment Law*", Oxford press, 2008, pp. 238-253.

di deferire una controversia al Centro, mediante la mera possibilità dell'investitore di accettare l'offerta di ricorrere ad arbitrato ICSID, contenuta nella legislazione nazionale dello Stato parte.

Considerando la prassi degli ultimi decenni, si può osservare come la modalità maggiormente utilizzata per ricorrere all'ICSID sia la seconda. Infatti è nettamente riscontrabile una predominanza di controversie deferite all'ICSID per mezzo di clausole arbitrali contenute in un BIT, ovvero in un trattato multilaterale in materia di investimenti.¹⁰⁸ Nondimeno, l'ipotesi che l'espressione del consenso possa anche manifestarsi in un'accettazione da parte dell'investitore, di un'offerta posta in essere dallo Stato ospite nelle proprie leggi interne, non è in verità mai stata messa in dubbio¹⁰⁹. Questa possibilità, è contenuta addirittura nella Relazione dei Direttori Esecutivi, associata alla Convenzione istitutiva, che invece, paradossalmente, non presenta espressamente l'opzione di manifestare il consenso alla giurisdizione ICSID all'interno di un trattato. Per delineare il caso del consenso all'arbitrato ICSID, basato su una clausola pattizia, o contenuta di una legge interna di uno Stato, "Jan Paulsson" coniò l'espressione «*arbitration without privity*», ovvero, un arbitrato «ove il ricorrente non ha necessariamente un rapporto di tipo contrattuale con il convenuto»¹¹⁰, di cui si parlerà nel prossimo paragrafo.

¹⁰⁸ Si pensi ad esempio al NAFTA o alla Carta dell'Energia

¹⁰⁹ POTESTÀ, "Il consenso all'arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell'investimento", Milano, Giuffrè Editore, p. 378

¹¹⁰ PAULSSON, "Arbitration without Privity", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 10, Issue 2 p. 232

Il consenso, una volta perfezionato è irrevocabile,¹¹¹ perciò, l'eventuale rifiuto di una parte di prendere parte al procedimento, non impedisce il regolare sviluppo del giudizio, né il riconoscimento e l'esecuzione del lodo arbitrale che lo conclude. Inoltre, proibisce allo Stato di eccepire l'immunità della giurisdizione in quanto ente sovrano, tale immunità infatti, avrebbe la conseguenza di paralizzare il meccanismo arbitrale. Tuttavia, non grava sul consenso un'eventuale denuncia della Convenzione istitutiva posta in essere dallo Stato ospite o dallo Stato nazionale dell'investitore.

¹¹¹ Art 25,c.1 Convenzione di Washington

L'arbitration “without privity”

Come evidenziato precedentemente, l'arbitrato ICSID si fonda sul reciproco consenso delle parti. Il ricorrente intraprende un procedimento arbitrale, perché ha precedentemente concordato con la controparte, di dirimere eventuali controversie fra loro mediante arbitrato. Entrambe le parti possono dare avvio al procedimento come ricorrenti, e una volta deferita la questione dinanzi ad un tribunale arbitrale, la controparte può presentare un controricorso. Questo, è l'*iter* classico e maggiormente utilizzato per instaurare un procedimento arbitrale in capo all'ICSID; migliaia di trattati e contratti sono basati su questa struttura. Tuttavia una minima percentuale di procedimenti,¹¹² si instaura senza che il ricorrente abbia alcun rapporto di natura contrattuale o pattizia con la controparte, da cui si possa desumere il consenso; l'arbitrato è dunque “*without privity*”¹¹³.

Infatti, pur restando fermo quanto stabilito nella Convenzione istitutiva, cioè che il consenso deve essere manifestato in forma scritta, essa non obbliga le parti della controversia ad esprimerlo necessariamente in un atto di natura bilaterale (es: un contratto di investimento).

Questa prassi era sconosciuta fino alla metà degli anni 80, difatti, gli arbitrati del Centro, si basavano esclusivamente sulle tradizionali clausole arbitrali inserite nei contratti di investimento (cd: “*contract based arbitration*”). Le origini dell’“*arbitration without privity*” si devono a due rinomati casi: il caso *S.P.P v*

¹¹² Il 5% stando alle recenti statistiche fornite dal Segretario Generale dell'ICSID, si veda *The ICSID Caseload – Statistics*, sul sito <http://icsid.worldbank.org>.

¹¹³ PAULSSON, “*Arbitration without privity*”, *Foreign investment law journal*, p. 232

*Egypt*¹¹⁴, e il caso *A.A.P.L v Sri Lanka*.¹¹⁵ In entrambe le occasioni, i tribunali del Centro nel verificare il requisito del consenso, ai sensi dell'art. 25, e conseguentemente, la loro competenza a dirimere la controversia, non hanno fatto riferimento a un contratto tra Stato e investitore straniero, né ad una clausola compromissoria introdotta nel contratto di investimento, bensì ad una legge interna Egiziana nel primo caso, e ad un trattato internazionale nel secondo caso, ricavando perciò indirettamente il consenso da tali disposizioni. In sostanza, tale prassi consente un arbitrato senza un previo accordo tra le parti, dove il reciproco scambio di consensi è posticipato nel tempo.¹¹⁶ Pertanto, la possibilità di dirimere la controversia mediante arbitrato, contenuta in una legge nazionale o in un accordo internazionale, è un'offerta generica dello Stato ospite, nei confronti non di un soggetto specifico, ma di una categoria indeterminata di investitori stranieri, che viene considerata a tutti gli effetti come una manifestazione del consenso di tale Stato. Tale offerta, dunque, verrà accettata eventualmente solo in un momento successivo, dall'investitore straniero. Sono diverse e non formalizzate le modalità e tempi di accettazione dell'offerta di cui può avvalersi l'investitore. Ad esempio, anche mediante la semplice proposizione di una domanda di arbitrato allo Stato ospite, purché naturalmente, l'originaria offerta sia incondizionata, ed espressa in forma scritta. In ogni caso, per quanto lodevole in termini di semplificazione

¹¹⁴ Consultabile sul sito ICSID

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f84%2f3>

¹¹⁵ Consultabile sul sito ICSID

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f87%2f3>

¹¹⁶ MAURO, "Diritto Internazionale dell'Economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali", Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, p.398

nell'instaurazione di un processo dinanzi all'ICSID, questa prassi intacca la natura contrattuale del sistema, fondata sul reciproco consenso delle parti, sfociando in una mancanza di equilibrio tra le parti. Infatti, mentre l'investitore può mettere in moto il procedimento, anche senza l'esternazione del consenso da parte dello Stato ospite, rispetto al caso specifico, quest'ultimo, non può procedere in difetto della sottoscrizione da parte dell'investitore di una specifica clausola arbitrale. Inoltre, anche qualora fosse stato stipulato un contratto di investimento tra le parti, che disciplini diversi meccanismi di risoluzione delle controversie (tra cui l'arbitrato), l'investitore, potrebbe tranquillamente optare per uno strumento differente rispetto a quelli contemplati nel contratto, qualora tale strumento sia ammesso da una legge nazionale o da un trattato internazionale, nel quale lo Stato ospite abbia previamente espresso il proprio consenso all'arbitrato. Ebbene, in conclusione, possiamo affermare che l'investitore ha un potere unilaterale di scelta circa il meccanismo procedurale da adottare, mentre lo Stato deve sottostare alla scelta di quest'ultimo, essendo regolarmente convenuto in arbitrato, sulla base del consenso manifestato preliminarmente, (e in modo definitivo), in una propria legge interna o in un trattato internazionale. Detto ciò, come segnalato in precedenza, questa prassi atipica si è ormai consolidata, ed è universalmente accettata, nonostante un'iniziale diffidenza che aveva rischiato di mettere in discussione l'intero sistema ICSID.

L'attivazione della procedura: costituzione del tribunale arbitrale

La procedura prevista dalla Convenzione di Washington, nonché dalle altre regole del procedimento arbitrale¹¹⁷, è una disciplina che si caratterizza per l'assoluta autonomia e indipendenza, da qualsivoglia ordinamento nazionale, compreso quello della sede scelta per l'arbitrato.¹¹⁸

Il procedimento arbitrale, ha inizio quando una delle parti della contesa avanzi domanda scritta di arbitrato al Segretario generale dell'ICSID, il quale sarà tenuto a registrarla previa verifica dell'effettivo consenso all'arbitrato¹¹⁹, e dell'esibizione di tutte le informazioni utili in relazione alle parti e all'oggetto della disputa; la registrazione della domanda dà origine alla procedura. In questa fase pertanto, il Segretario generale compie un esame preliminare sulla ricevibilità della domanda, appurando in particolare, ai sensi dell'articolo 36 della Convenzione, che la controversia non ecceda manifestamente la competenza del Centro, e che come detto, sussista il consenso effettivo di almeno una parte del procedimento. Dobbiamo sottolineare però, che tale accertamento non va a pregiudicare la successiva valutazione del tribunale arbitrale costituito circa la propria competenza. Nondimeno, il Segretario generale si interessa dell'amministrazione del procedimento, fornendo qualsiasi tipo di servizio di cui necessitino le parti (traduttori, stenografi ecc.).

¹¹⁷ Un'ultima revisione di tali regole è stata effettuata nel 2006, aggiungendo la possibilità per un terzo interessato alla controversia di presentare al tribunale arbitrale ICSID o al Comitato di annullamento osservazioni o memorie, in qualità di "*amicus curiae*".

¹¹⁸ REED, PAULSSON, BLACKABY, "*Guide to ICSID Arbitration*", Kluwer law, 2004, cfr. Cap 4: "ICSID Arbitration Procedure"

¹¹⁹ L'onere della prova del consenso spetta al soggetto che presenta l'istanza arbitrale

Di norma, il tribunale si compone di 3 arbitri¹²⁰, scelti dalle parti tra coloro i quali sono indicati nel *Panel of arbitrators*: speciali liste tenute dal Centro, formate da soggetti designati dagli Stati contraenti, non è da escludersi, tuttavia, che gli arbitri vengano selezionati anche fra soggetti non facenti parte di tali liste. Ogni parte nomina un arbitro, il terzo, invece, verrà nominato di comune accordo e sarà il Presidente del tribunale arbitrale. Qualora una parte si rifiutasse di designare un arbitro o in caso di mancato accordo sul colui che presiede il tribunale, decorsi 90 giorni dal deposito della domanda di arbitrato, saranno il Presidente del consiglio Amministrativo dell'ICSID o il Presidente della Banca Mondiale ad effettuare la nomina, (cd: “nomina sostitutiva”); in questo caso la scelta dovrà ricadere su arbitri inseriti nel *Panel of Arbitrators*, di cittadinanza diversa rispetto alle parti.¹²¹

Nel momento in cui viene costituito il tribunale, spetta al Segretario generale trasmettere copia di ogni documento alle parti. In tal modo si dà inizio all'*iter*.

Per prima cosa, le parti vengono convocate entro 60 giorni dalla costituzione del tribunale in una riunione *ad hoc*, nella quale si mettono a punto alcune questioni, quali:

- Il *quorum* necessario per le delibere del tribunale;
- La lingua e la sede del procedimento (che tratteremo meglio in seguito);

¹²⁰ Salvo diversa indicazione delle parti

¹²¹ Articoli 37-40 della Convenzione

- Il numero massimo delle memorie scritte e il loro ordine di trattazione, nonché i termini per presentarle;
- L'opportunità di evitare la procedura scritta o quella orale.

Ex art. 41(1) della Convenzione, il tribunale costituito è giudice della propria competenza, tale principio è ormai riconosciuto da ogni regolamento arbitrale e da gran parte delle leggi interne degli Stati membri,¹²² pertanto controlla che sussistano le condizioni individuate dall'art.25 della Convenzione. Accertate tali condizioni il tribunale potrà pronunciarsi nel merito.

Per quanto concerne la sede arbitrale, essa è abitualmente Washington o, previo accordo tra le parti l'Aja (sede della Corte permanente di Arbitrato), o anche la sede di talune istituzioni pubbliche o private, dove il Centro abbia statuito rapporti di cooperazione, mediante convenzioni (ad esempio Il Cairo o Kuala Lumpur), o altrimenti ogni altro luogo promosso dal tribunale arbitrale a seguito di consultazione col segretario generale (art. 62-63).

D'altra parte, considerati i profili di autonomia e indipendenza del processo arbitrale, la peculiare localizzazione geografica della sede non genera alcun effetto in termini di applicazione di norme nazionali o, come si vedrà nel prossimo capitolo, dell'esecuzione della sentenza.

Temi peculiari sono quelli relativi all'assenza di una parte nel procedimento e ad eventuali misure cautelari o provvisorie.

¹²² Art. 41(1) Convenzione: "The Tribunal shall be the judge of its own competence".

Per quanto riguarda il *modus procedendi* in assenza di parte, l'art. 45 della convenzione enuncia che se una delle parti non compare in giudizio, ciò non significa che essa acconsenta alle pretese dell'altra Parte. Pertanto, l'altra parte potrà chiedere al tribunale di trattare solo le conclusioni da essa proposte e di emettere la sentenza.

Quanto alle misure provvisorie o cautelari, esse vengono “*recommended*”¹²³, a discrezione del tribunale arbitrale costituito. Questa disposizione, è di notevole importanza, perché in assenza di diverso accordo delle parti, il tribunale arbitrale è l'unico organo che le parti possono interpellare; tale circostanza è una conseguenza della natura autonoma e indipendente del meccanismo ICSID.

¹²³ “Raccomandate” (in senso giuridicamente vincolante)

La scelta del diritto applicabile alla controversia

La scelta del diritto applicabile al merito della controversia è di vitale importanza nel meccanismo ICSID. La disposizione che disciplina tale decisione è l'art. 42 della Convenzione di Washington.¹²⁴ Spesso, tuttavia, tale aspetto è oggetto di poco interesse da parte dell'investitore privato, maggiormente interessato a ricercare garanzie e redditività del proprio investimento in altri aspetti del contratto.¹²⁵ Il criterio principale nella definizione del diritto applicabile è dato dalla volontà delle parti. Essa può essere espressa nel contratto di investimento tra lo Stato e l'investitore straniero, in un accordo posteriore stipulato dalle parti, o anche in un negoziato internazionale sugli investimenti cui il contratto rinvia. Inoltre, tale scelta, secondo parte della dottrina, potrebbe anche essere "implicita", in quanto deducibile da fatti processuali o dallo stesso contratto¹²⁶, altri invece, escludono categoricamente questa ipotesi, perché lascerebbe un eccessivo margine discrezionale di apprezzamento all'arbitro nella scelta del diritto applicabile, contrastando la ratio della disposizione. Invece, in difetto di scelta, si adotteranno

¹²⁴ Art. 42 Convenzione di Washington: (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

(2) The Tribunal may not bring in a finding of *non liquet* on the ground of silence or obscurity of the law.

(3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree.

¹²⁵ GIARDINA, "La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID", RDIPP, città, 1982, pp. 677 ss.

¹²⁶ Questa teoria sostiene la possibilità di ricavare la scelta del diritto applicabile da una serie di indizi ascrivibili al contratto, come ad esempio la lingua del contratto, la sua localizzazione, l'utilizzo di clausole tipiche di un determinato ordinamento giuridico.

il diritto dello Stato contraente parte della controversia, e i precetti di diritto internazionale applicabili al caso concreto.

In un primo momento, il diritto internazionale aveva un ruolo meramente accessorio, si applicava infatti, solamente in caso di vuoti normativi negli ordinamenti giuridici interni o di incompatibilità fra questi e il primo. Successivamente, però, ha assunto un ruolo paritario ai vari diritti nazionali nella risoluzione di una controversia, ed è ormai appurato che possa applicarsi a prescindere dall'esistenza di eventuali lacune negli ordinamenti giuridici nazionali.¹²⁷ Invece, in caso di contrasto tra diritto internazionale e diritto dello Stato ospite, i tribunali arbitrali dovranno far prevalere il primo, in quanto uno Stato non può appellarsi al proprio ordinamento nazionale per non osservare i suoi vincoli internazionali.¹²⁸ Infine, ai sensi dell'art 42(3) della Convenzione, viene data la possibilità al tribunale di risolvere la controversia *ex aequo et bono*¹²⁹, qualora le parti si siano accordate in tal senso.

Come detto, il comma 1 dell'art. 42, prevede che in mancanza di accordo delle parti sul diritto applicabile, il tribunale arbitrale ricorra all'ordinamento dello Stato ospite e ai principi di diritto internazionale presenti in materia. Nondimeno, questa regola ha dato adito alla teoria della “denazionalizzazione” del contratto di

¹²⁷ Si veda ad esempio la decisione sull'annullamento del comitato ICSID: Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt, ICSID c. n. ARB/98/4, International Legal Materials, 2002, p. 933, par. 37-40.

¹²⁸ Ci si riferisce alla decisioni del tribunale ICSID: LG&E Energy Corporation., LG&E Capital Corporation., e LG&E International Inc. v Argentine Republic, 2006, par. 94

¹²⁹ “Secondo quanto è giusto ed equo”

investimento, sostenuta da parte della dottrina¹³⁰, che contrasta nettamente tale disposizione. In sostanza, tale contratto sarebbe indipendente da qualsivoglia ordinamento giuridico interno, manifestando una propria autonomia, fondata (a seconda delle varie interpretazioni): sul consenso delle parti espresso nel contratto;¹³¹ su un insieme di principi considerati vincolanti dalle parti, che non possono considerarsi né diritto statale, né diritto internazionale;¹³² sul diritto internazionale pubblico. Tutte queste tesi si fondano un rischio non lontano dalla realtà, ovvero che lo Stato ospite vada a modificare unilateralmente e a proprio vantaggio il suo ordinamento giuridico nazionale, trasgredendo anche ad eventuali clausole a favore dell'investitore presenti nel contratto di investimento. Nel corso degli anni, tali argomentazioni subirono la risoluta opposizione dei PVS, che anche grazie all'appoggio dei paesi all'epoca ad economia socialista, portò all'odierna attitudine di assoggettare i contratti di investimento privi di specificazione del diritto applicabile, esclusivamente alle leggi interne dello Stato ospite.

In generale, possiamo dunque affermare, che il rilievo sancito dall'art.42(1) all'accordo tra le parti, e in mancanza di tale accordo, la previsione di un diritto specifico da applicare alla controversia, riflettono uno scopo specifico, cioè quello di potenziare la certezza e la prevedibilità di un rapporto contrattuale di per sé complesso, come quello che si instaura tra uno Stato e il privato investitore.

¹³⁰ BERNARDINI, "L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali", Giuffrè editore, Milano, 2008, pp. 227 e ss

¹³¹ Teoria del "*contract sans loi*" (*contratto senza diritto*), di matrice francese.

¹³² I sostenitori di questa teoria sono soliti chiamare il diritto derivante da tali principi "diritto quasi internazionale" o "transnazionale", o anche "lex mercatoria".

Pertanto, ad oggi può dirsi tramontata la teoria della “denazionalizzazione” del contratto di investimento.

Per quanto riguarda la scelta in concreto del diritto applicabile alla controversia, è da escludersi il fatto che le parti si mettano a ideare *ex novo* le normative da impiegare. L’importante è che tali norme siano dotate di giuridicità, ossia considerate come vincolanti dalle parti del contratto di investimento. Possiamo citare alcuni esempi di ordinamenti giuridici applicati nella prassi:

- a) Si possono richiamare alcuni principi in comune a due o più ordinamenti giuridici (es: quello dello Stato ospite e quello dello Stato nazionale dell’investitore);¹³³
- b) Si può richiamare solo una parte dell’ordinamento giuridico nazionale di uno Stato (es: solo il Diritto Amministrativo, solo il Codice Civile o Commerciale);
- c) Si possono richiamare differenti ordinamenti giuridici di vari Stati, per differenti aspetti del contratto, ogni ordinamento andrà dunque a regolare una specifica disciplina, tale opportunità risulterà attuabile solo qualora i rapporti contrattuali risultino scomponibili in parti diverse.

Una parte minoritaria della dottrina, ritiene che si possa perfino far riferimento ad una convenzione internazionale non ancora in vigore, purché rispetti i principi

¹³³ Tale richiamo è particolarmente utilizzato nei grandi contratti di costruzione (es: “Eurotunnel” del 1986), e impone all’arbitro il gravame di una ricerca comparatistica dei principi da mettere in pratica. Può consultarsi sull’argomento: RUBINO, SAMMARTANO, “*The channel Tunnel and the Tronc commun Doctrine*”, JIA, 1993, pp. 59 e ss.

generali di diritto. Tale ipotesi risulta tuttavia pleonastica, in quanto contrassegnata da indeterminatezza e genericità dei suoi contenuti.

Resta da chiarire un ultimo delicato aspetto dell'art.42. Può accadere infatti, che nella scelta del diritto applicabile alla controversia, le parti richi amino in maniera astratta e generale l'ordinamento giuridico dello Stato ospite, senza ulteriori specificazioni. Tale situazione è tutt'altro che un'ipotesi di scuola, visto che sovente lo Stato ospite, condiziona il proprio consenso al meccanismo arbitrale, proprio all'accettazione delle sue leggi locali come diritto applicabile alla controversia, da parte del privato investitore. Come si bilancia tale potenziale ingerenza dello Stato ospite? Grazie al rilievo gerarchico ormai acquisito dal diritto internazionale in relazione al diritto interno. Infatti, presupposto per l'applicazione della legge interna dello Stato ospite è la conformità di quest'ultima proprio col diritto internazionale pubblico, un diritto che tra l'altro, come esposto in precedenza, prevale sul diritto nazionale, in caso di conflitto giuridico. Pertanto al diritto internazionale viene data la possibilità di intercedere come autonomo complesso di regole sostanziali a sostegno del diritto nazionale.¹³⁴

¹³⁴ GAILARD, BONIFATEMI, *"The meaning of "and" in article 42(1), Second Sentence of the Washington Convention: The role of International law in the ICSID choice of law process*, FILJ, 2003, p.375

Il lodo e i mezzi di ricorso

Il lodo deve essere emesso, a maggioranza dei voti, entro 60 giorni dalla chiusura del procedimento. Esso deve statuire circa ogni argomento sottoposto al tribunale e deve essere motivato, redatto in forma scritta, approvato e sottoscritto dai membri del tribunale (art.48). Inoltre, ai sensi dell'art.53 della Convenzione, risulterà vincolante per le parti. Pertanto, gli Stati contraenti sono tenuti ad accettare l'obbligatorietà del lodo, assicurando l'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie derivanti dallo stesso all'interno del proprio territorio, alla stregua di decisioni definitive dei propri giudici interni (art.54 par. 1 Convenzione). Per questa ragione, il meccanismo ICSID si caratterizza per l'efficacia autonoma e diretta dei lodi, aventi valore di cosa giudicata¹³⁵ in ogni Stato contraente, senza la necessità di alcun controllo successivo da parte degli organi giurisdizionali nazionali.¹³⁶

Da ciò, deriva che ogni Paese contraente ha l'onere di determinare l'autorità (giurisdizionale o amministrativa) competente in tale materia, a cui la parte interessata dovrà rivolgersi per ottenere il riconoscimento o l'esecuzione del lodo, presentandone copia certificata conforme dal Segretario Generale (art 54, par 2 Convenzione). L'esecuzione del lodo arbitrale¹³⁷ è disciplinata dalle normative

¹³⁵ MAURO, "Diritto Internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali", edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019, p.401

¹³⁶ Tenendo in considerazione questo assioma, va dunque segnalata per la sua specialità, una recentissima sentenza della Corte distrettuale di Nacka (Svezia) del 23 Gen. 2019, che ha negato l'esecuzione del lodo finale del tribunale ICSID dell'11 Dic. 2013: Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania (ICSID Case No. ARB/05/20) consultabile sul sito <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f05%2f20> . Questa decisione riprende il tema del contrasto tra *Investment arbitration* e diritto dell'UE, questione oggetto del caso Achmea, di cui tratteremo nello specifico nel quarto capitolo di questo elaborato.

¹³⁷ Di cui tratteremo nel quarto capitolo di questa tesi.

interne dello Stato in cui è richiesta l'esecuzione (art 54, par 3). Inoltre, l'articolo 55 della convenzione conferma l'applicazione di eventuali regole vigenti nello Stato in cui è richiesta l'esecuzione, circa l'immunità di esecuzione degli Stati.¹³⁸

Emessa il lodo, il Segretario Generale lo trasmette alle parti.

Sono due gli strumenti per ricorrere contro un lodo arbitrale: la revisione e l'annullamento. Il primo, ai sensi dell'art. 51 della Convenzione può essere avanzato nel caso in cui emergano fatti ignoti al tribunale e alla parte che ha eseguito l'istanza, potenzialmente determinanti nell'influenzare la decisione finale.

Invece, l'annullamento può richiedersi in cinque ipotesi tassative, indicate dall'art 52 della Convenzione:

- 1) Vizio nella costituzione del tribunale;
- 2) Eccesso di potere manifesto nella costituzione del tribunale;
- 3) Inosservanza grave di una regola di procedura considerata fondamentale;
- 4) Difetto di motivazione della sentenza
- 5) Corruzione di un arbitro.

¹³⁸ Il principio di immunità sovrana dall'esecuzione è regolato dal diritto internazionale consuetudinario, anche se diversi Stati hanno accolto una legislazione che codifica norme confacenti; la posizione varia a seconda degli ordinamenti. La bozza della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, del 2004, pur non essendo vincolante e mai entrata in vigore, contiene comunque diverse linee guida per l'esecuzione delle sentenze da cui gli Stati possono trarre spunto.

In virtù del principio dell'assoluta autonomia e indipendenza dei lodi arbitrali, non è ammesso un ricorso avverso la decisione dinanzi ad un tribunale interno. Infatti, l'istanza di revisione va indirizzata al medesimo tribunale arbitrale che ha emesso il lodo, mentre sulla domanda di annullamento la decisione viene presa da un comitato speciale formato da tre membri, nominato dal Presidente del consiglio amministrativo (ovvero il Presidente della Banca Mondiale).

Il tema dell'annullamento merita un breve approfondimento, in quanto nel corso degli anni è avvenuta un'evoluzione della giurisprudenza ICSID in materia. Inizialmente, l'annullamento di 2 lodi arbitrali (casi *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais* del 1985¹³⁹, e *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*¹⁴⁰ del 1986), da parte di due diversi comitati speciali, generò preoccupazione, soprattutto per il timore che il reiterarsi di tale mezzo di ricorso contro i lodi icsid ICSID, potesse rendere vano tutto l'impegno profuso nel corso degli anni per ottenere il successo di tale ADR¹⁴¹. Ambedue le pronunce di annullamento, furono motivate sulla base del "manifesto eccesso di potere degli arbitri", in quanto essi avevano disapplicato la legge dello Stato, specificando che, invece, un'erronea applicazione della legge dello Stato non avrebbe causato l'annullamento dei lodi.

¹³⁹ (ICSID Case No. ARB/81/2) consultabile sul sito

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Annulment.aspx>

¹⁴⁰ (ICSID Case No. ARB/81/1) consultabile sul sito

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Annulment.aspx>

¹⁴¹ "Alternative Dispute Resolution" = "Mezzo di risoluzione alternativo delle controversie"

La dottrina dell'epoca criticò apertamente tali decisioni, parlando addirittura di “fallimento” del meccanismo di controllo ICSID¹⁴². Successivamente, si affermò un nuovo orientamento circa le decisioni di annullamento, denominata da parte della dottrina: “seconda generazione”¹⁴³, che concorse ad attenuare preoccupazioni e critiche, in quanto vennero rigettate le istanze di annullamento nei casi *Klockner* e *Amco Asia*. Oggi, si segue l'approccio della cd: “terza generazione” di decisioni sull'annullamento, che ha origine con le sentenze *Wena Hotels v. Arab Republic of Egypt* del 5 Feb. 2002¹⁴⁴, e *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic* del 3 lug. 2002¹⁴⁵, che avvalorano l'approccio più moderato della generazione precedente. Tale orientamento, privilegia l'esistenza di “*material violations*”¹⁴⁶, piuttosto di quello denominato “*hair trigger approach*”¹⁴⁷, tipico della prima generazione di sentenze di annullamento. Statisticamente, i motivi di annullamento maggiormente evocati dai ricorrenti sono stati il manifesto eccesso di potere¹⁴⁸, la grave violazione di una regola fondamentale di procedura, e il difetto di motivazione di una sentenza arbitrale.

¹⁴² REISMAN, “The breakdown of the control mechanism in ICSID arbitration”, *Duke law rev.*, 1989, p. 739

¹⁴³ SCHREURER, “Three generations of ICSID annulment proceedings, annulment of ICSID awards, IAI, 2004, pp. 17 e ss.

¹⁴⁴ (ICSID Case No. ARB/98/4) consultabile sul sito <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f98%2f4>

¹⁴⁵ (ICSID Case No. ARB/97/3) consultabile sul sito <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f97%2f3>

¹⁴⁶ “Violazioni materiali”

¹⁴⁷ L'espressione che potrebbe essere tradotta con “approccio dal grilletto facile”, intende sottolineare come nella prima generazione di sentenze di annullamento ci fosse stata un'interpretazione molto estensiva del concetto di “eccesso di potere degli arbitri”.

¹⁴⁸ Da intendersi sia come mancanza, che come eccesso di potere del tribunale arbitrale

Le “Additional facility rules”

Il meccanismo addizionale di facilitazione ICSID (*ICSID Additional Facility Mechanism*), fu creato il 27 Settembre 1978, in occasione del dodicesimo *meeting* annuale del Consiglio di Amministrazione del Centro. Esso offre la possibilità di istituire un procedimento arbitrale, di conciliazione, o il cd:” *fact-finding procedure*”¹⁴⁹, per determinate controversie che sconfinano lo scopo della Convenzione di Washington. I casi in cui ci si può riferire a tali regole addizionali (*Additional facility rules*) sono:

- 1) Arbitrati o conciliazioni in controversie relative ad investimenti stranieri, tra Stato ospite e investitore straniero, qualora il Paese ospite non sia membro della Convenzione ICSID, o lo Stato nazionale dell’investitore non sia membro della Convenzione ICSID;
- 2) Arbitrati o conciliazioni che non derivano direttamente da un investimento tra Stato ospite e investitore straniero, a condizione che lo Stato ospite sia uno Stato membro o che lo sia lo Stato nazionale dell’investitore;

¹⁴⁹ Tale sistema concerne un giudizio di valutazione imparziale su determinate questioni, il quale, se accettato dalle parti, previene eventuali posizioni contrastanti su un medesimo tema, che potrebbero portare successivamente ad una contesa legale. Il *fact-finding* può essere molto utile riguardo a contratti di investimento, ma anche in altri contesti, quali ad esempio linee guida nazionali o internazionali e codici di condotta relativi ad investimenti stranieri.

- 3) Qualsiasi tipologia di “*fact finding procedure*”, sia qualora la domanda sia stata posta dallo Stato ospite, sia nel caso in cui l’istante sia l’investitore straniero.

L’originario documento contenente l’insieme delle “*additional facility rules*”, denominato appunto: “*ICSID Additional Facility*”, fu pubblicato insieme a commenti esplicativi non giuridicamente vincolanti, per un periodo prova di 5 anni; solo nel 1984, durante il *meeting* annuale del Consiglio di Amministrazione, fu esteso per un periodo illimitato. Successivamente, tale documento fu modificato 2 volte. Una prima revisione fu approvata il 29 Settembre 2002, e divenne effettiva il 1 gennaio 2003. La seconda, che contiene le attuali regole di riferimento, fu approvata in forma scritta dal Consiglio di amministrazione nei primi giorni del 2006, e divenne definitivamente vincolante il 10 aprile dello stesso anno.

L’odierna versione del meccanismo addizionale di facilitazione ICSID, fu il frutto di due intensi anni di consultazioni pubbliche da parte dei membri del Consiglio di Amministrazione, in tale periodo si annoverano due importanti scritti: “*Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*”, del 22 ottobre 2004, e “*Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*”, del 12 maggio 2005¹⁵⁰.

Il motivo principale che portò all’istituzione delle “*additional facility rules*”, fu certamente la semplificazione e la maggior certezza del diritto tra governi ed entità non governative, sottoscrittori o meno della Convenzione di Washington. Infatti,

¹⁵⁰ Entrambi i documenti possono consultarsi sul sito
<file:///C:/Users/utente1/Documents/ICSID%20Additional%20Facility%20Rules.html>

fu enfatizzato già dalla prima stesura dell’“*additional facility document*”, che i procedimenti regolati da tali disposizioni si sarebbero basati esclusivamente sulla natura del contratto di investimento, e non sulla Convenzione.¹⁵¹

Le *Arbitration (additional facility) rules* governano il meccanismo arbitrale dall’istanza arbitrale in avanti. Il consenso all’applicazione di tali regole deve essere, però, necessariamente precedente alla registrazione della domanda di arbitrato.

Ai sensi dell’art. 20 delle *arbitration rules*, in aggiunta a tali regole, si adotteranno le leggi dello Stato sede del tribunale arbitrale. Pertanto, nell’eventualità in cui una disposizione vincolante delle *arbitration rules* confliggesse con una inderogabile dello Stato sede dell’arbitrato, la seconda prevarrebbe in ogni caso (art.1 *Additional facility rules*).

Infine, ai sensi dell’art. 5 delle *Additional facility rules*, le disposizioni dell’*Administrative and Financial Regulations*, concernenti: i costi del procedimento (art 14-16 del regolamento amministrativo e finanziario), la pubblicazione di informazioni riguardanti il caso (art 22 Regolamento), i servizi riguardo procedimenti individuali, compresi quelli del Segretariato ICSID (art.23-29 Regolamento), il calcolo dei termini per presentare le relative documentazioni (art. 29-30 Regolamento), le lingue ufficiali (art. 34 Regolamento), si riferiscono *mutatis mutandis* anche alle *arbitration rules*.

¹⁵¹ BALTAG, “*ICSID Convention after 50 years*”, Wolters Kluwer, 2017, p.19

CAPITOLO III

IL RICONOSCIMENTO DEL LODO ARBITRALE STRANIERO

La Convenzione di New York del 1958 cenni Storici

L'arbitrato, come abbiamo visto in precedenza, viene concluso mediante un lodo arbitrale finale emesso dagli arbitri. Oltretutto, nel corso della durata del procedimento arbitrale, gli arbitri dispongono della facoltà di rendere lodi parziali o non definitivi, cd: "*interim awards*".¹⁵² Per far valere, e dare esecuzione a tali decisioni, all'interno di uno Stato diverso rispetto a quello nel quale sono state pronunciate, è fondamentale che si realizzi il suo riconoscimento. Pertanto, il riconoscimento del lodo arbitrale, è determinante per poi chiederne l'esecuzione, a meno che, naturalmente, non ci sia un adempimento in forma spontanea compiuto dalla controparte¹⁵³. Per questa ragione, era necessario uno strumento che permettesse di rendere definitivo e vincolante il lodo arbitrale, non solo limitatamente al territorio del Paese in cui è stato reso, ma anche al di fuori di tale territorio, rendendolo a tutti gli effetti "cosa giudicata", alla stregua di una sentenza passata in giudicato, emessa da un organo giurisdizionale interno. Tale strumento

¹⁵² Ad esempio, sentenze parziali riguardo la competenza o sulla responsabilità.

¹⁵³ SPECCHIA, "L'arbitrato internazionale", Giappichelli editore, Torino, 2013, p. 63. Statisticamente la quasi totalità delle sentenze arbitrali viene spontaneamente eseguita dalla parte sconfitta, anche se ovviamente non esistono statistiche ufficiali (né potrebbero esistere). In ogni caso, secondo REED "*Experience of practical problems of enforcements*", ICC congress, 199, p 557, e VAN DEN BERG, "*The New York Convention: Its intended effects, its interpretation, its salient problem areas*", Blessing, 1996, p 25, l'esecuzione spontanea supererebbe il 90% dei casi.

è la Convenzione di New York per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere.¹⁵⁴ Prima di descrivere i caratteri storici della Convenzione e i suoi tratti più salienti, è importante precisare che riconoscimento ed esecutorietà del lodo arbitrale non sono istituti coincidenti.¹⁵⁵ Infatti, il riconoscimento dei lodi arbitrali stranieri è quel meccanismo volto a rendere i lodi parte integrante dell'ordinamento giuridico interno di uno Stato. Da un punto di vista pratico, esso è solitamente richiesto al fine di prevenire eventuali domande contrarie a quanto sancito dal lodo arbitrale (cd: *actio negatoria*). Ad esempio, una parte domanderà il riconoscimento di un lodo arbitrale, per ottenerne l'efficacia di *res judicata*, ed evitare che temi già definiti in un arbitrato estero, vengano nuovamente riproposti di fronte ad un organo giurisdizionale nazionale. Per questo motivo, il riconoscimento non comporta la possibilità di mettere il lodo in esecuzione, ma "prepara il terreno" per il futuro esercizio dei propri diritti. In altre parole, non può richiedersi l'esecuzione di una sentenza arbitrale senza aver preliminarmente domandato il suo riconoscimento. Dal momento che il riconoscimento, sovente, si presenta come un meccanismo difensivo, esso è abitualmente delineato come "scudo"¹⁵⁶. L'esecuzione del lodo arbitrale, è invece una "spada", con cui fuor di

¹⁵⁴ Il testo integrale della Convenzione, tradotto in italiano, può consultarsi sul sito https://www.tedioli.com/Convenzione_New_York_arbitrato.pdf.

¹⁵⁵ Tratta approfonditamente il tema SPACCAQUERCHE, BARBOSA, "The Enforcement of International Investment Arbitral Awards: Is There A Better Way?", in *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, Issue 4, 2009, p. 11.

¹⁵⁶ SANDERS, "Guida dell'ICC alla Convenzione di New York del 1958", INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, 2011, p. 10.

metafora, la parte vittoriosa in arbitrato, tenderà di ottenere ciò che il tribunale arbitrale le ha riconosciuto. Inoltre, la Convenzione di New York permette di richiedere al giudice interno l'esecuzione forzata, qualora la parte soccombente non dovesse ottemperare ai suoi oneri. Ancora una volta, può notarsi come riconoscimento ed esecuzione, possano dislocare gli effetti del lodo arbitrale in Paesi diversi rispetto a quello dove si è concluso il procedimento. Nel momento in cui i giudici nazionali certificano come eseguibile il lodo arbitrale all'interno di tali Stati, la parte vincitrice può avvalersi del procedimento esecutivo ai sensi delle disposizioni interne di quel foro.

La Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, è uno degli accordi maggiormente riusciti e validi della storia dei trattati internazionali.¹⁵⁷ Firmato durante la conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a New York, nel 1958, attualmente (Gennaio 2020), è stata ratificata da 156 Paesi, tra cui l'Italia, che l'ha introdotta nel proprio ordinamento con la legge n.62 del 19 Gennaio 1968. Tale risultato, è da considerarsi eccezionale per l'intera comunità internazionale, in quanto in un mondo sempre più globalizzato dal punto di vista degli investimenti, ma caratterizzato da notevoli differenze ideologiche, politiche, sociali e culturali tra i vari Stati, è facilmente intuibile quanto sia stato complesso, ma allo stesso tempo vantaggioso, raggiungere un'intesa di tale portata.

¹⁵⁷ DI PIETRO, PLATTE, "Enforcement of international arbitration awards": the New York Convention of 1958", Cameron May, 2001, p.11.

Nonostante le sopracitate differenze infatti, la Convenzione è riuscita a realizzare un ponte tra Stati aventi sostanziali differenze nei rispettivi ordinamenti interni. Questo fenomeno impressiona ancora di più se si pensa che ebbe origine più di 60 anni fa, quando la necessità di vivere in un mercato globale era molto meno sentita rispetto ad oggi. L'antecedente storico della Convenzione di New York fu il Protocollo di Ginevra del 1923, redatto dall'ICC¹⁵⁸, che si differenziava con l'attuale versione della Convenzione, per la diversificazione in termini di esecuzione tra un “*arbitration agreement*” e un “*arbitration award*”. Il primo, era riconosciuto e reso esecutivo a livello internazionale, mentre il secondo solamente nel paese in cui veniva reso. Oggettivamente limitato nei suoi effetti, il Protocollo di Ginevra del 1923 venne sostituito dalla Convenzione di Ginevra del 1927.¹⁵⁹ L'obiettivo di questo documento era quello di allargare la portata del Protocollo di Ginevra, rendendo internazionale l'esecuzione dei lodi arbitrali. Tuttavia, uno dei principali problemi della Convenzione di Ginevra del 1927 era rappresentato dal cd: requisito del “*double exequator*”, ovvero, un ulteriore procedimento giudiziario a livello nazionale, che permetteva di riconoscere un lodo arbitrale straniero già passato in giudicato. Grazie alla cd: “proposta olandese”¹⁶⁰, durante i lavori preparatori della Convenzione di New York del 1958, tale “doppio

¹⁵⁸ “*International Chamber of Commerce*”: la più grande organizzazione internazionale di commercio, con sede principale a Parigi e più di 90 comitati nazionali presenti nei Paesi membri.

¹⁵⁹ Il testo completo di tale Convenzione è consultabile sul sito

https://www.bundespublikationen.admin.ch/cshop_mimes_bbl/2C/2C59E545D7371EE3BED4DD7C1CD1A944.pdf

¹⁶⁰ PAULLSON, “*The 1958 New York Convention in Action*”, Wolters Kluwer, 2016, p.5

riconoscimento” non è più necessario, come vedremo meglio nel corso di questo capitolo trattando l’articolo V della suddetta Convenzione.

L'ambito di applicazione della Convenzione di New York

L'articolo I, inquadra l'ambito di applicazione territoriale della Convenzione di New York in relazione ai lodi arbitrali con le seguenti conclusioni:

*“La presente Convenzione si applica al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze arbitrali che sono rese sul territorio di uno Stato diverso da quello dove sono domandati il riconoscimento e l'esecuzione, e che concernono controversie tra persone fisiche e giuridiche... Essa si applica altresì alle sentenze arbitrali non considerate nazionali nello Stato in cui il riconoscimento e l'esecuzione sono domandati”.*¹⁶¹

Di conseguenza, essa si applica solo nei confronti di riconoscimento ed esecuzione di lodi arbitrali stranieri e di quelli non nazionali. Invece, non viene utilizzata per il riconoscimento e l'esecuzione di lodi arbitrali interni (o nazionali). Anticipiamo inoltre, quanto tratteremo in seguito con la disamina dell'art. II della Convenzione, cioè che pur non essendoci una disposizione specifica in riferimento alle Convenzioni di arbitrato, è attendibile l'opinione della maggior parte della dottrina, la quale ritiene che la Convenzione possa adottarsi solo nei confronti di Convenzioni arbitrali “straniere”, o comunque riconducibili allo schema dell'arbitrato internazionale.

¹⁶¹ L'articolo 1 della convenzione può essere consultato nella sua interezza sul sito <https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19580084/200406080000/0.277.12.pdf>

Le sentenze arbitrali rese nel territorio di uno Stato diverso da quello dove sono richiesti il riconoscimento e l'esecuzione

Ogni lodo arbitrale reso in uno Stato differente rispetto a quello dove vengono successivamente richiesti il riconoscimento ed esecuzione, ricade nell'ambito di applicazione della Convenzione, essendo denominate sentenze arbitrali "straniere". Pertanto, al fine di stabilire se un lodo sia straniero o meno, sono assolutamente irrilevanti criteri quali la nazionalità, il domicilio, o la residenza delle parti. Nondimeno, tali fattori risulteranno di vitale importanza per determinare se una Convenzione di arbitrato ricada nel campo di applicazione della Convenzione di New York ai sensi dell'articolo II. Inoltre, dobbiamo precisare che non è necessario che il Paese ove la sentenza arbitrale è stata emessa sia membro della Convenzione di New York, eccetto il caso in cui abbia fatto riserva di reciprocità.¹⁶²

¹⁶² Argomento che tratteremo più avanti nel corso di questo capitolo.

Le sentenze arbitrali non nazionali

La Convenzione può mettersi in pratica anche riguardo ad una seconda categoria di lodi arbitrali: quelli non nazionali.

Il testo di New York non impone ai propri membri una qualificazione univoca per tali lodi, pertanto, ogni Stato è libero nell'indicare i criteri base necessari per considerare un lodo non nazionale al momento della richiesta di riconoscimento ed esecuzione nel proprio territorio¹⁶³. La ratio di questo orientamento è quella di allargare il più possibile l'ambito di applicazione della Convenzione, senza avere un'eccessiva ingerenza nei confronti dei suoi membri.

In genere, gli Stati reputano non nazionali, tutti o alcuni dei seguenti lodi arbitrali:

- I lodi resi in relazione ad una legge arbitrale di un altro Stato.
- I lodi contrassegnati da un elemento di estraneità.
- I lodi a-nazionali.

Nel primo caso, la sede arbitrale è nel Paese dove vengono richiesti riconoscimento ed esecuzione; tuttavia, l'arbitrato è regolato da leggi straniere, ossia di uno Stato diverso rispetto allo Stato sede. Tale circostanza è molto rara, in quanto presuppone che l'ordinamento interno dello Stato ove si richiede riconoscimento o esecuzione, consenta alle parti di assoggettare il procedimento arbitrale ad una *lex arbitri* dissimile a quella della sede dell'arbitrato.

¹⁶³ In rarissimi casi, sono le parti stesse ad indicare se la decisione resa nei loro confronti sia o meno non nazionale. Più frequentemente, invece, gli Stati membri hanno specificato cosa intendessero per "lodo non nazionale" nella legislazione di attuazione della Convenzione di New York.

La seconda tipologia di lodo riguarda i casi in cui il lodo è reso nello stesso Stato in cui si chiede il riconoscimento o l'esecuzione, ma la controversia è contrassegnata da un fattore di "estraneità", come la nazionalità, il domicilio delle parti o il luogo dove si stipulò il contratto di investimento sul quale si è poi originata una controversia. Tali aspetti, sono elencati da ogni Stato solitamente nella normativa di attuazione della Convenzione di New York¹⁶⁴, eccezionalmente invece, sono le stesse parti ad specificarli all'interno del loro contratto di investimento.

La terza ed ultima tipologia di sentenza fa riferimento a lodi resi in arbitrati svincolati da qualsivoglia disposizione nazionale in tema di arbitrato, ad esempio in quanto le parti hanno espressamente rifiutato di applicare qualsiasi legge arbitrale interna, oppure hanno contemplato l'attuazione di regole internazionali, come i principi generali in materia di arbitrato. Sebbene l'applicabilità della Convenzione di New York a queste sentenze arbitrali "a-nazionali" sia controversa, l'opinione prevalente in dottrina è di ritenere che anche nei confronti

¹⁶⁴ Può citarsi come esempio il *Federal Arbitration Act* negli Stati Uniti (titolo 9, capitolo 2), che in riferimento alla sentenza arbitrale "non nazionale" dispone quanto segue (Traduzione in italiano):
"Una convenzione di arbitrato o un lodo arbitrale derivanti da un rapporto giuridico contrattuale o non contrattuale che sia considerato commerciale, ivi compresi una transazione, un contratto o un accordo di cui alla sezione 2 di questo titolo, ricadono nell'ambito di applicazione della Convenzione. Una convenzione di arbitrato o un lodo derivante da un tale rapporto giuridico che sia interamente tra cittadini degli Stati Uniti non rientra nell'ambito di applicazione della Convenzione, a meno che tale rapporto non riguardi immobili situati all'estero, preveda l'esecuzione all'estero, o abbia altro ragionevole rapporto con uno o più stati stranieri. Ai fini della presente sezione, una società è considerata avente cittadinanza statunitense se è stata costituita o ha la sua sede principale negli Stati Uniti".

di tali lodi possa applicarsi la Convenzione di New York¹⁶⁵. In ogni caso, le probabilità che si verifichi una tale eventualità nella pratica sono decisamente rare.

¹⁶⁵ *BRIGUGLIO*, "L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali", Cedam Padova, 1999, p.276 *ess.* Sul tema anche *BERNINI*, "il riconoscimento all'estero del lodo arbitrale irrituale", *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1991, p.357.

Le riserve: a) La riserva di reciprocità

In via generale, la Convenzione di New York è applicabile a qualsiasi convenzione di arbitrato straniera o internazionale, nonché ad ogni lodo arbitrale straniero o non nazionale. Tuttavia, è data la possibilità per gli Stati membri di apporre due tipologie di riserve nell'utilizzazione della Convenzione.

La facoltà di accettazione della Convenzione con riserva è sancita dall'art.I(3) della Convenzione ¹⁶⁶. Il primo tipo di riserva apponibile è la “riserva di reciprocità”, che prevede la possibilità per uno Stato contraente, di affermare che adotterà la Convenzione solamente per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi resi sul territorio di un altro Paese contraente. Ad oggi, quasi due terzi degli Stati membri hanno apposto tale riserva. In altre parole, l'organo giurisdizionale di uno Stato contraente che si è servito della riserva di reciprocità, applicherà la Convenzione, solamente qualora il lodo sia stato emanato sul territorio di un altro Stato membro.

¹⁶⁶ “Al momento della firma o della ratificazione della presente Convenzione, dell'adesione alla stessa o della notificazione d'estensione, di cui all'articolo X, ogni Stato potrà dichiarare, fondandosi sulla reciprocità, che applicherà la Convenzione unicamente al riconoscimento e all'esecuzione delle sentenze emesse sul territorio d'un altro Stato contraente. Esso avrà parimenti la facoltà di dichiarare che applicherà la Convenzione soltanto alle controversie derivanti da rapporti giuridici, contrattuali o non contrattuali, considerati commerciali dalla sua legge nazionale”.

B) La natura commerciale

Uno Stato contraente ha la facoltà di avvalersi di un altro tipo di riserva, la cd: “riserva di natura commerciale”. In sostanza, un membro può limitare l’applicazione della Convenzione alle sole controversie derivanti da rapporti giuridici, contrattuali o non contrattuali, giudicati commerciali in relazione al proprio ordinamento interno. Quasi un terzo degli Stati facenti parte della Convenzione hanno apposto questa riserva. Il fatto che la Convenzione conceda questo tipo di riserva allo Stato contraente, in base a rapporti giuridici “considerati commerciali dalla propria legge nazionale”, di fatto, comporta una deroga al principio d’interpretazione autonoma, insito nella Convenzione. Tuttavia, in via di prassi, i giudici nazionali tengono in considerazione anche eventuali circostanze particolari del caso specifico, nonché gli orientamenti maggioritari a livello internazionale.

Infine, è utile segnalare che sebbene la Convenzione si riferisca alle riserve solo in relazione al riconoscimento e all’esecuzione dei lodi arbitrali, la dottrina maggioritaria ritiene che esse possano riferirsi anche al riconoscimento delle Convenzioni di arbitrato.

Cosa si intende per “Arbitral award”¹⁶⁷

Nel corso degli anni non è mai stata adottata una definizione universale del termine “lodo arbitrale”. Infatti, pur essendo la Convenzione di New York specificamente diretta al riconoscimento e all’esecuzione di lodi arbitrali stranieri, essa non specifica il significato di tale dicitura. L’unica prescrizione normativa presente nel suo testo è data dall’art. 1(2), dove è statuito che: *“Per «sentenze arbitrali» non s’intendono soltanto quelle emesse da arbitri designati in determinati casi, bensì anche quelle emesse da organi d’arbitrato permanenti, cui le parti si siano sottoposte”*.

Invero, chiarire la portata di tale termine è essenziale per qualificare l’intero ambito di applicazione della Convenzione di New York in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni dei tribunali arbitrali.

Un lodo, è una decisione che pone fine in tutto o in parte al procedimento arbitrale, o che definisce una questione preliminare, la risoluzione della quale è necessaria per pervenire alla decisione finale. Il lodo arbitrale, pertanto, stabilisce definitivamente i quesiti di cui si occupa. Di conseguenza, qualora il tribunale arbitrale volesse in un secondo momento modificare la propria decisione, adottando soluzioni diverse, non potrebbe farlo, perché il lodo arbitrale preclude ogni tipo di riapertura o riesame delle questioni di cui tratta. A livello pratico, si considerano lodi arbitrali le seguenti decisioni prese da un tribunale arbitrale:

¹⁶⁷ “Lodo arbitrale”

- 1) Le sentenze definitive, ovverosia i lodi che concludono in via definitiva il procedimento arbitrale.¹⁶⁸
- 2) Le sentenze parziali, vale a dire i lodi che determinano in modo vincolante solo parte delle istanze, riservando la trattazione delle questioni rimanenti ad una fase successiva del procedimento arbitrale.¹⁶⁹
- 3) Le sentenze preliminari, anche definite sentenze interlocutorie o interinali, ossia i lodi che dirimono una questione preliminare necessaria al fine di prendere la decisione finale sulla controversia arbitrale.¹⁷⁰
- 4) Le sentenze sui costi, ossia i lodi che definiscono l'importo totale e la distribuzione dei costi del procedimento arbitrale.

Contrariamente, non sono da considerarsi “lodo arbitrale”, le mere ordinanze procedurali¹⁷¹ e i provvedimenti cautelari¹⁷².

Dobbiamo constatare infine, che il *nomen iuris* stabilito dagli arbitri per definire un loro provvedimento non è vincolante ai fini della constatazione che si tratti o

¹⁶⁸ Questa tipologia di lodo si riferisce non solo a quelle decisioni che definiscono ogni questione nel merito, ma anche alle determinazioni finali circa la propria competenza giurisdizionale prese dal tribunale arbitrale.

¹⁶⁹ Ad esempio, può definirsi parziale una pronuncia su costi aggiuntivi in un arbitrato in materia di costruzioni, destinando ad un momento successivo del procedimento arbitrale, questioni riguardanti il risarcimento del danno da ritardo o per difetto di costruzione.

¹⁷⁰ Può prendersi come esempio di questa tipologia di sentenze, una pronuncia circa la prescrizione della domanda, sul diritto applicabile al merito, o sulla responsabilità.

¹⁷¹ Decisioni che mirano solamente a definire l'organizzazione del procedimento arbitrale

¹⁷² Tali decisioni infatti, vengono emanate a fini cautelari per la sola durata del procedimento arbitrale e inoltre, possono essere oggetto di modifiche in base al mutamento dei motivi che le avevano rese necessarie.

meno di “lodo arbitrale”. Infatti, l’organo giurisdizionale chiamato a decidere sul riconoscimento, per appurare la correttezza della qualificazione giuridica, dovrà vagliare l’oggetto della decisione e se essa definisca in modo definitivo una questione. Tale metodo è definito “interpretazione autonoma”¹⁷³ ed è lo strumento più usato e più opportuno per dirimere tale questione interpretativa. Tale criterio, tuttavia non è l’unico adottabile, esiste infatti, un secondo sistema di interpretazione utilizzabile dai giudici nazionali, basato su “norme di conflitto”. In sostanza, il giudice del riconoscimento, dovrebbe scegliere quale legge applicare al fine di considerare o meno il provvedimento arbitrale come “lodo”, scegliendo tra la *lex fori*, ossia la legge interna dello Stato in cui viene richiesto il riconoscimento, o la *lex arbitri*, ossia la legge utilizzata per risolvere la controversia arbitrale¹⁷⁴. Tale scelta “in conflitto” tra i due diversi ordinamenti genera il nome di questo criterio interpretativo.

¹⁷³ ZARRA, “L’esecuzione dei lodi arbitrali annullati presso lo stato della sede e la Convenzione di New York: verso un’uniformità di vedute?”, Giuffrè editore, Milano, 2015, p 574.

¹⁷⁴ Quest’ultima, è la legge della sede arbitrale, o più raramente, la legge scelta dalle parti per determinare il riconoscimento del lodo arbitrale. Non bisogna confondersi con la legge scelta dalle parti per regolare il contratto di investimento, o per disciplinare il merito della controversia (che abbiamo visto nel precedente capitolo)

Tipologie di Convenzioni arbitrali per cui può applicarsi la Convenzione di New York

L'articolo II definisce i requisiti formali ed essenziali per una valida convenzione di arbitrato, chiarendo al terzo comma che, qualora essa sia considerata legittima, obbligherà i tribunali degli Stati contraenti, cui sia sottoposta una controversia su una questione per la quale le parti hanno stipulato la convenzione, a rinviarla, su domanda di una di esse, ad arbitrato¹⁷⁵, a meno che non riscontrino che la suddetta convenzione sia transitoria, inoperante o non sia suscettibile di essere applicata.¹⁷⁶

In sostanza, tale disposizione implica l'incompetenza del tribunale interno ad assumere qualsivoglia causa derivante dalla convenzione arbitrale. Infatti, le corti nazionali, dispongono della facoltà di procedere all'istruzione della causa solo su richiesta di almeno una delle parti. Ciò significa, che anche se tali organi giurisdizionali, considerassero legittima la convenzione arbitrale, non potrebbero forzare le parti, contro il loro volere, a dirimere la controversia mediante arbitrato. Il comma 1 dell'articolo 2, espone le condizioni che l'accordo arbitrale deve avere per poter poi essere riconosciuto e reso esecutivo. *In primis*, il consenso a sottoporre tutte o solo alcune delle eventuali controversie tra le parti, deve essere espresso in forma scritta, le cui modalità sono specificamente definite nel secondo comma. In secondo luogo, deve sussistere una relazione definita giuridicamente

¹⁷⁵ ...“shall refer the parties to arbitration” art. II(3) Convenzione di New York

¹⁷⁶ Art II(3) Convenzione di New York: “*The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed*”.

tra le parti, di natura contrattuale o non contrattuale, e la controversia deve nascere proprio sulla base di tale relazione. Infine, l'oggetto della controversia deve essere risolvibile mediante procedimento arbitrale.

Per quanto concerne la forma scritta, essa è richiesta dalla Convenzione di New York per due motivi: a) per offrire una prova sufficiente dell'intento bilaterale di sottoporre una futura controversia ad arbitrato; b) perché un accordo di arbitrato stipulato in forma scritta, manifesta in maniera netta l'intento delle parti di non adire a meccanismi ordinari di risoluzione delle controversie.¹⁷⁷ Se la prima motivazione appare ragionevole, in quanto, l'importanza della forma scritta nella convenzione di arbitrato è menzionata in diversi ordinamenti nazionali e trattati internazionali,¹⁷⁸ la seconda lo è meno. Infatti, alla luce del recente andamento del commercio internazionale, la tendenza ad utilizzare il meccanismo arbitrale in luogo degli ordinari mezzi di risoluzione delle controversie, risulta ormai la regola, piuttosto che l'eccezione.

Per soddisfare la condizione della forma scritta, la clausola compromissoria inserita in un contratto, o il compromesso arbitrale, devono essere firmati da tutte le parti, o in alternativa la firma deve essere contenuta in uno "scambio di lettere o telegrammi". Tale espressione implica un'offerta scritta che contenga una clausola arbitrale, e un'accettazione (dell'altra parte), anch'essa in forma scritta.

¹⁷⁷ DI PIETRO, PLATTE, "Enforcement of international awards. The New York Convention of 1958", Cameron May, 2001, P.67

¹⁷⁸ Non è tuttavia da escludersi una convenzione di arbitrato conclusasi in forma orale, come previsto ad esempio dal "New Zealand Arbitration Act"

Proprio in relazione a quest'ultima dicitura del terzo comma sono sorti alcuni dubbi. Ci si è chiesto infatti, se ogni documento oggetto di scambio tra le parti dovesse essere firmato dalle parti, e se bisognasse interpretare alla lettera questi vocaboli, escludendo di conseguenza, ogni altro strumento di comunicazione che non fosse incluso nel terzo comma dell'articolo 2. Riguardo il primo quesito, la giurisprudenza internazionale si è espressa, con atteggiamento estensivo, nel senso di non rendere necessaria la firma di ogni singolo documento riguardante la convenzione arbitrale ¹⁷⁹, e questo è anche l'approccio adottato dall'UNCITRAL¹⁸⁰. Ciò che è richiesto è l'assenso manifestato in forma scritta in almeno uno di tali documenti, firmato da entrambe le parti¹⁸¹. Invero, la ratio della forma scritta e della firma di entrambe le parti, è quella di renderle perfettamente consapevoli del fatto che stiano "stipulando" una convenzione arbitrale.

Riguardo il secondo interrogativo, applicando strettamente alla lettera l'art II(3) della Convenzione, si dovrebbe escludere ogni tipo di accordo definito con mezzi di comunicazione elettronici, (come e-mail, firma digitale, firma elettronica). D'altra parte nel 1958, quando fu redatta la Convenzione di New York, questi metodi di corrispondenza non esistevano neanche...

¹⁷⁹ In tal senso, la Corte d'Appello di Basilea in DIETF v. RF AG (5 Luglio 1994), sentenza consultabile in VAN DEN BERG, "Yearbook commercial arbitration xxi", Kluwer law international, 1996, p. 685-689

¹⁸⁰ "UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW". Tale orientamento viene descritto da LEW, LOUKAS, MISTELIS, KROLL, "Comparative International Commercial Arbitration", Kluwer law international, 2003, p. 685

¹⁸¹ BLESSING, "The law applicable to the arbitration clause and arbitrability", ICCA, 1999, p.174

Fortunatamente, è opinione condivisa che la locuzione “forma scritta”, non includa solo cosa si intendeva nel 1958¹⁸². Oggi infatti, tantissimi regolamenti arbitrali¹⁸³ interpretano in maniera estensiva tale espressione, ritenendo idonei anche i moderni mezzi di comunicazione¹⁸⁴.

¹⁸² SANDERS, “*Quo Vadis Arbitration?:Sixty Years of Arbitration Practice*”, Kluwer Law International B.V, p.376

¹⁸³ Ad esempio quello, inglese, svizzero, olandese, tedesco, la Model law dell’UNCITRAL, e tanti altri.

¹⁸⁴ PERRINI, “Validità di clausola compromissoria espressa in forma elettronica e conclusa per via telematica”, in riv. Arb., 2001, p.261

Procedura per il riconoscimento, l'esecuzione e la prova del lodo arbitrale

La Convenzione di New York, come detto in precedenza, ha voluto agevolare il lavoro dei giudici nazionali nel riconoscimento e nell'esecuzione dei lodi arbitrali, limitando i dubbi derivanti dall'applicazione delle leggi interne del foro ed escludendo la possibilità di pronunciarsi nuovamente sul merito della controversia. Il principio cardine è sancito dall'art III(1): *“Ciascuno Stato contraente riconoscerà l'autorità di una sentenza e ne accorderà l'esecuzione, conformemente alle norme di procedura osservate nel territorio, dove la sentenza è invocata”*.

Si ammette pertanto, la competenza della *lex fori*, in termini di regime procedurale applicabile, equiparando il lodo arbitrale straniero ad una sentenza nazionale per quanto concerne riconoscimento ed esecuzione.¹⁸⁵

L'articolo III della Convenzione contiene una disposizione fondamentale per i sistemi di riconoscimento ed esecuzione del lodo arbitrale straniero degli Stati contraenti, ossia che lo Stato del foro non debba imporre condizioni maggiormente rigorose, né oneri procedurali notevolmente più elevati di quelli stabiliti per il riconoscimento o l'esecuzione di lodi arbitrali nazionali.¹⁸⁶ La Convenzione, pertanto, rimette le parti alle leggi nazionali dello stato dove si vuole riconoscere

¹⁸⁵ L'Italia ha messo in pratica tale principio, adeguando il proprio ordinamento interno ai dettami dell'art 3, con la legge di riforma dell'arbitrato del 1994 (art. 839-840 c.p.c), in notevole ritardo rispetto al 1989, data in cui ha recepito la Convenzione di New York nel proprio ordinamento.

¹⁸⁶ ... “There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards”.

e rendere esecutivo il lodo arbitrale straniero. Non ci sono regole promulgate direttamente dalla Convenzione per tale azione delle parti, né tribunali interni o standard procedurali prestabiliti per rendere esecutivo il lodo.¹⁸⁷

La mancanza di un sistema universale di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, è una delle più gravi mancanze della Convenzione, ma alla luce delle divergenti visioni dell'arbitrato internazionale, il raggiungimento di tale traguardo è un obiettivo eccessivamente ambizioso e probabilmente irrealizzabile.¹⁸⁸

In altri termini, gli Stati membri sono liberi di stabilire differenti procedure interne per il riconoscimento e l'esecuzione del lodo arbitrale straniero, con l'unico limite rappresentato dalla regola di evitare "condizioni notevolmente più onerose".¹⁸⁹

Anche l'articolo IV è stato ideato nell'ottica della massima semplificazione procedurale per gli Stati contraenti. Infatti, i documenti che devono essere fatti pervenire dalle parti, sono il lodo originale o una sua copia, entrambi adeguatamente autenticati, e l'originale o la copia autenticati della convenzione di arbitrato. Tali certificazioni devono essere tradotte nella lingua dello Stato dove si richiede riconoscimento ed esecuzione, qualora esso sia diverso dallo Stato sede dell'arbitrato.¹⁹⁰

¹⁸⁷ *QUIGLEY*, "Convention on Foreign Arbitral Awards", Yale law journal, 1972, p.58

¹⁸⁸ *MARTINEZ*, "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention of 1958: The "Refusal" Provisions", American Bar Association, 1990, p. 496.

¹⁸⁹ Si veda la nota 34 (supra).

¹⁹⁰ Art. IV Convenzione di New York: 1. "Per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione menzionati nell'articolo precedente, la parte che li domanda deve fornire, nel tempo stesso della domanda:

Ipotesi di rifiuto del riconoscimento del lodo

L'articolo V della Convenzione di New York espone gli elementi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione del lodo arbitrale. Essi sono suddivisi in due categorie, a seconda che l'onere della prova spetti alla parte contro la quale è invocato il lodo, o all'organo giurisdizionale preposto al riconoscimento e all'esecuzione.

Per quanto concerne la prima categoria, riconoscimento ed esecuzione sono rigettati se la parte sconfitta prova:

- a) L'invalidità della convenzione arbitrale;
- b) La violazione dei propri diritti di difesa;
- c) Che il lodo sia *ultra o extra petita*;
- d) Che ci siano stati vizi relativi alla composizione del tribunale arbitrale o alla procedura
- e) Che il lodo non sia ancora diventato vincolante, o sia stato annullato, o sospeso.

a. l'originale della sentenza, debitamente autenticato, o una copia dell'originale che soddisfi alle condizioni richieste per l'autenticità;

b. l'originale della convenzione, di cui all'articolo II, oppure una copia che soddisfi alle condizioni richieste per l'autenticità.

2. Ove la sentenza o la detta convenzione non sia compilata in una lingua ufficiale del paese in cui la sentenza è invocata, la parte che domanda il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza deve presentare una traduzione di tali documenti in quella lingua. La traduzione deve essere certificata da un traduttore ufficiale o giurato, oppure da un agente diplomatico o consolare”.

Quanto alla seconda, il tribunale interno prescelto per il riconoscimento e l'esecuzione, puoi rifiutarli in due casi:

- a) La controversia non era arbitrabile;
- b) Il suo riconoscimento sarebbe contrario all'ordine pubblico.

Tutti queste ragioni sono tassativamente indicate, e comportano il rifiuto del riconoscimento e successivamente dell'esecuzione del lodo, benché la traduzione ufficiale italiana della convenzione utilizzi la terminologia "possono essere rifiutati". Di seguito le analizzeremo singolarmente.

V. a) Invalidità della convenzione arbitrale

L'invalidità della convenzione di arbitrato può manifestarsi sotto il profilo della forma, dell'incapacità delle parti e dei vizi del volere, ed è sempre rilevabile d'ufficio.¹⁹¹

La legge che disciplina tale validità è quella scelta dalle parti, o in mancanza, quella dello Stato sede dell'arbitrato.¹⁹² In sostanza, se la parte soccombente non riesce a provare che la convenzione è invalida, l'organo giurisdizionale interno dovrà accettarne la delibazione (l'*exequatur*)¹⁹³.

In riferimento alla forma, come abbiamo riportato in precedenza nel corso di questa trattazione, è necessario che la convenzione arbitrale sia redatta in forma scritta, la mancanza di questo requisito può arrestare sia *ab origine* il procedimento arbitrale, sia in sede di *enforcement* del lodo. Il rigore richiesto dai vari ordinamenti degli Stati contraenti riguardo l'obbligo di forma scritta è variabile, e va interpretato caso per caso. Negli ultimi tempi l'orientamento dottrinale maggioritario si è espresso in termini di maggiore apertura verso forme di consenso "implicite" (non scritte), dettate anche dai moderni strumenti di comunicazione, purché ci sia la certezza della volontà delle parti di dirimere la controversia

¹⁹¹ GRAFFI, "L'art.2 della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere opera anche in sede di delibazione?", Riv. Trim. dir. Proc. civ., 2002, p.835.

¹⁹² GAYA, "La deroga alla giurisdizione", Giuffrè editore, Milano, 1971, pp. 225 e 280.

¹⁹³ LOPEZ DE GONZALO, "Note sul riconoscimento e sull'esecuzione dei lodi arbitrali inglesi in Italia secondo la Convenzione di New York del 1958", Giappichelli editore, Torino, 1983, p.780.

mediante procedimento arbitrale, e che pertanto non si proceda per “presunzioni”.¹⁹⁴

L’incapacità, può riferirsi a una o più parti della procedura arbitrale. Essa viene intesa come incapacità naturale (di intendere e di volere), o incapacità di agire. In questo caso l’ordinamento di riferimento sarà quello dello Stato in cui viene chiesto il riconoscimento, o la legge scelta dalle parti.

Il terzo profilo è quello dei vizi del consenso, cui non viene data un’accezione generale all’interno della Convenzione di New York, infatti, ogni ordinamento la interpreta a suo modo, variandone la valutazione giuridica. In ogni caso, numerosissimi casi giurisprudenziali, propendono verso il non accoglimento dell’“errore” o della “sorpresa” nella manifestazione del consenso.¹⁹⁵

C’è un quarto ed ultimo profilo da esporre, ossia l’inoperatività della convenzione arbitrale, che può aversi o *ab origine* quando la clausola sia “*null and void*” (“nullità” della clausola), o sia diventata “*inoperative or incapable of being performed*”. Si ha nullità della clausola quando viene meno la cd: “eccezione di arbitrato”¹⁹⁶, che prevede l’incompetenza del giudice ordinario interno, in luogo dell’arbitro. In altre parole, come abbiamo avuto modo di vedere analizzando il

¹⁹⁴ KAPLAN, “is the need for writing as expressed in the New York Convention and the model law out of step with commercial practice?”, *Asia Pacific law review journal*, 2016, p. 27

¹⁹⁵ Può citarsi il caso *Tennessee Imports v. Filippi e Grand Prix Italia*, deciso dalla *District court of Tennessee* il 14 agosto 1990, consultabile sul sito <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/745/1314/1612393/> dove l’importatore- distributore Americano di un produttore Italiano, affermava di essere stato “*unfairly surprised*” di trovare nel contratto una clausola compromissoria, eccezione rigettata dai giudici.

¹⁹⁶ BORTOLOTTI, “Manuale di diritto commerciale internazionale, il diritto dei contratti internazionali”, Cedam, Padova, 2010, p. 497

terzo comma dell'art. III della Convenzione di New York, qualora una parte chieda di adire un giudice nazionale, per una controversia su cui è stata stipulata una convenzione arbitrale, il giudice interno è obbligato a rinviare tale controversia all'organo arbitrale prestabilito nella suddetta convenzione.

La disputa arbitrale è invece considerata "*inoperative or incapable of being performed*" ("intollerabilità" della clausola), quando una parte si trovi in stato di indigenza patrimoniale, tale da renderle assolutamente inaffrontabile il procedimento arbitrale. In tal caso, la convenzione arbitrale risulterebbe inesequibile, pertanto viene meno l'"eccezione di arbitrato" e il giudice nazionale riacquista competenza in materia.

V. b) La lesione dei diritti di difesa

Nella lettera b) dell'articolo V sono contenute tre cause di opposizione all'esecuzione: la mancata comunicazione del nominativo dell'arbitro, la mancata informazione del procedimento arbitrale, l'impossibilità di difendersi in arbitrato. Tutte e tre le condizioni sono corollari del principio del "giusto processo" (o "due process"), ormai di matrice universale.

I primi due motivi potrebbero apparire un'endiadi, in quanto teoricamente nell'informativa del procedimento arbitrale è segnalato anche il nominativo dell'arbitro e viceversa, in realtà tale elaborazione è una mera prassi, e bisogna sempre accertare l'effettiva conoscenza delle parti di entrambi gli aspetti.

Per quanto concerne invece, l'impossibilità di esercitare le proprie difese durante il procedimento, bisogna segnalare che i precedenti in materia hanno dimostrato un'interpretazione notevolmente rigida sul punto, onde evitare un utilizzo squisitamente strumentale di tale eccezione. Infatti, per osservare tale condizione basta fissare dei termini a difesa (anche brevissimi),¹⁹⁷ ovviamente ponderando la scelta in relazione alla natura dell'affare e delle circostanze concrete¹⁹⁸, e rispettare le formalità e le prove. Riguardo questi ultimi oneri, a titolo esemplificativo, riportiamo alcune decisioni giurisprudenziali, avendo l'intento di dimostrare come si lasci pochissimo spazio ad obiezioni puramente pretestuose, di fatti sono molto

¹⁹⁷ Ad esempio per nominare il proprio arbitro sono stati considerati sufficienti 7 giorni nella sentenza *Carters v. Ferraro* del 20 Febbraio 1975, Corte d'appello di Napoli (normalmente se ne danno 14), mentre i termini per preparare le proprie difese sono solitamente di almeno un mese.

¹⁹⁸ Si pensi in via esemplificativa ad un termine che cada in un periodo festivo, o se sussistono eccezionali difficoltà.

rari i casi di esercizio vittorioso dell'eccezione¹⁹⁹. In Messico²⁰⁰ non è stato ritenuto sufficiente, (per arrestare l'esecuzione di un lodo arbitrale straniero), l'eccezione fondata sulle irregolarità formali nelle comunicazioni al convenuto, ai sensi del codice di procedura civile Messicano; è stato considerato motivo inadeguato anche il rifiuto di consulenza tecnica²⁰¹.

In conclusione, l'incapacità di sostenere le proprie ragioni, causata da motivazioni difformi alla mancata conoscenza dell'arbitrato in corso, deve essere concreta. Mere complicazioni, facilmente superabili, non bastano, sono necessarie cause di forza maggiore.

¹⁹⁹ Si ricordano casi di omessa comunicazione al convenuto di documenti che invece l'attore aveva presentato al collegio arbitrale: caso Kersten v. Soc. comm. R. Duval, C. d'appello di Amsterdam, 16 luglio 1992; l'impossibilità di confutare una relazione del CTU: caso Paklito v. Klockner, High Court of Hong Kong, 15 Gennaio 1993

²⁰⁰ Caso Press Office v. Centro editorial hoy, Trib. Sup. de justicia, 24 febbraio 1977.

²⁰¹ Caso Arencò BMD v. Pozzi Richard Ginori, Corte d'appello di Milano, 16 Marzo 1984.

V. c) Decisione *ultra o extra petita*

Le ipotesi di diniego dell'esecuzione contenute nella lettera c dell'art. 5 sono le seguenti:

- il lodo arbitrale si riferisce ad una controversia non prevista dalla convenzione arbitrale o che non rientra nel *petitum* della clausola compromissoria;
- il lodo arbitrale viene pronunciato decidendo anche su alcune questioni che eccedono il campo di applicazione della convenzione arbitrale.

Viene ribadito ancora una volta l'assioma secondo il quale il collegio arbitrale, è competente unicamente a pronunciarsi sui temi che le parti hanno pattuito di risolvere mediante arbitrato.

I mezzi utili per individuare cosa le parti abbiano concretamente voluto sottoporre al collegio arbitrale, sono l'accordo di arbitrato e le istanze rimesse agli arbitri. Pertanto, avrà una rilevanza decisiva l'interpretazione letterale della convenzione di arbitrato stipulata dalle parti. In linea di massima, le clausole standard pubblicate dalle organizzazioni permanenti di arbitrato, sono redatte in maniera da conferire al collegio giudicante ampi margini di competenza, che gli permettano di dirimere ogni questione derivante dal contratto stipulato dalle parti, o in relazione ad esso. L'organo giurisdizionale interno, ha il potere di concedere il riconoscimento e l'esecuzione parziale del lodo, qualora esso ecceda solo in parte i limiti di competenza del collegio arbitrale; tale ipotesi può avere luogo a condizione che la parte di lodo ove è competente il tribunale arbitrale possa essere disgiunta dalla restante.

V. d) Vizi relativi alla composizione del tribunale arbitrale o alla procedura

L'evocazione dei vizi annoverati nella lettera d) è decisamente rara, ma non è senza precedenti. Tali vizi concernono la composizione del collegio arbitrale o la procedura da esso adottata. L'art. V d) infatti, recita in questo modo: *“La costituzione del tribunale arbitrale o la procedura d'arbitrato non è stata conforme alla convenzione delle parti oppure, in mancanza d'una convenzione, alla legge del paese dove è avvenuto l'arbitrato”*. Si può notare come la legge dello Stato sede dell'arbitrato (“legge statale”) abbia un ruolo meramente suppletivo, in quanto viene data preminenza alla volontà delle parti. In ogni caso, l'eventuale violazione di leggi imperative dello Stato sede, benché non comporti di per sé la possibilità di impedire il riconoscimento del lodo arbitrale in un altro Paese membro, potrebbe provocare una successiva impugnazione nello Stato in cui il lodo veniva originariamente emesso (lo Stato sede), sulla base della carenza di “obbligatorietà”, richiesta dall'art V. e), che analizzeremo nel paragrafo successivo.

Pertanto, onde evitare questo spiacevole inconveniente, è consigliabile per le parti evitare contrasti con le leggi del luogo ove si svolgerà l'arbitrato, in termini di composizione del collegio arbitrale o di procedure adottabili. Possiamo citare un caso svoltosi di fronte alla Corte d'appello di Basilea (Svizzera), ricordato da *“Aldo Frignani”*²⁰², dove fu rifiutata l'esecuzione del lodo arbitrale straniero a causa della scelta delle parti di decidere la controversia mediante un unico lodo,

²⁰² FRIGNANI, “L'arbitrato commerciale internazionale”, Cedam, 2004, Padova, pp.260-261

invece il collegio arbitrale ne rese uno riguardante il merito, e un secondo sulla quantificazione dei danni.

V. e) Lodo non vincolante, annullato o sospeso

La clausola contenuta all'interno dell'art V lettera e), prevede due condizioni per il rifiuto del riconoscimento ed esecuzione del lodo arbitrale:²⁰³ 1) Il lodo non è ancora divenuto vincolante per le parti; 2) il lodo è stato annullato, o sospeso, da una corte del Paese dove esso è stato emesso.

Pertanto, per richiedere l'esecuzione del lodo arbitrale, esso oltre ad essere vincolante (“*binding*”) per le parti, non deve esser stato annullato (“*set aside*”) o sospeso (“*suspended*”), in relazione alle leggi dello Stato sede. La disposizione in oggetto, ha lo scopo di evitare che un lodo arbitrale diventi esecutivo in uno Stato membro, nonostante esso non sia ancora “obbligatorio”, o qualora sia pendente un ricorso di annullamento o sospensione, dinanzi ad un tribunale del Paese sede del collegio arbitrale che ha emesso il lodo.

Infatti, come si è detto in precedenza, la Convenzione di New York ha avuto il grande merito di superare la regola del “*double exequatur*”, inserita nella Convenzione di Ginevra del 1927, che prevedeva la necessità di un doppio riconoscimento del lodo arbitrale, sia nello Stato in cui veniva emesso, sia nello Stato ove veniva richiesta l'esecuzione. Ciò comporta, *in primis*, che non bisogna più richiedere la dichiarazione di esecutività agli organi giudiziari del Paese in cui il lodo è stato reso. In secondo luogo, che l'onere della prova si inverte, perché mentre con la Convenzione di Ginevra la “definitività” del lodo era a carico della

²⁰³ Art V e) convenzione di New York: ...“*il lodo non è ancora divenuto obbligatorio per le parti, oppure è stato annullato o sospeso da un'autorità competente dello Stato, nel quale, o secondo la legislazione del quale, è stato emesso il lodo*”.

parte che ne chiedeva l'esecuzione, oggi, grava sulla parte soccombente, la quale per evitare l'esecuzione, dovrà dimostrare che il lodo non è ancora considerato "obbligatorio".

Il vero problema del superamento del "*double exequator*", come descritto precedentemente in questo capitolo, è rappresentato dalla mancanza di una definizione universale del concetto di lodo arbitrale "finale" (obbligatorio), in quanto essa varia in base all'ordinamento nazionale preso in considerazione. Pertanto, è utile prendere come riferimento il significato di "*binding*", dato implicitamente dalla Convenzione di New York, ossia che il lodo non può più essere oggetto di alcuna impugnazione²⁰⁴. Di conseguenza, il ricorso ad un organo giurisdizionale di un Paese diverso da quello che lo ha emesso, non pregiudica in alcun modo l'"obbligatorietà" del lodo. Altrimenti, se non fosse così, qualsiasi parte soccombente potrebbe eludere l'esecuzione del lodo, ricorrendo con un'azione post-arbitrale ad un qualunque tribunale interno, mentre ai sensi dell'articolo VI,²⁰⁵ un lodo potrebbe essere considerato non obbligatorio, solo quando è pendente un ricorso dinanzi ad una corte interna dello Stato ove è stato reso il lodo.

²⁰⁴ PAULLSON, "*The Role of Swedish Courts in Transnational Commercial Arbitration*", Virginia journal of international law, 1981, p. 211

²⁰⁵ Art VI Convenzione di New York: "Ove l'annullamento o la sospensione della sentenza siano domandati all'autorità competente, di cui all'articolo V, paragrafo 1 e, l'autorità davanti alla quale è invocata la sentenza, può, se crede opportuno, soprassedere alla decisione circa l'esecuzione della sentenza; a richiesta della parte che domanda l'esecuzione della sentenza, essa può parimente esigere che l'altra fornisca garanzie adeguate.

V. 2 Non arbitrabilità della controversia e contrarietà all'ordine pubblico

Veniamo ora alle due ipotesi in cui l'esecuzione del lodo può essere rigettata su iniziativa del tribunale dove essa viene richiesta. Queste sono: la non arbitrabilità della controversia, e la contrarietà all'ordine pubblico.

Ai sensi dell'art. V.2, l'arbitrabilità della questione dev'essere valutata sulla base della *lex fori*, ossia la legge dello Stato dove viene richiesta l'esecuzione.²⁰⁶ Risulterebbe infatti singolare, che un organo giurisdizionale debba dare esecuzione ad un lodo arbitrale, pronunciato su un tema che nel proprio Stato non sarebbe compatibile col meccanismo arbitrale.

Va specificato che alcuni ordinamenti (come gli Stati Uniti) hanno la tendenza a “scindere” in due parti il concetto di “non-arbitrabilità”, dandone un'accezione domestica ed una internazionale. Senza dilungarci troppo sulla questione, possiamo affermare che quella domestica è maggiormente rigorosa, interpretando alla lettera il limite interno di arbitrabilità sancito dalla Convenzione di New York. La nozione internazionale invece, tende a considerare “arbitrabili” controversie che altrimenti non lo sarebbero per l'ordinamento nazionale. Inoltre, la disputa, può oltrepassare l'ambito di arbitrabilità in quanto “non commerciale”. Tale riserva può manifestarsi in tutti quei Paesi che hanno sia un codice civile che uno commerciale, e che pertanto disciplinano le materie civili, diversamente da quelle commerciali.

²⁰⁶ SARAVALLE, “Arbitrato internazionale e leggi antitrust”, Cedam, Padova, 1986, p. 599

Anche riguardo la contrarietà all'ordine pubblico, la legge di riferimento è quella dello Stato ove viene richiesta l'esecuzione del lodo, non quella del Paese in cui esso è stato reso. In ogni caso deve trattarsi di ordine pubblico internazionale, non interno.²⁰⁷ Cosa debba intendersi per ordine pubblico internazionale, è tuttavia un problema irrisolto. Anche se, la tendenza, è quella di restringere il più possibile le ipotesi che portino alla non esecuzione del lodo. Nel 2000 (poi ampliato nel 2002) il *Committee on International Commercial Arbitration* dell'*ILA*²⁰⁸, ha redatto un dettagliato rapporto sul tema, offrendo dei riferimenti a casi pratici, da intendersi come linee-guida. I principali motivi di contrasto all'ordine pubblico internazionale sono: dolo nella formazione del tribunale; difetto di imparzialità; difetto di motivazione; violazione di norme imperative; violazione di principi fondamentali di diritto; contrarietà al buon costume; contrarietà all'interesse nazionale.

In ogni caso, la questione è ancora oggi materia di dibattito, e non potrebbe essere altrimenti, in quanto la contrarietà all'ordine pubblico, è una delle cause maggiormente invocate per contrastare l'esecuzione di un lodo arbitrale straniero o internazionale. Inoltre, nella quasi totalità dei casi, non può essere "evitata" dal collegio arbitrale, in quanto non è sempre certo il luogo dove la parte vittoriosa chiederà in un momento successivo l'esecuzione del lodo²⁰⁹.

²⁰⁷ GAILLARD, SAVAGE, "International commercial arbitration", Kluwer law international, 1999, p.996

²⁰⁸ "International law arbitration"

²⁰⁹ LAHM,HELLBECK, "State Court Intervention in International Arbitration: The United States perspective", ICSID review volume 26, 2011, p. 94

CAPITOLO IV

L'ESECUZIONE DEL LODO ARBITRALE E L'IMPATTO SU DI ESSO DELLA SENTENZA ACHMEA

L'esecuzione dei lodi arbitrari: gli articoli 53, 54 della Convenzione di Washington

In tema di esecuzione dei lodi arbitrari, occorre analizzare gli articoli 53 e 54 della Convenzione di Washington, inseriti nel capitolo IV, sezione 6, denominata per l'appunto: "*Recognition and enforcement of the award*". Tali articoli, seppur strettamente legati fra loro, impongono due tipi di obblighi differenti. L'articolo 53²¹⁰, obbliga le parti della controversia (compreso lo Stato parte), a rispettare ed attenersi alle disposizioni del lodo arbitrale finale. Pertanto, tale onere grava sia sull'investitore che verso lo Stato ospite, in modo eguale. Al contrario, l'articolo 54²¹¹ è una disposizione generale, che si applica ad ogni Stato membro della

²¹⁰ Articolo 53 Convenzione di Washington (traduzione in Italiano): "1) La sentenza è vincolante per le Parti e non può essere oggetto di ricorso o reclamo salvo quelli previsti nella presente Convenzione. Ciascuna Parte deve dare effetto alla sentenza nei termini stabiliti a meno che l'esecuzione non sia stata sospesa in virtù di disposizioni della presente Convenzione.

2) Giusta la presente Sezione, una «sentenza» include ogni decisione concernente l'interpretazione, la revisione o l'annullamento della sentenza pronunciata secondo gli articoli 50, 51 o 52."

²¹¹ Articolo 54 Convenzione di Washington (traduzione in Italiano):" 1) Ciascuno Stato contraente riconosce vincolanti le sentenze pronunciate secondo la presente Convenzione e assicura, sul proprio territorio, l'esecuzione degli obblighi pecuniari imposti nella sentenza come se si trattasse d'un giudizio definitivo d'un tribunale dello Stato in questione. Uno Stato contraente che abbia una Costituzione federale può affidare l'esecuzione della sentenza ai Tribunali federali e prevedere che quest'ultimi la considerino come una sentenza definitiva dei Tribunali d'uno degli Stati confederati.

2) Per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione d'una sentenza sul territorio d'uno Stato contraente, la Parte interessata deve presentarne copia, certificata conforme dal Segretario generale, al Tribunale competente o ad altra autorità che lo Stato contraente in questione ha designato in proposito. Ciascuno

Convenzione ICSID, non solo alle parti della controversia. Esso obbliga tutti gli Stati contraenti, a riconoscere e rendere esecutivi i lodi arbitrali emessi in conformità della suddetta Convenzione.

Ai sensi dell'art. 53, il lodo arbitrale finale, diviene automaticamente vincolante per le parti, senza la necessità di alcuna operazione suppletiva. Esso non può essere oggetto di ricorso o reclamo, se non utilizzando gli strumenti che la stessa Convenzione offre alle parti. Il lodo arbitrale dunque, emana i suoi effetti dal momento in cui viene accettata la sua esecuzione (o comunque entro i termini stabiliti dalle parti), a meno che non ci sia stata una sospensiva, sempre in relazione alle disposizioni della Convenzione di Washington. L'articolo 54 invece, può essere invocato quando la parte soccombente in arbitrato, violi l'articolo 53, rifiutandosi di ottemperare al *dictat* del lodo arbitrale. Il comma 1 infatti, richiede ad ogni Stato membro di "aprire" i suoi organi giudiziari interni all'esecuzione di un lodo arbitrale finale, su richiesta della parte vittoriosa, nell'eventualità in cui la parte soccombente non offra spontaneamente di eseguire il lodo in suo favore. Dobbiamo sottolineare che, solo gli Stati firmatari della Convenzione ICSID, (Stati contraenti), sono assoggettati a tale onere. Al contrario, non lo sono gli investitori, né potrebbero esserlo, in quanto essi non sono membri della Convenzione, ma unicamente "beneficiari". Spiegava esaurientemente tale punto il Prof. *Schreuer*,

Stato contraente comunica al Segretario generale il Tribunale competente o l'autorità che esso ha designato per tale scopo e lo aggiorna su eventuali mutazioni.

3) Negli Stati sul cui territorio si cerca di procedere, l'esecuzione è disciplinata dalla legislazione, ivi in vigore, concernente l'esecuzione delle sentenze."

sostenendo che l'articolo 54 fa riferimento alla legge dello Stato ove vengono richiesti il riconoscimento e l'esecuzione, e che ogni eventuale difficoltà derivante da questa legge, non affligge in alcun modo l'obbligo delle parti di attenersi alla decisione del lodo arbitrale, il quale è “*self executed*”²¹² Pertanto, la parte che si oppone all'esecuzione del lodo dinanzi ad un tribunale (anche federale), è in violazione dell'articolo 53, non del 54.²¹³

È importante comprendere al meglio questo aspetto, anche per interpretare nella maniera corretta gli articoli 27(1) e 64 della Convenzione, che offrono due strumenti alternativi di esecuzione del lodo.

Ai sensi dell'articolo 27(1)²¹⁴, lo Stato nazionale dell'investitore può agire in sua difesa con la protezione diplomatica, o utilizzando altri tipi di strumenti internazionali, qualora egli abbia subito il rifiuto da parte di un altro Stato contraente, di dare esecuzione al lodo arbitrale. Da questo comma derivano due aspetti importanti.

In primis, esso riprende quasi alla lettera l'articolo 53 della Convenzione, statuendo nuovamente l'obbligatorietà del lodo arbitrale. In secondo luogo, si capisce come si possa ricorrere all'articolo 27 e ai mezzi che esso offre, solo in via sussidiaria, qualora la parte soccombente abbia violato l'articolo 53. Infatti, in questo caso la parte vittoriosa avrà una duplice scelta: potrà chiedere al proprio

²¹² “Immediatamente vincolante”

²¹³ SCHREURER, “The ICSID Convention: a commentary”, Cambridge university press, 2011, p.1087

²¹⁴ Articolo 27(1) Convenzione di Washington: “1) Nessuno Stato contraente può accordare protezione diplomatica o sollevare rivendicazioni internazionali riguardo a una controversia che uno dei suoi cittadini e un altro Stato contraente hanno, di comune intesa, deciso di sottoporre o già sottoposto alla procedura d'arbitrato giusta la presente Convenzione, salvo che, l'altro Contraente, non si conformi alla sentenza resa per comporre la controversia.”

Stato di agire contro la controparte statale che non ha spontaneamente accettato gli effetti del lodo; o potrà richiedere l'esecuzione del lodo in un altro Stato membro, ai sensi dell'articolo 54.

In aggiunta, secondo l'articolo 64²¹⁵, eventuali dispute circa l'interpretazione o la sospensione della Convenzione di Washington, che non si riescano a dirimere pacificamente, possono essere sottoposte alla giurisdizione della Corte internazionale di giustizia²¹⁶ su domanda di qualsiasi parte (purché le controversie si instaurino fra Stati che abbiano accettato la giurisdizione della CIG).

In conclusione, può notarsi dal linguaggio di cui si avvalgono gli articoli 27 e 64 della Convenzione, che il ricorso agli strumenti sussidiari previsti al loro interno, non si giustifica sulla base di una violazione nel procedimento di riconoscimento o esecuzione del lodo, previsto dall'art. 54, ma da una violazione dell'art. 53, in quanto la parte soccombente non si è attenuta all'obbligatorietà del lodo arbitrale finale²¹⁷.

La storia negoziale della Convenzione, conferma la natura autonoma dell'obbligo di conformarsi ai dettami dell'articolo 53 rispetto all'articolo 54. Essa chiarisce, una volta di più, che il primo esige un obbligo immediato di attenersi alle

²¹⁵ Articolo 64 Convenzione di New York: "Le controversie nell'interpretazione o l'applicazione della presente Convenzione che non fossero composte pacificamente vanno sottoposte alla Corte internazionale di giustizia su domanda d'una qualsiasi Parte alla controversia, a meno che gli Stati interessati non convengano un'altra composizione."

²¹⁶ La Corte internazionale di giustizia (CIG), anche conosciuta come Tribunale Internazionale dell'Aja, fondata nel 1945, con sede all'Aja (Olanda) ha tra le sue principali funzioni quelle di dirimere le controversie fra i suoi Stati contraenti e di offrire pareri consultivi su questioni legali promosse dall'assemblea generale ONU, dal Consiglio di sicurezza ONU, e dalle istituzioni specializzate delle Nazioni unite.

²¹⁷ BROCHES, "The Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of others states", 1972, Columbia Journal of Transnational Law p. 331

condizioni del lodo arbitrale, senza alcun riguardo verso un eventuale meccanismo di *enforcement* avviato nel territorio di uno Stato membro. Inoltre, essa mette in mostra i motivi di redazione del secondo, a supporto dell'articolo 53.

I redattori della Convenzione, a suo tempo, non immaginavano l'ipotesi che la parte soccombente, qualora fosse lo Stato ospite, non adempisse spontaneamente ai suoi oneri. Si assumeva che essa, in relazione alla natura solenne e vincolante della Convenzione, rispettasse automaticamente il lodo finale, in quanto espressione dell'assioma "*Pacta sunt servanda*", soprattutto alla luce dell'esposizione notevolmente negativa a livello internazionale, che avrebbe generato un tale rifiuto ingiustificato. Può citarsi il commento del *Chairman, Broches* in un meeting regionale consultativo, tenutosi a Santiago (Cile)²¹⁸. Egli sostenne che, considerando il fatto che ogni Stato membro contro il quale è reso un lodo, avrebbe sottoscritto l'impegno di attenersi ai suoi dettami in maniera vincolante, sarebbe un'ipotesi "accademica", pensare ad un suo eventuale rifiuto. Tuttavia, questa visione non considerava l'eventualità più che probabile, che la parte vittoriosa in arbitrato fosse lo stato ospite, e che pertanto, fosse l'investitore straniero a dover ottemperare agli oneri imposti dal lodo arbitrale. Mancava infatti, una disposizione che tutelasse gli Stati ospiti, in relazione agli investitori soccombenti che ripudiavano l'esecuzione spontanea del lodo. Pertanto, proprio al fine di attuare obblighi simmetrici per le parti, fu redatto l'articolo 54. Il disposto

²¹⁸ ICSID, "Documents concerning the origin and the formulation of the Convention", volume II, pag 304, consultabile sul sito

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>

di tale articolo, permetteva allo Stato ospite vincitore, di chiedere l'esecuzione di un lodo arbitrale a lui favorevole in qualsiasi altro Stato membro.

Alla luce di ciò, anche in relazione alle origini storiche della Convenzione di Washington, può affermarsi con certezza che i due articoli in questione assolvono due funzioni differenti. L'art. 53 afferma l'assoluta forza vincolante del lodo arbitrale a livello internazionale. Il 54 invece, conferma il valore di "*res iudicata*" assunto dal lodo arbitrale finale in ogni altro Stato contraente.²¹⁹ Le disposizioni in oggetto, impongono obblighi separati e distinti, e soprattutto, l'articolo 54 non indebolisce in alcun modo il valore vincolante di quanto stabilito nell'articolo 53. In ogni caso, ad oggi, l'esecuzione spontanea della quasi totalità dei lodi arbitrari emessi da un tribunale ICSID (sia da parte degli Stati che degli investitori), rende quasi superflua la disposizione contenuta all'interno dell'articolo 54, che comunque non potrebbe mai venire meno, onde evitare un rapporto di forze impari tra stati ospiti e investitori privati.

²¹⁹ ALEXANDROV, "*Enforcement of ICSID awards: articles 53 and 54 of the ICSID Convention*", Oxford University press, 2009, p.329

Le scelte strategiche negoziali per ottenere la liquidazione del lodo arbitrale

Ottenere un lodo favorevole, è talvolta la parte più semplice del meccanismo arbitrale di risoluzione delle controversie. Infatti, la parte vittoriosa, deve spesso esercitare ulteriori azioni per ottenere il suo credito, riscuotendo il pagamento che le è dovuto. Ognuna di queste azioni, può presentare alla parte soccombente, l'opportunità di resistere al pagamento o ritardarlo. In questo paragrafo esamineremo il procedimento di esecuzione del lodo arbitrale da instaurarsi contro la parte debitrice, prestando attenzione ad eventuali insidie che possono verificarsi, e a come superarle con successo.

Per prima cosa, la parte vincitrice chiederà a quella soccombente, di ottemperare volontariamente ai dettami del lodo arbitrale finale, soddisfacendo in tal modo la sua pretesa creditoria. Solitamente tale istanza viene proposta in forma scritta, indicando i termini perentori entro cui il pagamento dovrà essere saldato e le coordinate bancarie del creditore. Il debitore, presumibilmente, rispetterà i suoi oneri, in particolare se non c'è modo di richiedere l'annullamento del lodo, o di resistere all'*enforcement*, e qualora il suo patrimonio si trovi nel territorio di un Paese contraente che quasi certamente darà esecuzione al lodo.²²⁰ Tuttavia, se il debitore sceglie di non eseguire il pagamento spontaneamente, la parte creditrice

²²⁰ Talvolta, dietro al pagamento immediato di un lodo arbitrale, c'è anche la spiegazione di voler mantenere inalterata la propria buona reputazione, (specialmente quando le parti soccombenti sono multinazionali o Paesi in via di sviluppo). Si preferisce infatti, ottemperare immediatamente ai propri oneri, tenendo integra la propria immagine sul mercato, piuttosto di opporsi al pagamento, rischiando di instaurare dubbi verso investitori, consumatori e altri addetti ai lavori, circa la propria solvibilità patrimoniale e affidabilità nelle negoziazioni.

dovrà richiederne l'esecuzione dinanzi ad un tribunale di uno dei Paesi membri, (presumibilmente laddove il debitore ha dislocato la maggior parte dei suoi averi). Perciò, prima di porre il lodo in esecuzione, il creditore dovrà chiedersi in quale Stato la parte soccombente ha disposto il suo patrimonio, e se in tale territorio potrebbe avere difficoltà ad ottenerne l'esecuzione.

Infatti, in molti Paesi, soprattutto quelli più arretrati da un punto di vista giuridico e politico, in caso di mancato adempimento spontaneo, l'*enforcement* potrebbe essere impossibile, o particolarmente difficoltoso nella pratica. Questo perché, a prescindere dall'aver stipulato o meno la Convenzione di New York, le corti locali di questi territori, potrebbero non garantire un effettivo grado di imparzialità, o peggio, potrebbero essere inefficienti nel dare esecuzione al lodo in tempi brevi. Questo aspetto è il vero tallone d'Achille dell'arbitrato internazionale degli investimenti²²¹. Fortunatamente, questi Paesi rappresentano l'eccezione, non la regola. Inoltre, queste spiacevoli situazioni stanno diminuendo nel corso del tempo, grazie al miglioramento dei meccanismi giuridici interni di tali Stati, e alla sempre maggiore familiarità delle loro Corti con l'arbitrato internazionale.

Nella scelta del luogo di esecuzione del lodo, la parte vincitrice dovrà chiedersi se il debitore detenga i suoi beni in una o più giurisdizioni, e se tale *asset*, possa essere facilmente attaccato o sequestrato, per soddisfare la propria pretesa creditoria. Infatti, talvolta, la parte vincitrice preferisce richiedere il riconoscimento e l'esecuzione del lodo arbitrale, in uno Stato considerato "*friendly to*

²²¹ MCLLWRATH, SAVAGE, “, *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*”, Wolters Kluwer, 2018, p.327

arbitration”²²², (anche se tale scelta non soddisfi pienamente l’ammontare totale del suo credito), piuttosto di avventurarsi nella domanda di esecuzione, in Paesi rinomati per essere “*unfriendly to arbitration*”, dove la parte soccombente detenga un patrimonio capiente per soddisfare il giudicato del lodo arbitrale, ma che nel concreto difficilmente riuscirebbe ad ottenere.

Altra peculiarità non inconsueta del procedimento di negoziazione, è la proposta della parte debitrice di offrire un immediato pagamento alla controparte, con uno “sconto sul lodo”. Grazie a questa tipologia di accordo, il debitore rispetterà prontamente i dettami del lodo arbitrale, in cambio della concessione di una riduzione sul quantitativo di denaro da corrispondere alla parte vincitrice. Questo permette al creditore di ricavare almeno una parte della somma totale del lodo, scongiurando i costi, gli sforzi e le incertezze legate alla richiesta di esecuzione del lodo arbitrale. Se questa scelta convenga o meno alla parte vincitrice dipende dalle circostanze concrete, come l’urgenza di ottenere liquidità monetaria, la probabilità che il soccombente riesca a resistere all’*enforcement* in udienza, i tempi e i costi che potrebbe richiedere l’esecuzione di un lodo.

²²² “Favorevole all’arbitrato”, nel senso che, considerati i precedenti giuridici di quel Paese in tema di esecuzione del lodo arbitrale, si ha la certezza quasi assoluta che il creditore non riscontrerà problemi nel riscuotere la somma a lui dovuta.

Fasi di natura amministrativa precedenti all'*enforcement* del lodo arbitrale

Nonostante i notevoli vantaggi in termini di semplificazione del procedimento di esecuzione del lodo arbitrale apportati dalla Convenzione di New York, è buona premura delle parti, prima di richiedere l'*enforcement*, analizzare le leggi dello Stato dove il lodo arbitrale viene emesso (Stato sede), nonché quelle dello Stato (o gli Stati) dove verrà chiesta l'esecuzione del lodo.

Con ogni probabilità, la parte vittoriosa, dovrà avvalersi di avvocati in ogni Paese coinvolto con il lodo arbitrale, che coordinandosi fra loro, riescano ad assicurare il corretto esercizio delle procedure da seguire. Infatti, la terminologia, la forma, la sostanza e i costi paralleli al procedimento arbitrale, potrebbero variare da uno Stato all'altro. Fortunatamente, la Convenzione di New York impone una struttura standard da seguire per tutti i suoi Paesi contraenti. Essi, come abbiamo visto nel capitolo precedente, nel decretare il loro meccanismo di riconoscimento ed esecuzione interno, devono rispettare quanto stabilito dalla Convenzione. In particolare dal suo articolo IV, che definisce i requisiti formali per l'esecuzione del lodo.

In primis, bisogna fornire il documento originale (autenticazione) o una copia certificata (certificazione), che attestino l'avvenuta definizione del lodo e l'effettiva esistenza della convenzione di arbitrato.²²³ In secondo luogo, al creditore potrebbe essere richiesta una certificazione del lodo da parte dell'autorità

²²³ I termini "autenticazione" e "certificazione" hanno un diverso significato, ma entrambi mirano ad affermare la genuinità del lodo o della convenzione arbitrale. In particolare, l'"autenticazione" serve a confermare che il documento originale firmato è veritiero. La "certificazione" invece, attesta che la copia del documento è fedele al contenuto originale.

consolare del Paese ove si richiede l'esecuzione, tale certificazione è chiamata "*apostille*".

Una volta completati tutti i passaggi necessari sul luogo dell'*enforcement*, alla parte creditrice potrebbe essere richiesto l'adempimento di ulteriori oneri di natura amministrativa, come prerequisito necessario per iniziare il procedimento di esecuzione del lodo. Tali oneri possono consistere: nella traduzione in lingua ufficiale dello Stato di esecuzione dei documenti attestanti l'obbligatorietà del lodo, e della convenzione di arbitrato;²²⁴ nell'autenticazione notarile del lodo della convenzione arbitrale, e di ogni altro documento richiesto; nel pagamento di un'imposta all'erario dello Stato per dare esecuzione al lodo.²²⁵

Da ciò, si evince che la parte vincitrice può incorrere in costi amministrativi anche prima dell'inizio del meccanismo di esecuzione. Alcuni di questi oneri sono fissi, altri variano in relazione alle diverse giurisdizioni. Pertanto, l'ammontare di queste corresponsioni è un altro aspetto da tenere in considerazione quando si valuta il luogo più vantaggioso per chiedere l'esecuzione del lodo. Paradossalmente, la parte creditrice dovrà adempiere a tali oneri amministrativi, anche nel caso in cui non riuscisse a riscuotere neanche un dollaro dalla controparte soccombente.²²⁶

²²⁴ La traduzione deve essere certificata conforme da un traduttore ufficiale, o da un traduttore giuridico, o da un agente diplomatico o consolare

²²⁵ Ad esempio, in Turchia è obbligatorio il pagamento di un' "imposta di bollo" pari al 5,4% del valore dell'intero lodo. In Italia, è previsto dalla legge il pagamento di un' "imposta di registro" pari al 3% del valore del lodo

²²⁶ MCLLRATH, SAVAGE, "After the Arbitration: Challenge, Recognition and Enforcement of the Award", C. 6, Wolters Kluwer, 2018, p.352

In conclusione, dobbiamo precisare che il creditore potrà reclamare l'esecuzione del lodo arbitrale in ogni Paese dove siano presenti beni del debitore. Tale azione simultanea non può essere preclusa da nessuna giurisdizione. Tuttavia, anche in questo caso, la parte vincitrice dovrà valutare attentamente se per lei sia conveniente una simile strategia, in quanto graverebbero su di lei gli oneri amministrativi di ogni Stato prescelto.

Un'altra opzione di cui può avvalersi la parte vincitrice è la vendita del lodo arbitrale finale. Infatti, al posto di incorrere nei rischi e nei costi dell'*enforcement*, essa potrebbe preferire vendere il lodo (con uno sconto), a compagnie specializzate nella trattazione di controversie arbitrali. Alcune di queste società acquisteranno i lodi arbitrali, mentre altre, agiranno come intermediari in cambio di una commissione, al fine di offrire ai creditori, dei fornitori privati di capitale disposti ad acquistare il lodo.

Un'altra possibilità che ha il creditore, è quella di avvalersi dei servizi di una società, specializzata nell'identificazione del Paese dove è più vantaggioso richiedere l'esecuzione del lodo. Queste entità possono essere maggiormente qualificate per identificare dove siano allocati i beni del debitore (ove esistenti), richiedendo l'*enforcement* al posto del creditore.

Panoramica su vari ordinamenti giuridici nel procedimento di esecuzione del lodo arbitrale

Come descritto nel corso del primo capitolo di questo elaborato, un soggetto potrebbe trovare maggiormente attrattivo il meccanismo arbitrale internazionale, rispetto al ricorso ad un tribunale ordinario interno. Premesso ciò, la facilità di *enforcement* di un lodo arbitrale è relativa non solo al caso specifico, ma anche al Paese dove si intende richiederlo.

Statisticamente, è indubbio che il sistema di esecuzione dei lodi arbitrali in Asia, con le eccezioni di Hong Kong, Singapore, Giappone e Corea del Sud, abbia molti margini di miglioramento. Ad esempio, in India, l'*enforcement* è ostacolato in particolare, dall'inefficienza dei tribunali nazionali. In Cina, col passare degli anni si sta offrendo un meccanismo sempre più affidabile, grazie a riforme strutturali volte ad evitare che i tribunali locali rifiutino ingiustamente l'esecuzione del lodo. Tra queste, è annoverata, la condizione che la "*China International Commercial Court (CICC)*" (la più alta corte del Paese), dia la sua approvazione prima che un tribunale di grado inferiore rifiuti di riconoscere un lodo arbitrale. Per ridurre al minimo inattività e ritardi, i tribunali cinesi che accettano una richiesta di esecuzione di lodi arbitrali stranieri, devono trattare la richiesta in modo rapido.²²⁷ Infatti, il tribunale adito deve emettere la sua decisione entro due mesi dalla data di accettazione della domanda. Trascorso tale termine, qualora il tribunale

²²⁷ JINGZHOU TAO, "Arbitration law and practice in China", Wolters Kluwer, 2012, p. 437

decidesse di non eseguire il lodo, è tenuto a riferire il suo rifiuto alla “Corte Suprema del Popolo”, sempre entro due mesi dall'accettazione della domanda²²⁸.

I Paesi dell'Europa occidentale sono generalmente caratterizzati da forti tradizioni di esecuzione dei lodi arbitrali, senza particolari eccezioni. Tant'è che ad esempio, il diritto francese è maggiormente bendisposto al riconoscimento e all'esecuzione del lodo arbitrale, rispetto alla Convenzione di New York. Infatti, per l'ordinamento interno dei transalpini, l'annullamento di un lodo presso una sede arbitrale straniera, non è motivo di rifiuto dell'esecuzione sul proprio territorio. Per quanto concerne l'Europa Orientale, l'*enforcement* appare invece più problematico, con la sola esclusione dell'Ungheria, che ha una tradizione particolarmente favorevole sul tema. I precedenti della Russia, ad esempio, suggeriscono che vi è stata la tendenza tra alcuni giudici interni di affermare il primato del sistema giudiziario nazionale sull'arbitrato commerciale internazionale, restringendo la portata di ciò che può essere o meno sottoposto ad arbitrato.²²⁹ In Ucraina, le statistiche sul numero dei lodi arbitrali a cui si è data effettiva esecuzione non sono incoraggianti. I più frequenti problemi che emergono nella pratica sono: la mancanza di priorità accordata alla Convenzione

²²⁸ In merito al tema si possono consultare le “Disposizioni della Corte Suprema del Popolo in merito alle tariffe e al periodo di esame per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri”, promulgate il 21 Ottobre 1998, e divenute effettive il 21 Novembre dello stesso anno. Consultabili sul sito https://books.google.it/books?id=plqWDwAAQBAJ&pg=PT322&lpg=PT322&dq=Provisions+of+the+Supreme+People%27s+Court+on+the+Charges+and+Examination+Period+for+the+Recognition+and+Enforcement+of+Foreign+Arbitral+Awards+1998&source=bl&ots=1bxYufQkSv&sig=ACfU3U1GvW-avsBZ5j9gkndKh2JcZz_deA&hl=it&sa=X&ved=2ahUKewjU2ebxt6nnAhVM4qQKHUNEDmoQ6AEwAHoECAQQAQ#v=onepage&q=Provisions%20of%20the%20Supreme%20People's%20Court%20on%20the%20Charges%20and%20Examination%20Period%20for%20the%20Recognition%20and%20Enforcement%20of%20Foreign%20Arbitral%20Awards%201998&f=false

²²⁹ Cfr HODA, “Russian Commercial Law”, Brill Nijhoff, 2007, p 450

di New York e ai *BITs* sull'assistenza giudiziaria reciproca; un'insolita stretta osservanza delle formalità burocratiche; un'interpretazione estensiva del vincolo di ordine pubblico.²³⁰

I procedimenti di esecuzione nelle regioni dell'Africa e del Medio Oriente sono spesso inaffidabili, e la concessione dell'*enforcement* è l'eccezione più che la regola. Negli Emirati Arabi Uniti (EAU), fino al Giugno 2018 i tribunali pretendevano pesanti oneri probatori, ridondanti di tecnicismi, dalla parte vittoriosa in arbitrato, richiedente l'esecuzione del lodo, i quali causavano ritardi e costi eccessivi all'intero meccanismo. In questi luoghi pertanto, l'arbitrato internazionale poteva semplicemente offrire lo stesso risultato, o almeno uno che non fosse peggiore, della giustizia locale.²³¹ Tuttavia, con la “*Federal Arbitration Law*” n. 6 del 14 giugno 2018, la situazione è cambiata in meglio. Infatti, tale legge è profondamente ispirata all'articolo 34 UNCITRAL (*Model law*)²³², e prevede ipotesi tassative limitate di annullamento del lodo arbitrale, garantendo ai tribunali arbitrali interni di giudicare circa la propria competenza in materia. In sostanza, per velocizzare il meccanismo di esecuzione, evitando inutili ritardi e costi amministrativi eccessivi, la “*Federal Arbitration Law*” ha previsto che la richiesta di esecuzione del lodo arbitrale venga effettuata direttamente dinanzi alla Corte d'appello, non al tribunale ordinario di primo grado come in precedenza.

²³⁰ MARCHENKO, “*The European Arbitration Review 2019*”, *Law business research*, 2019, p.115 e ss.

²³¹ Può consultarsi HAMADE, “*Middle east and North Africa overview: international arbitration 2019*”, cap 2, sul sito <https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations/9-middle-east-and-north-africa-overview>

²³² Consultabile sul sito <https://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.model.law.1985/34.html>

I procedimenti di esecuzione del lodo in America centrale e meridionale sono solitamente caratterizzati da notevoli ritardi, nonostante i recenti sforzi per migliorare il sistema arbitrale. Tuttavia, l'arbitrato in Brasile ha subito una drastica evoluzione nell'ultimo decennio. È stato implementato un nuovo quadro giuridico ad esso favorevole, seguito da un crescente numero di casi giurisprudenziali, in linea con l'interpretazione delle moderne leggi sull'arbitrato dei Paesi più favorevoli a tale meccanismo di risoluzione delle controversie. Eppure, c'è ancora un ampio margine di miglioramento, in particolare all'interno dei tribunali di primo grado di tutto lo Stato.²³³ Un'altra fonte di preoccupazione, è il possibile conflitto tra le molteplici Convenzioni internazionali in vigore, ad esempio, la Convenzione di New York, la Convenzione di Panama del 1975, la Convenzione di Montevideo del 1978 e la Convenzione *Mercosur* del 1998.²³⁴

L'ambito di applicazione dell'*enforcement* in Nord America è generalmente in linea con gli standard prevalenti in Europa occidentale²³⁵, e non potrebbe essere altrimenti, visto che tra i “padri fondatori” dell’arbitrato internazionale negli investimenti ci sono proprio gli *U.S.A*, come si è avuto modo di constatare nel primo capitolo di questa trattazione.

²³³ JOAQUIM T. DE PAIVA MUNIZ, “*Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*”, Juris Publishing, Inc., 2006, pp. 171-174

²³⁴ MANTILLA SERRANO, “*Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine*”, rivista di arbitrato n.3, 2005, p. 566.

²³⁵ AMIRFAR, DEBEVOISE, PLIMPTON, “*Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process*”, IBA Arbitration Committee, 2018, pp.252 e ss

In conclusione, i soggetti che stipulano una convenzione arbitrale, con controparti i cui beni sono situati principalmente, o esclusivamente, in Paesi che hanno una scarsa, o non dimostrabile, capacità di far rispettare i lodi arbitrali, dovrebbero sempre tenere in considerazione questi aspetti tra i rischi connessi all'operazione. Allo stesso modo, prima di scegliere lo Stato (o gli Stati) dell'*enforcement*, la parte vincitrice dovrebbe esaminare con lucidità i luoghi in cui la controparte possiede *assets*, prima di impegnarsi a sostenere le spese legate a tale meccanismo di esecuzione.

Considerazioni preliminari sul caso Achmea

I successivi paragrafi, mirano ad offrire al lettore una visione generale sulla decisione presa dalla Corte di Giustizia Europea (CGUE) nel noto caso Achmea²³⁶. Inoltre, si analizzerà la sentenza con cui la Corte Federale di Giustizia tedesca (*Bundesgerichtshof*, di seguito “*BGH*”) ha dato seguito a tale pronuncia²³⁷. Nella decisione Achmea, i giudici di Lussemburgo hanno asserito che la clausola arbitrale istituita in relazione ad un *BIT* per la “promozione e la reciproca tutela degli investimenti”, stipulato fra Paesi facenti parte dell’Unione Europea (c.d. arbitrato *intra-UE*) è incompatibile con il diritto dell’Unione, e nello specifico, con l’art. 344 TFUE²³⁸. Infatti, la ECJ ha considerato il diritto dell’Unione, fonte di diritto applicabile in controversie intraprese ai sensi dell’art. 8 dello stesso BIT²³⁹. Avviare un procedimento arbitrale implicava, secondo la Corte, una violazione del divieto prescritto dalla citata normativa del TFUE, in quanto ci si avvaleva di strumenti di risoluzione delle controversie, aventi ad oggetto l’interpretazione o l’applicazione del diritto dell’Unione, diversi da quelli previsti dal TFUE. Per tali ragioni, è stato immediatamente chiaro che la sentenza Achmea avrebbe dispiegato i suoi effetti ben oltre il singolo caso specifico da cui trae origine, avendo un

²³⁶ Lodo arbitrale emesso il 7/12/2012, “*Achmea B.V. v. The Slovak Republic*”, UNCITRAL, PCA Caso No. 2008-13 (in precedenza “*Eureka B.V. v. The Slovak Republic*”). Consultabile sul sito https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9548_0.pdf

²³⁷ Decisione della Corte federale di giustizia tedesca, caso I ZB 2/15, 31/10/2018.

²³⁸ “Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea”. L’articolo 344 TFUE recita in tal modo: “*Gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all’interpretazione o all’applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso*”.

²³⁹ L’articolo 8 del BIT stipulato nel 1991 tra il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica federale ceca e slovacca, permette a un investitore di uno dei due Stati contraenti, di adire un collegio arbitrale in caso di controversia con l’altra parte contraente (l’altro Stato).

impatto notevolmente più ampio. Infatti, da questa pronuncia sono emerse complesse questioni di natura sistemica difficilmente risolvibili, come il contrasto tra i vincoli di natura internazionale incombenti sugli Stati membri, e l'esigenza di preservare la supremazia del diritto UE.

Inoltre, dobbiamo premettere che la decisione di seguito analizzata, è in piena evoluzione, non solo da un punto di vista giuridico, ma anche diplomatico, oltre ad aver avuto (e tuttora sta avendo) una profonda influenza sull'utilizzo dell'arbitrato internazionale in materia di investimenti.

Allo scopo di comprendere più facilmente il contenuto della sentenza *Achmea*, è utile fare un passo indietro, ricordando in maniera sommaria i motivi della genesi dei *BITs* intra-UE. In seguito alla caduta dei regimi socialisti in Europa centrale ed orientale, e prima dell'ampio afflusso di adesioni avvenuto a cavallo tra il 2004 e il 2007 (c.d. "allargamento ad Est"), diversi Paesi membri dell'UE avevano stipulato numerosi trattati internazionali con quelli Stati che, qualche tempo dopo, avrebbero fatto parte dell'Unione europea. Tra questi sono compresi, la Repubblica federale Ceca e Slovacca, protagonisti qualche anno più tardi del caso *Achmea*. A seguito di tale allargamento, la legittimità dei suddetti trattati e delle convenzioni di arbitrato da essi contemplate, sono stati a lungo fonte di vivaci discussioni dottrinarie, nonché di ferventi scontri istituzionali. Infatti, da una parte, la Commissione europea ha sempre affermato la sopravvenuta invalidità di tali intese a seguito dell'adesione all'UE, facendo leva sia sul diritto Europeo che su

quello internazionale pattizio²⁴⁰. Dall'altra, ovviamente, la quasi totalità degli Stati contraenti coinvolti, ha manifestato un orientamento difforme, rifiutandosi di accettarne l'estinzione o di realizzare la denuncia come previsto dal diritto internazionale dei trattati.²⁴¹

In sintesi, sono due i motivi che sostengono l'invalidità di questi *BITs*, uno basato sulla supremazia gerarchica del diritto comunitario, l'altro sul diritto internazionale dei trattati. Il primo, si fonda sulla contrarietà alle disposizioni in materia di mercato comune, in quanto tali accordi conferiscono una serie di diritti e trattamenti in relazione alla mera nazionalità dell'investitore. Pertanto, si configurerebbe l'inosservanza del principio di non-discriminazione stabilito dai trattati fondativi.

Il secondo, poggia sul concetto di *lex posterior*, sancito dall'articolo 30(3) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (di seguito CVDT)²⁴². Tale comma ribadisce che i trattati di adesione all'UE dei nuovi Paesi membri (posteriori ai

²⁴⁰ Si veda la "Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio" del 19/07/2018, in tema di *Protection of Intra-EU Investments*, nello specifico pp. 2 e 3, consultabili sul sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX:52018DC0547>

²⁴¹ A onor del vero, un gruppo esiguo di Stati membri, di cui fanno parte Italia, Polonia, Irlanda e Romania, ha rispettato i dettami della Commissione europea, denunciando tali accordi. Per un'ampia trattazione del tema, si veda DAVOISE, BURGSTALLER, "Another One BIT the Dust: Is the Netherlands' Termination of Intra-EU Treaties the Latest Symptom of a Backlash Against Investor-State Arbitration?", Wolters Kluwer, 2018, P.1-5, consultabile sul sito

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/11/another-one-bit-dust-netherlands-termination-intra-eu-treaties-latest-symptom-backlash-investor-state-arbitration/?print=print>

²⁴² Articolo 30(3) Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: "Applicazione di trattati successivi aventi per oggetto la stessa materia". ... 3." Quando tutte le parti a un precedente trattato sono anche parti a un trattato posteriore, senza che il trattato anteriore si sia estinto o che la sua applicazione sia stata sospesa in virtù dell'art. 59, il trattato anteriore si applica soltanto nella misura in cui le sue disposizioni sono compatibili con quelle del trattato posteriore".

BITs), avrebbero comportato l'inapplicabilità degli accordi definiti in precedenza, in quanto aventi ad oggetto la medesima materia.

La tesi contraria, che supporta la legittimità dei *BITs* intra-UE, si rifà, paradossalmente allo stesso articolo 30 della CVDT, dandone un'interpretazione antitetica. In sostanza, i sostenitori di questo orientamento, non ritengono che la materia oggetto di trattazione sia "la stessa", e che addirittura, i *BITs* in questione sarebbero gerarchicamente sovraordinati alla CVDT in quanto *lex specialis*.²⁴³ Questa interpretazione, peraltro, è stata ripresa più volte da diversi tribunali arbitrali, i quali hanno ripetutamente decretato l'impossibilità di invocare l'art. 30(3) CVDT a supporto dell'invalidità dei suddetti *BITs*.²⁴⁴ Risulta più complicato, invece, sostenere la validità di tali accordi riferendosi esclusivamente al diritto comunitario. Invero, la sopraccitata assoluta cogenza del principio di prevalenza gerarchica del diritto UE, rispetto agli ordinamenti giuridici dei Paesi membri, è uno scoglio che appare insormontabile.

Le considerazioni preliminarmente trattate, diedero origine alla controversia che ha poi generato la sentenza *Achmea*, le cui vicende fattuali e giuridiche verranno trattate nel paragrafo sottostante.

²⁴³ REINISCH, "Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureka Investment Arbitrations", Wolters Kluwer, 2012, pp. 157 e ss.

²⁴⁴ A titolo esemplificativo, si vedano le decisioni arbitrali nei casi: "*RREEF Infrastructure (GP) Ltd and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl v Kingdom of Spain*", ICSID Case No. ARB/13/30, decision on jurisdiction, 6 June 2016, specificamente il punto 76. Nonché *Electrabel SA v Hungary*, ICSID Case No ARB/07/19, decision on jurisdiction, applicable law and liability, 30 November 2012, specificamente il punto 4.122

La lunga battaglia processuale tra Achmea B.V. e la Repubblica Slovacca.

Nel 2008, a causa dell'approvazione di una serie provvedimenti che andavano a modificare il quadro normativo in materia di assicurazioni sanitarie, da parte della Repubblica Slovacca, l'impresa privata di assicurazioni Achmea B.V. intraprendeva un procedimento arbitrale contro tale Paese, in applicazione del Trattato bilaterale di investimento (TBI) definito con i Paesi Bassi nel 1992²⁴⁵.

La Slovacchia, in risposta, asseriva che il tribunale arbitrale costituito fosse in difetto di giurisdizione, in quanto il suddetto TBI doveva considerarsi estinto, ai sensi del combinato disposto degli articoli 30 e 59 CVDT, a seguito della propria adesione successiva all'Unione Europea. Tuttavia, il collegio arbitrale avente sede a Francoforte, con i lodi emessi rispettivamente il 26 ottobre del 2010 ed il 7 dicembre 2012, in primo luogo rigettava le osservazioni preliminari riguardanti il difetto di giurisdizione come conseguenza della sopravvenuta estinzione del TBI; in secondo luogo, accoglieva il ricorso dell'investitore, pronunciandosi sul merito e accordando un risarcimento pari a circa 22 milioni di euro ad Achmea. Pertanto, la parte vittoriosa sceglieva di richiedere riconoscimento ed esecuzione del lodo in Germania, essendo Francoforte la sede del collegio arbitrale.

Come abbiamo avuto modo di osservare nel capitolo precedente, il diniego di esecuzione di un lodo arbitrale può essere richiesto solamente sulla base delle circostanze tassative elencate dall'articolo V della Convenzione di New York, di

²⁴⁵ Con questa riforma del sistema sanitario, la Slovacchia autorizzava l'accesso al mercato assicurativo sanitario ad operatori nazionali e di altri Stati, che mettevano a disposizione servizi di assicurazione sanitaria privata. La Achmea: impresa assicuratrice olandese, una volta conseguita l'autorizzazione ad operare su tale mercato, impiantò una filiale in Slovacchia, apportandone capitali.

cui la Germania è parte contraente. Nel caso in oggetto, in realtà, la Repubblica Slovacca reiterava le sue obiezioni continuandole ad incentrare su vizi esistenti *ab origine*, ossia sull'incompatibilità tra l'articolo 344 TFUE e l'articolo 8 del TBI, ma il giudice esecutivo dell'Alta Corte regionale di Francoforte le rigettava ancora una volta²⁴⁶.

La disputa subì la svolta decisiva dinanzi al BGH, che in contrasto con la pronuncia di primo grado²⁴⁷, disponeva il “rinvio pregiudiziale” alla Corte di Giustizia Europea, ex articolo 267 TFUE, sospendendo il procedimento d'appello. In sostanza, il BGH, chiedeva alla Corte di Lussemburgo²⁴⁸ di pronunciarsi sul potenziale conflitto tra art. 344 TFUE e art. 8 del TBI (che prevedeva la risoluzione mediante arbitrato internazionale di eventuali controversie fra Olanda e Slovacchia e i loro rispettivi investitori), avendo dubbi di interpretazione sull'applicazione della disposizione comunitaria.

Il BGH articolava il rinvio pregiudiziale sottoponendo alla CGUE tre domande preliminari, che riprendevano tre potenziali questioni di incompatibilità tra articolo 8 e diritto dell'UE.

Con la prima, il giudice del rinvio chiedeva se l'art 344 dovesse essere interpretato come ostativo all'articolo 8 del TBI, sul punto in cui si prevede l'applicazione di una clausola arbitrale come mezzo di risoluzione delle controversie. In altre parole,

²⁴⁶ Per una descrizione esaustiva di tale sentenza si vada PETERSON, “*German court sees no clash between Achmea v. Slovakia arbitral award and EU law, and is unmoved by persistent arguments of European Commission*”, in *Investment arbitration reporter*, 2015, pp. 51 e ss

²⁴⁷ Ci appare utile ricordare che i giudici nazionali non di ultima istanza, non sono chiamati ad interpellare obbligatoriamente la ECJ in caso di dubbi di validità o interpretazione di norme comunitarie, ne hanno la mera facoltà.

²⁴⁸ Stato ove ha sede la Corte di Giustizia Europea

il giudice tedesco chiedeva alla Corte di Giustizia se un investitore privato di nazionalità comunitaria, potesse dirimere una controversia contro uno Stato membro con un arbitrato internazionale, derogando il vincolo imposto dall'articolo 344 TFUE a tutti i Paesi contraenti, ossia di risolvere ogni questione relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati comunitari dinanzi alla Corte di Giustizia Europea.

Con la seconda domanda, il BGH chiedeva se l'articolo 267 TFUE fosse in contrasto con l'applicazione di un "trattato intra-UE" che preveda come strumento di risoluzione delle controversie il meccanismo arbitrale,²⁴⁹ sottolineando come a suo avviso il sistema arbitrale non fosse idoneo ad assicurare l'omogeneità di applicazione del diritto comunitario che l'articolo 267 TFUE ha lo scopo di garantire²⁵⁰.

Con l'ultima domanda, la corte tedesca chiedeva a quella di Lussemburgo se il TBI in questione fosse incompatibile con l'articolo 18 TFUE, che prevede un generale obbligo di non discriminazione sulla base della nazionalità²⁵¹.

La Corte di Giustizia Europea, con sentenza pronunciata il 6 Ottobre 2018, decretava l'incompatibilità fra l'articolo 8 TBI e gli articoli 344 e 267 del TFUE.

²⁴⁹ Si veda il punto 23 (2) della sentenza Achmea

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FAEB742E4F81D2C3977BC8BFC3AE14FB?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=658006>

²⁵⁰ Si vedano i punti 19, 20 e 21 della sentenza Achmea

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FAEB742E4F81D2C3977BC8BFC3AE14FB?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=658006>

²⁵¹ Si vedano i punti 39-42 della Sentenza Achmea

Tale contrasto, secondo la Corte, aveva alla base una duplice constatazione. In primis, l'art. 8 (6) TBI, includeva le disposizioni comunitarie tra le fonti giuridiche applicabili al merito della controversia, consentendo al collegio arbitrale di "applicare" ed "interpretare" il diritto dell'Unione, potere che, invece, deve restare sotto il monopolio della CGUE . Sulla base di questa premessa, la sola condizione per giustificare il meccanismo arbitrale di risoluzione delle controversie previsto dall'articolo 8, sarebbe stata quella di inquadralo tra gli strumenti giurisdizionali di diritto dell'UE, considerandolo, in sostanza, al pari di un organo giurisdizionale interno degli Stati membri, e pertanto, sottoponibile al sistema del "rinvio pregiudiziale", nell'ottica di interlocuzione tra corti interne e CGUE prevista dall'art 267. Tuttavia, anche su questo secondo punto la Corte si pronunciava in senso opposto, rimarcando come i tribunali nazionali non avessero alcun potere di sindacato sul lodo arbitrale, in sede di esecuzione dello stesso.

Infine, la Corte non si pronunciava sulla terza ed ultima questione preliminare, considerandola ultronea in relazione alla pronuncia sulle prime due.

Una volta deciso in tal senso, la Corte ha rimesso la questione al giudice del rinvio (il BGH), il quale si è espresso sul merito con motivazioni sostanzialmente analoghe a quelle del massimo organo giurisdizionale comunitario. In sintesi, secondo la Corte tedesca di ultima istanza, l'effetto principale di tale decisione sarebbe quello di rendere invalida l'offerta unilaterale di arbitrato prevista dall'articolo 8(6) TBI, ossia la manifestazione del consenso al procedimento arbitrale prestato dalla Repubblica Slovacca in tale accordo. Infatti, nonostante il

consenso fosse stato prestato legittimamente al momento della conclusione del TBI, doveva considerarsi come “mai esistito” secondo il diritto internazionale, dal momento in cui la Slovacchia era divenuta membro dell’Unione Europea. Per questo motivo il BGH rifiutava di concedere l’esecuzione del lodo arbitrale richiesto dalla parte vincitrice (la Achmea B.V).

Le motivazioni della decisione del tribunale tedesco descrivevano come la cessione dei poteri sovrani da parte dei Paesi membri in favore dell’Unione, (che, nel caso in questione, è combaciato con l’adesione Slovacca all’UE), avrebbe determinato anche il rispetto totale dei vincoli imposti dai trattati comunitari. Pertanto, sono da considerarsi invalidi tutti quegli accordi internazionali in violazione del diritto Europeo siglati successivamente all’adesione, nonché inapplicabili con effetto retroattivo, tutti quei trattati internazionali precedenti all’adesione, qualora in contrasto col diritto comunitario.

Le conseguenze sul piano internazionale della decisione del BGH

La sentenza Achmea, come è facile intuire, ha avuto delle ripercussioni profonde sul piano internazionale, e con ogni probabilità, manifesterà ancor di più i suoi effetti negli anni a venire in diversi ambiti. In relazione al presente elaborato, si vuole porre l'accento sulle reazioni dei tribunali ICSID. Infatti, come confermato dalla pronuncia della CGUE nel caso di cui sopra, i giudici dei Paesi membri, nel momento in cui la parte vittoriosa richiede l'esecuzione del lodo, possono effettuare un controllo (per quanto postumo), circa l'eventuale violazione delle norme comunitarie causate dall'inserimento della clausola arbitrale in un *BIT*. Sotto questo profilo, giova ricordare che i lodi resi dai collegi arbitrali, in relazione agli ordinamenti nazionali, sono contrassegnati come lodi stranieri, il cui riconoscimento e la cui esecuzione in genere, si basano sulla Convenzione di New York. Quest'ultima, come illustrato nel capitolo III, ai sensi del suo articolo V, consente agli organi giurisdizionali interni, di rifiutare l'esecuzione del lodo per "contrarietà all'ordine pubblico", in relazione alle proprie leggi nazionali. Questo ragionamento è valido in tutti i casi, con una sola eccezione: i lodi resi da collegi arbitrali istituiti secondo il sistema ICSID, infatti, si avvalgono del meccanismo maggiormente favorevole al riconoscimento e all'esecuzione del lodo, disciplinato dagli articoli 53 e 54 della Convenzione di Washington. Questi articoli, sottraggono i lodi a qualsiasi tipo di riesame, ricorso o annullamento diversi dai

mezzi indicati dalla stessa Convenzione ICSID.²⁵² Ciò significa che l'organo giurisdizionale interno chiamato ad eseguire un lodo ICSID non può, in alcun modo sindacare l'obbligatorietà di tale lodo, in quanto essa è *in re ipsa* accordata proprio dai sopracitati articoli della Convenzione di Washington.

Il punto, vede concordare in maniera pressoché assoluta dottrina e giurisprudenza²⁵³, tant'è che "Contartese" e "Andenas" hanno addirittura affermato che: «*ICSID arbitration would [...] clearly violate the effectiveness of EU law*»²⁵⁴. Inoltre, Il Segretario generale dell'ICSID ha confermato, in una recente intervista pubblicata sul *Kluwer Arbitration Blog*, la neutralità del Centro in relazione all'Unione Europea ribadendo, pertanto, la validità dei rigetti effettuati dai giudici dell'ICSID.

Venendo a conclusione, posto che l'esecuzione dei lodi ICSID non dovrebbe essere influenzata dalla sentenza Achmea, è altrettanto vero che l'esecutività dei lodi "non-ICSID" appare destinata ad un ridimensionamento che ne comprometterà la diffusione sull'intero territorio comunitario. La pronuncia del BGH sancisce, dunque, un considerevole precedente, cui si potranno rifare tutti quei giudici nazionali che verranno chiamati, in futuro, a dare o meno esecuzione a lodi arbitrali resi in relazione a TBI intra-UE, senza tralasciare che i lodi ICSID, dovrebbero essere sottoposti ad un regime differente, più vantaggioso. Detto ciò,

²⁵² MARCHILL, MACBREARTY, "Annulment of ICSID Awards: Recent Trends", Wolters Kluwer, 2017, pp. 427 e ss.

²⁵³ DOLZER, SCHREUER, "Principles of International Investment Law", Oxford University Press, 2012, pp. 310 e ss. Nonchè, per la trattazione di diversi casi pratici: DAVIN, "Enforcement of ICSID Awards in the United States: Should the ICSID Convention Be Read as Allowing a 'Second Bite at the Apple'?", New York University Journal of International Law and Politics, 2016, pp. 1273-1284.

²⁵⁴ CONTARTESE, ANDENAS, "Common market law review", Kluwer law international, 2019, p.181

come molti anni fa affermava “*Lorenzo il Magnifico*”: “*di doman non v’è certezza*”, pertanto, non può darsi per assodato che gli organi giurisdizionali interni di Paesi non facenti parte dell’UE, seguano le conclusioni del BGH o, al contrario, si pronuncino in maniera difforme ai principi forniti dalla Corte di Giustizia nel caso Achmea.

Conclusioni

In merito ai temi trattati nel presente elaborato, appare opportuno redigere alcune riflessioni conclusive. In particolare, ci sembra utile concentrarsi sui temi centrali di questa trattazione, ossia il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrari, approfonditi sia nell'ottica della Convenzione di New York del 1958, che di quella di Washington del 1965, nonché le conseguenze apportate sul piano internazionale dalla sentenza Achmea, e dall'annullamento del relativo lodo arbitrale.

Invero, se da una parte la Convenzione di New York, regola gli aspetti essenziali in materia di riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrari resi in un Paese straniero (lodi arbitrari "stranieri"). Dall'altra, la Convenzione di Washington, dà origine al Centro ICSID, che come abbiamo avuto modo di constatare, è dotato di autonomia e indipendenza rispetto agli ordinamenti interni dei suoi Stati membri, in controversie tra uno Stato che ospita un investimento (Stato ospite), e l'investitore straniero.

Di fatti, tale Convenzione impone alle parti in causa di adeguarsi all'obbligatorietà del lodo reso dai tribunali ICSID. Tuttavia, potrebbe essere concessa un'ultima chance alla parte soccombente: l'annullamento del lodo. Infatti, questa potrebbe invocare una delle ipotesi tassativamente indicate dall'articolo 52, con conseguente nomina da parte del Segretario Generale di un comitato ad hoc, preposto a decidere sul merito della questione.

Al contrario la Convenzione di New York disciplina ai sensi del suo articolo V, sette condizioni per giustificare il rifiuto dell'esecuzione di un lodo arbitrale

straniero da parte di un tribunale interno, che sono completamente differenti rispetto a quelle contemplate dall'articolo 52 della Convenzione ICSID. Sul punto in oggetto, è ascrivibile una delle principali differenze tra le due Convenzioni, che ad uno sguardo approssimativo, potrebbero apparire anche non dissimili negli scopi che si propongono di raggiungere.

Tornando all'esecuzione dei lodi ICSID, questa trattazione ha cercato di evidenziarne i ragguardevoli benefici, trattando diversi aspetti.

In primo luogo, si è detto di come i privati investitori possano adire direttamente ai suoi tribunali, senza il previo intervento del proprio Stato nazionale in veste di mediatore. Questo inciso è comprovato dall'articolo 26 della Convenzione di Washington, che sancisce come non occorra il previo esaurimento dei ricorsi interni per avviare una procedura arbitrale internazionale.

Inoltre, alle parti è consentito scegliere il diritto applicabile alla controversia, anche se generalmente tale scelta ricade sul diritto interno del Paese convenuto e sui principi di diritto internazionale.

In ogni caso, ad avviso di chi scrive, uno dei principali benefici offerti dal meccanismo ICSID, è dato dal combinato disposto degli articoli 53 e 54 della Convenzione di Washington. Queste disposizioni, attestano la natura autonoma e l'obbligatorietà dei lodi resi dai tribunali del Centro, non solo per le parti, ma anche per i Paesi contraenti. In altri termini, il lodo ICSID non viene mai considerato "lodo straniero" (ai sensi ad es. della Convenzione di New York), proprio perché la sua efficacia vincolante discende dalla Convenzione stessa.

Da ciò deriva, pertanto, un consolidamento delle tutele per gli investitori privati, nelle (non frequenti) ipotesi di mancata esecuzione spontanea del lodo. Di conseguenza, si instaura un importante clima di fiducia verso l'intero sistema ICSID da parte degli operatori sul mercato, i quali sono maggiormente incentivati a compiere investimenti transnazionali di medio-lungo termine, potenzialmente soggetti a rischi di natura economica e politica.

Alla luce di quanto descritto, non ci si poteva esimere dall'analizzare il profondo impatto che ha avuto la sentenza *Achmea* sugli arbitrati internazionali negli investimenti. Si ricorda come alla Corte di giustizia dell'Unione europea, fosse stato richiesto di pronunciarsi circa la compatibilità con le disposizioni comunitarie della clausola arbitrale contenuta nel TBI tra Paesi Bassi e Repubblica Slovacca.

Nel marzo 2018, la CGUE ha deciso che tale clausola fosse incompatibile con gli articoli 344 e 267 TFUE, in quanto in contrasto con l'autonomia del sistema giuridico dell'UE, nonché con i principi di reciproca fiducia e leale cooperazione di matrice comunitaria. In relazione a tale decisione, la Corte Federale di Giustizia tedesca (BGH) ha annullato il lodo arbitrale finale reso nel caso *Achmea*.

Le reazioni sul piano internazionale sono state immediate, infatti nel gennaio 2019 22 Stati Membri, fra cui l'Italia, hanno rilasciato una dichiarazione congiunta, al fine di chiarire la loro posizione circa le conclusioni di tale storica sentenza. Grazie a questa dichiarazione, i Paesi in oggetto hanno ribadito la supremazia delle disposizioni UE, impegnandosi a denunciare *i BITs* con esse in contrasto, nonché il Trattato sulla Carta dell'Energia. Inoltre, si sono assunti l'onere di informare i

tribunali arbitrali, del loro difetto di giurisdizione in casi pendenti tra Stati membri, concernenti un investimento intra-UE.

Al contrario, i tribunali ICSID hanno confermato la loro “immunità” rispetto alla sentenza *Achmea*, proprio in virtù del fatto che i lodi da essi resi non sono considerati “stranieri”, ma rispondono unicamente ai dettami della Convenzione di Washington.

Giungendo a conclusione, ad opinione di chi scrive, l’arbitrato internazionale, in particolare quello ICSID, rappresenta un eccellente strumento per dirimere controversie in materia di investimenti. Ci esprimiamo in tal senso, proprio per via dei costanti progressi evolutivi dell’economia mondiale, che richiedono mezzi di risoluzione dei conflitti altrettanto al passo con i tempi. Si pensi ad esempio, agli Emirati Arabi Uniti, dove la recente creazione di un regime giuridico “*friendly to arbitration*”, ha contribuito ad incrementare notevolmente il volume degli investimenti sul proprio territorio, grazie appunto, alla garanzia di una risoluzione giudiziaria rapida, certa, e che rispetti la riservatezza delle parti. È chiaro, invero, che la sentenza *Achmea* è destinata ad avere importanti ripercussioni sulle clausole arbitrali intra-UE, influenzando la scelta di dirimere una controversia mediante arbitrato ab origine, per via della futura incertezza riguardante l’esecuzione del lodo in uno Stato membro. Tuttavia, è altrettanto oggettivo, (lo si ripete *ad abundantiam*) come il Centro ICSID si sia dichiarato neutrale rispetto a tale pronuncia, continuando ad offrire tutti i vantaggi di cui sopra, alle parti che desiderino adirvi.

Pertanto, la soluzione migliore, sempre a parere di chi scrive, sarebbe quella di sostenere una posizione il più possibile condivisa a livello di *governance* globale, seguendo una linea univoca di precedenti giuridici, anche mediante l'intervento di diplomatici e giuristi di insigne spessore, evitando quel limbo decisionale che non farebbe altro che ripercuotersi sull'economia territoriale dei Paesi che vi si macchiano. Citando l'illustre poeta nostrano "*A. Manzoni*", "ai posteri l'ardua sentenza".

Bibliografia

ALEXANDROV, "Enforcement of ICSID awards: articles 53 and 54 of the ICSID Convention" Oxford University press, 2009, p.329

AMIRFAR, DEBEVOISE, PLIMPTON, "Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process", IBA Arbitration Committee, 2018, pp.252 e ss

ARISTOTELE, *Rhetorica*, 1.13.13.

ATTERITANO, "Spesso la storia si ripete e a volte gli orientamenti si consolidano: due questioni in tema di enforcement di lodi arbitrali secondo la Convenzione di New York del 1958", in *Rivista dell'Arbitrato*, 2005, pp. 131-148

BALTAG, "ICSID Convention after 50 years", Wolters Kluwer, 2017, p.19

BERNARDINI, "L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali" seconda ed. Giuffrè Editore, Milano, 2009, P.252

BERNARDINI, "L'arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali" sec. ed. Giuffrè editore, Milano, 2008, p.276

BERNARDINI, "L'arbitrato in materia di investimenti", "L'Arbitrato nel Commercio e negli Investimenti Internazionali", seconda ed. Giuffrè Editore, Milano, 2009, p.251

BERNINI, "Il riconoscimento all'estero del lodo arbitrale irrituale", *Riv.trim. dir.proc.civ.*, 1991, p.357.

BHAGIRATH ASHIYA, "The shift towards an enterprise based definition of investment: the quagmire of the Salini test and India's Model BIT", *Jindal Global Law Review*, 2016, cap.7 p. 263, articolo consultabile su:
<https://doi.org/10.1007/s41020-016-0035-6>

BLESSING, "The law applicable to the arbitration clause and arbitrability", ICCA, 1999, p.174

BORGHESI, Cap V. "Arbitrato e confidenzialità", "Arbitrato, ADR, Conciliazione", Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p.65

BORTOLOTTI, "Manuale di diritto commerciale internazionale, il diritto dei contratti internazionali", Cedam, Padova, 2010, p. 497

BOSCO, "L'arbitrage commercial International dans le Mercosur: L'Accord de Buenos Aires de 1998", *Rev. arb.*, 2004, p. 565

BRANDON, “Recent Measures to Improve the International Investment Climate, in *Journal of Public Law*”, 1960, pp. 125-132

BRIGUGLIO, “L’arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali”, Cedam Padova, 1999, p.276

BROCHES, “The Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of others states”, 1972, *Columbia Journal of Transnational Law* p. 331

BROWN, “A Common Law of International Adjudication”, Oxford University Press, 2007, p. 61-62

BUNGENBERG, GRIEBEL, HOBE, REINISH, “General Introduction to International Investment Law”, “*International Investment law*”, C.H BECK. Hart. Nomos, 2015, p. 1

BUNGENBERG, GRIEBEL, HOBE, REINISH, “*International Investment Law*”, c. 4: *International Investment Agreements*, Beck. Hart.Nomos, 2015, p.157

CANE, “The Enforcement of ICSID Awards: Revolutionary or Ineffective? The American Review in International Arbitration”, 2004, p. 439.

CONFORTI, “*Diritto internazionale*”, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 231.

CORAL, “*El arbitraje laboral*”, TEMIS, Bogotá D.C, 2007, p. 4

CONTARTESE, ANDENAS, “*Common market law review*”, Kluwer law international, 2019, p.181

Convention of 1958: The "Refusal" Provisions”, American Bar Association, 1990, p. 496.

DAVIN, “*Enforcement of ICSID Awards in the United States: Should the ICSID Convention Be Read as Allowing a ‘Second Bite at the Apple’?*”, New York University Journal of International Law and Politics, 2016, pp. 1273-1284.

DAVOISE, BURGSTALLER, “*Another One BIT the Dust: Is the Netherlands’ Termination of Intra-EU Treaties the Latest Symptom of a Backlash Against Investor-State Arbitration?*”, Wolters Kluwer, 2018, P.1-5, consultabile sul sito: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/11/another-one-bit-dust-netherlands-termination-intra-eu-treaties-latest-symptom-backlash-investor-state-arbitration/?print=print>

DE LUCA, “*L’arbitrato internazionale sugli investimenti esteri*”, Vol. XXIII. 2007, Giuffrè Editore, Milano 977 ss., 984-1015

DEL VECCHIO, *“I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi”*, Cacucci, Bari, 2015, pp. 76-78.

DENZA e BROOKS, *“Investment Protection Treaties: United Kingdom Experience”*, Cambridge University Press on behalf of the British Institute of International and Comparative Law, 1987, p. 913

DI PIETRO, PLATTE, *“Enforcement of international arbitration awards”: The New York Convention of 1958”*, Cameron May, 2001, p.11.

DI PIETRO, PLATTE, *“Enforcement of international arbitration awards. The New York Convention of 1958”*, Cameron May, 2001, P.67

DOLZER, SCHREUER, *“Principles of International Investment Law”*, Oxford press, 2008, pp. 238-253.

DOLZER, SCHREUER, *“Principles of International Investment Law”*, Oxford University Press, 2012, pp. 310 e ss

FRANK, *“The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions”*, Fordham Law Review, 2005, p. 1524

FRIGNANI, *“L’arbitrato commerciale internazionale”*, Cedam, 2004, Padova, pp.260-261

GAILLARD, BONIFATEMI, *“The meaning of “and” in article 42(1), Second Sentence of the Washington Convention: The role of International law in the ICSID choice of law process, FILJ, 2003, p.375*

GAILLARD, SAVAGE, *“International commercial arbitration”*, Kluwer law international, 1999, p.996

GAYA, *“La deroga alla giurisdizione”*, Giuffrè editore, Milano, 1971, pp. 225 e 280.

GIARDINA, *“Energy Charter treaty”*, Enciclopedia degli Idrocarburi, Treccani, Vol. IV, pp. 551 e ss.

GIARDINA, *“La legge regolatrice dei contratti di investimento nel sistema ICSID”*, RDIPP, città, 1982, pp. 677 ss.

GRAFFI, *“L’articolo II della Convenzione di New York sul riconoscimento e l’esecuzione delle sentenze arbitrali straniere opera anche in sede di delibazione?”*, Riv. Trim. dir. Proc. civ., 2002, p.835.

GRISI, “Enciclopedia del diritto”. *Annali vol. 4*”, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p 642

HAMADE, “Middle east and North Africa overview: international arbitration 2019”, cap 2, sul sito <https://iclg.com/practice-areas/international-arbitration-laws-and-regulations/9-middle-east-and-north-africa-overview>

HAPP, “Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty”, *The German Yearbook of International law*, 2002, p.331

HODA, “Russian Commercial Law”, Brill Nijhoff, 2007, p 450

ICCA, “Guida dell’ICCA all’interpretazione della Convenzione di New York del 1958. Un manuale per i giudici”, 2013, pp. 9 e ss.

ICSID, “Documents concerning the origin and the formulation of the Convention”, volume II, pag 304, consultabile sul sito <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>

JINGZHOU TAO, “Arbitration law and practice in China”, Wolters Kluwer, 2012, p. 437

JOAQUIM, DE PAIVA, MUNIZ, “Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure”, Juris Publishing, Inc., 2006, pp. 171-174

KAHN, “L’estension de la notion d’investissement, in *Les Investissement Français dan le Tiers Monde*”, J. Bourrinet edn, Parigi, 1984, p.111.

KAPLAN, “Is the need for writing as expressed in the New York Convention and the model law out of step with commercial practice?”, *Asia Pacific law review journal*, 2016, p. 27

LAHM, HELLBECK, “State Court Intervention in International Arbitration: The United States perspective”, *ICSID review volume 26*, 2011, p. 94

LAUDISA, “Arbitrato e riservatezza”, in *Rivista arbitro*, Milano 2004, pp. 23

LAUTERPACHT, “Prefazione”, Cambridge University Press, 2008, p. 9

LEONE, “Nozione di investimento ai sensi della Convenzione di Washington del 1965 e dei trattati bilaterali d’investimento: dottrina e giurisprudenza”, *Centro di ricerche economiche e giuridiche*, Roma, 2011, p. 6

LEW, LOUKAS, MISTELIS, KROLL, “Comparative International Commercial Arbitration”, *Kluwer law international*, 2003, p. 685

LOPEZ DE GONZALO, “*Note sul riconoscimento e sull’esecuzione dei lodi arbitrari inglesi in Italia secondo la Convenzione di New York del 1958*”, Giappichelli editore, Torino, 1983, p.780.

MAGILLO, “*Il riconoscimento e l’esecuzione dei lodi stranieri secondo la Convenzione di New York*”, in *Appunti di diritto dell’arbitrato*, Giappichelli Editore, Torino, 2012, pp. 223-226.

MANN, “*British Treaties For the Promotion and Protection of Investment*”, British Y.B International law, 1981, pp. 249-250

MANTILLA SERRANO, “*Le traitement législatif de l’arbitrage en Amerique Latine*”, rivista di arbitrato n.3, 2005, p. 566.

MARCHENKO, “*The European Arbitration Review 2019*”, *Law business research*, 2019, p.115 e ss.

MARCHILL, MACBREARTY, “*Annulment of ICSID Awards: Recent Trends*”, *Wolters Kluwer*, 2017, pp. 427 e ss.

MARTINEZ, *Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention of 1958: The "Refusal" Provisions*, in *The International Lawyer*, Vol. 24, No. 2 (Summer 1990), pp. 491-493

MARTONE, “*Arbiter- arbitrator. Forme di giustizia privata nell’età del diritto comune*”, Jovene, Napoli, 1984, pp. 36 e ss

MAURO, “*Investimenti stranieri*”, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, VI, Milano, 2011, pp. 628 ss.

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, n. 4, pp. 836-855.

MAURO, c. VI “*L’evoluzione del Diritto Internazionale degli investimenti*”, “*Diritto Internazionale dell’Economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche Internazionali*”, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, p.338

MCLLWRATH, SAVAGE, “*International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*”, *Wolters Kluwer*, 2018, p.327

MCLLWRATH, SAVAGE, “*After the Arbitration: Challenge, Recognition and Enforcement of the Award*”, C. 6, *Wolters Kluwer*, 2018, p.352

MOORE, “*History and Digest of the International Arbitration to which the United States has been a party*”, vol. III, Washington, Govt. print, 1898, P.2277

OPPÉTIT, “*Théorie de l’arbitrage*”, Presses Universitaires de France – PUF, prima edizione, 1999, p.9

PAULLSON, “*The 1958 New York Convention in Action*”, Wolters Kluwer, 2016, p.5

PAULLSON, “*The Role of Swedish Courts in Transnational Commercial Arbitration*”, Virginia journal of international law, 1981, p. 211

PAULSSON, “*Arbitration without privity*”, *Foreign investment law journal*, p. 232

PAULSSON, “*Arbitration without Privity*”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 10, Issue 2 p. 232

PAULUS, “*Treaties of Friendship, Commerce and Navigation*”, Oxford Public International Law, 2011, disponibile su <https://opil.oup.com/>

PERRINI, “Validità di clausola compromissoria espressa in forma elettronica e conclusa per via telematica”, in riv. Arb., 2001, p.261

PETERSON, “*German court sees no clash between Achmea v. Slovakia arbitral award and EU law, and is unmoved by persistent arguments of European Commission*”, in *Investment arbitration reporter*, 2015, pp. 51 e ss

PONZETTI, “*Differenze tra arbitrato ad hoc e arbitrato amministrato. Le controversie arbitrabili*”, pp.1-4. Articolo consultabile sul sito https://www.ordineavvocativrea.it/media/filer_public/fc/7f/fc7fa9eb-31d8-4152-88b4-83388ea8bc31/arbitrato_ad_hoc_arbitrato_amministrato.pdf

POTESTÀ, “*Il consenso all’arbitrato ICSID contenuto in una legge nazionale dello Stato ospite dell’investimento*”, Milano, Giuffrè Editore, p. 378

QUIGLEY, “*Convention on Foreign Arbitral Awards*”, Yale law journal, 1972, p.58

REED “*Experience of practical problems of enforcements*”, ICC congress, 199, p 557

REED, PAULSSON, BLACKABY, “*Guide to ICSID Arbitration*”, Kluwer law, 2004, cfr. Cap 4: “*ICSID Arbitration procedure*”

REINISCH, “Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureka Investment Arbitrations”, Wolters Kluwer, 2012, pp. 157 e ss.

REISMAN, “The breakdown of the control mechanism in ICSID arbitration”, Duke law rev., 1989, p. 739

ROBINSON in, “*Expropriation in the Restatement*”, Cambridge University Press, 1984, p. 177

RONZITTI, “*Introduzione al diritto internazionale*”, Giappichelli Editore, Torino, 2013, p. 366 e ss.

RUBINO, SAMMARTANO, “*The channel Tunnel and the Tronc commun Doctrine*”, JIA, 1993, pp. 59 e ss

RUBINO, SAMMARTANO, “*Il diritto dell’arbitrato*”, CEDAM, Padova, 2006, pp. 1069 e ss.

SANDERS, “Guida dell’ICC alla Convenzione di New York del 1958”, INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, 2011, p. 10.

SANDERS, “*Quo Vadis Arbitration?: Sixty Years of Arbitration Practice*”, Kluwer Law International B.V, p.376

SARAVALLE, “Arbitrato internazionale e leggi antitrust”, Cedam, Padova, 1986, p. 599

SCHREUER, “The ICSID Convention”, “ Authors’ preface”, Cambridge University Press, 2009, p. 11

SCHREUER, MALINTOPPI, REINISH, SINCLAIR, “The ICSID Convention: a commentary”, Cambridge University press, 2009, p. 2

SCHREURER, “The ICSID Convention: a commentary”, Cambridge university press, 2011, p.1087

SCHREURER, “Three generations of ICSID annulment proceedings, annulment of ICSID awards, IAI, 2004, pp. 17 e ss.

SCHWARZENBERGER, “*Foreign Investments and International Law*”, VRÜ Verfassung und Recht in Übersee, Londra, 1969, p. 17

SCISO, “Appunti di diritto internazionale dell’economia”, Giappichelli Editore, Torino, p. 210

SORNARAJAH, “*State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*”, *Journal of World Trade L*, 1986, pp. 81-82.

SPACCAPELO, “*L'imparzialità dell'arbitro*”, Giuffrè Editore Milano, 2009, p. 409.

SPACCAQUERCHE, BARBOSA, “*The Enforcement of International Investment Arbitral Awards: Is There A Better Way?*”, in *Transnational Dispute Management*, Vol. 6, Issue 4, 2009, p. 11.

SPECCHIA, “*L'arbitrato internazionale*”, Giappichelli editore, Torino, 2013, p. 63

VAN DEN BERG, “*The New York Convention: Its intended effects, its interpretation, its salient problem areas*”, Blessing, 1996, p 25

VAN DEN BERG, “*Yearbook commercial arbitration xxi*”, Kluwer law international, 1996, p. 685-689

VANDEVELDE, “*The Economics of Bilateral Investment Treaties*”, Oxford University press, 2000, pp.469-472

VANDEVELDE, “*The Economics of Bilateral Investment Treaties*”, Oxford University press, 2000, p. 471

VIGORITI, “*Criteri di scelta tra giudizio ordinario e arbitrato*”, “Arbitrato, ADR, Conciliazione”, cap. I, Zanichelli Editore, Bologna, 2009, p.4

VIGORITI, “*La decisione arbitrale come precedente*”, *Rivista arbitrato*, Milano, 1996, pp. 33-35

WAELE, “*Energy Charter Treaty based Arbitration*”, *Journal of Trade Investment and Trade Law*, 2004, pp. 373 e ss

WOOD, “*Enforcement of ICSID Awards in National Courts*”, articolo preso da: *TDM 3 (2005)*, in *Investor-State Disputes - International Investment Law*, in *Transnational Dispute Management*. Consultabile sul sito: www.transnational-dispute-management.com/article.asp.

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.

ZARRA, “*L'esecuzione dei lodi arbitrati annullati presso lo stato della sede e la Convenzione di New York: verso un'uniformità di vedute?*”, Giuffrè editore, Milano, 2015, p 574.

Sitografia di maggiore rilievo

Carta dell'Energia: <https://www.energycharter.org/>

Caso Achmea:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=FAEB742E4F81D2C3977BC8BFC3AE14FB?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=658006>

Convenzione di New York:

https://www.bg.camcom.it/sites/default/files/contenuto_redazione/pagina_base/PDF/convenzione-new-york-1958.pdf

Corte di Giustizia Europea https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_it

ICC: <https://iccwbo.org/>

ICSID: <https://icsid.worldbank.org/en/>

Kluwer Arbitration Blog: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/>

MERCOSUR: <https://www.mercosur.int/en/>

MIGA: <https://www.miga.org/>

MISE: <https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/DICHIARAZIONE-DEI-RAPPRESENTANTIUE-15-1-2019.pdf>

NAFTA: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/north-american-free-trade-agreement-nafta>

Report of the Executive Directors:

<https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199660568.001.0001/acprof-9780199660568-appendix-5>

UNCITRAL: <https://uncitral.un.org/>

World Bank: <https://www.worldbank.org/>

Riferimenti giurisprudenziali

Corte D'Appello di Amsterdam, caso Kersten v. Soc. comm. R. Duval, C. 16 luglio 1992; consultabile sul sito: https://www.arbitration-icca.org/publications/consolidated_list_of_all_court_decisions/consolidated_list_of_all_court_decisions_2.html

Corte D'Appello di Basilea in DIETF v. RF AG, 5 Luglio 1994, in Yearbook 1996, p. 686

Corte D'Appello di Milano, caso Arengo BMD v. Pozzi Richard Ginori, 16 Marzo 1984, consultabile sul sito: https://www.arbitration-icca.org/publications/consolidated_list_of_all_court_decisions/consolidated_list_of_all_court_decisions_2.html

Corte D'Appello di Napoli, sentenza Carters v. Ferraro, 20 Febbraio 1975, consultabile sul sito: http://www.corteappello.napoli.it/ufficijudiziari/trib_napoli_personale.aspx?id_ufficio_giudiziario=28&id_ufficio=1295

Corte Distrettuale di Nacka (Svezia), 23 Gen. 2019, che ha negato l'esecuzione del lodo finale del tribunale ICSID dell'11 Dic. 2013: Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania ICSID Case No. ARB/05/20) consultabile sul sito: https://e-justice.europa.eu/content_specialised_courts-19-se-maximizeMS-it.do?member=1

Corte Federale di Giustizia Tedesca, caso I ZB 2/15, 31/10/2018, consultabile sul sito: <https://www.wolterskluwer-online.de/#>.

District Court of Tennessee, caso *Tennessee Imports v. Filippi e Grand Prix Italia*, 14 agosto 1990, consultabile sul sito: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/745/1314/1612393/>.

Federal Arbitrazh (Commercial) Court, Moscow District, 1 novembre 2004 (*AO Slovenska Konsolidachna, A.S. v. KB SR Yakimanka*) *Yearbook Commercial Arbitration XXXIII* (2008) pp. 654-657 (*Russian Federation no. 15*).
Federal Arbitrazh (Commercial) Court, District of Tomsk, 7 luglio 2010 (*Yukos Capital S.A.R.L. v. OAO Tomskneft VNK*), *Yearbook Commercial Arbitration XXXV* (2010) pp. 435-437 (*Russian Federation no. 28*).

High Court of Hong Kong, caso Paklito v. Klockner, 15 Gennaio 1993, consultabile sul sito: https://www.uncitral.org/clout/clout/data/hkg/clout_case_1441_leg-2338.html

ICSID c. n. ARB/98/4 Wena Hotels Ltd v. Arab Republic of Egypt, International Legal Materials, 2002, p. 933, par. 37-40.

ICSID case n. ARB/03/06.MCI Power Group LC Vs. Ecuador, consultabile sul sito:

https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/MCI%20v%20Ecuador%20-%20Award.pdf

ICSID case n° ARB/00/04 Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA Vs. Marocco, consultabile sul sito:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f00%2f4>

ICSID Case No ARB/07/19, *Electrabel SA v Hungary*,, *decision on jurisdiction, applicable law and liability*, 30 November 2012, consultabile sul sito:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f07%2f19>

ICSID Case No. ARB/05/20 11 Dic. 2013: Ioan Micula, Viorel Micula and others v. Romania, consultabile sul sito:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f05%2f20>

ICSID Case No. ARB/08/2 *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, consultabile sul sito:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f08%2f2>

ICSID Case No. ARB/13/30 , “*RREEF Infrastructure (GP) Ltd and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux Sàrl v Kingdom of Spain*”, *decision on jurisdiction*, 6 June 2016, consultabile sul sito:

ICSID Case No. ARB/14/22 LG&E Energy Corporation., LG&E Capital Corporation., e LG&E International Inc. v Argentine Republic, consultabile sul sito:

[https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants'%20Reply%20\(Redacted%20per%20PO8\)/Legal%20Authorities/Consolidated%20Index%20of%20Claimants'%20Legal%20Authorities.pdf#search=ICSID%20case%20%20LG%26E%20Energy%20Corporation%2E%2C%20LG%26E%20Capital%20Corporation%2E%2C%20e%20LG%26E%20International%20Inc%2E%20v%20Argentine%20Republic](https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants'%20Reply%20(Redacted%20per%20PO8)/Legal%20Authorities/Consolidated%20Index%20of%20Claimants'%20Legal%20Authorities.pdf#search=ICSID%20case%20%20LG%26E%20Energy%20Corporation%2E%2C%20LG%26E%20Capital%20Corporation%2E%2C%20e%20LG%26E%20International%20Inc%2E%20v%20Argentine%20Republic)

ICSID Case No. ARB/81/1, Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, consultabile sul sito:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Annulment.aspx>

ICSID Case No. ARB/81/2, Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, consultabile sul sito: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Annulment.aspx>

ICSID Case No. ARB/97/3 Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, consultabile sul sito: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f97%2f3>

ICSID Case No. ARB/98/4, Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, consultabile sul sito: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f98%2f4>

ICSID Case No. ARB/84/ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, consultabile sul sito: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f84%2f3>

ICSID Case No. ARB/87/ Asian Agricultural Products Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, consultabile sul sito: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB%2f87%2f3>

ICSID Case N. ARB/96/3 *Fedax NV v. Republic of Venezuela*, decisione sulla giurisdizione dell'11 giugno 1997, consultabile sul sito <http://www.italaw.com/cases/432>.

ICSID Case No. ARB/03/11, *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, decisione sulla giurisdizione del 6 agosto 2004, consultabile sul sito: <http://www.italaw.com/cases/590>

Trib. Sup. de justicia, caso *Press Office v. Centro editorial hoy*, 24 febbraio 1977, consultabile in VAN DEN BERG. "The New York Arbitration Convention", Wolters Kluwer, 1981, p. 235

UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), consultabile sul sito: <https://www.italaw.com/cases/417>

