

Dipartimento di Giurisprudenza Cattedra di Diritto internazionale dell'economia

L'EVOLUZIONE DELLA NOZIONE DI INVESTIMENTO STRANIERO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

RELATORE

Prof.ssa Maria Rosaria Mauro

CANDIDATO Ettore Prosperi 120483

CORRELATORE

Prof. Pietro Pustorino

ANNO ACCADEMICO 2017-2018

L' evoluzione della nozione di investimento straniero nel diritto internazionale

Intr	oduzione	4
CA	PITOLO I: la nozione di "estraneità"	9
1.	Persone fisiche	11
1.1	Protezione diplomatica	11
1.2	Giurisdizione ICSID	14
2.	Persone giuridiche	15
2.1	Protezione diplomatica	15
2.2	Giurisdizione ICSID	20
CAPITOLO II: la nozione di investimento		
1	Possibili definizioni di "investimento"	27
1.1	La definizione asset-based	28
1.2	La definizione enterprise-based	30
1.3	La definizione transaction-based	32
1.4	L'uso delle liste	33
2	Condizioni specifiche aggiuntive ed esclusioni	35
2.1	Autorizzazione delle autorità locali	35
2.2	Rispetto del diritto nazionale	38
2.3	Territorialità dell'investimento	41
2.4	Esclusioni	43
CA	PITOLO III: la nozione di investimento nella prassi internazionale ed interna	46
1	La nozione di investimento nei trattati bilaterali	47
1.1	L'evoluzione della nozione nei BIT e Model BIT	48
1.2	Determinazione dell'esistenza di un asset	53
2	La nozione di investimento nei trattati multilaterali	56

2.1	Il MAI	56
2.2	Nozione di investimento nel sistema del WTO	62
2.3	Nozione di investimento nel diritto dell'UE	64
3	Altri trattati multilaterali	71
3.1	ASEAN	71
3.2	2 MERCOSUR	72
3.3	3 MIGA	74
3.4	Le organizzazioni africane: ECOWAS e SADC	76
3.5	Carta dell'Energia	79
4	La nozione di investimento nelle leggi nazionali	79
4.1	Alcuni esempi	79
4.2	2 Casi particolari	83
5	Unità dell'operazione di investimento	86
CA	APITOLO IV: la nozione di investimento alla luce della Convenzione di Washing	ton e della
giu	ırisprudenza dei tribunali ICISD	90
1	Convenzione di Washington: la redazione	90
2	Approccio soggettivo e oggettivo: il caso Salini	99
2.1	L'approccio oggettivo e il caso Salini	102
3	I criteri del test di Salini	106
3.1	Il conferimento	107
3.2	2 La durata	107
3.3	3 Il rischio	109
3.4	Lo sviluppo dello Stato ospite	112
3.5	6 Critiche alla decisione del caso Salini e metodi di definizione alternativi	

Bibliografia		157
		152
\mathbf{V}	Conclusioni	146
8	Debiti e crediti in denaro e acquisto di titoli di stato esteri	137
7	I diritti di proprietà intellettuale nei trattati di protezione degli investimenti	132
6	Decisioni giudiziarie ed arbitrali	129
5	Le spese pre-investimento.	126
4	Approccio soggettivo	124

L' evoluzione della nozione di investimento straniero nel diritto internazionale

Introduzione

- 1. La nozione di "estraneità"
- 1. Persone fisiche
- 1.1 Protezione diplomatica
- 1.2 Giurisdizione ICSID
- 2. Persone giuridiche
- 2.1 Protezione diplomatica
- 2.2 Giurisdizione ICSID

L'evoluzione della nozione di investimento straniero nel diritto internazionale

Introduzione

Nell'odierno quadro delle relazioni internazionali, gli investimenti stranieri ricoprono una funzione sempre più importante a livello economico, ma anche politico. La prima forma di investimento estero diretto, secondo un autore¹, risale addirittura ai Fenici² che erano soliti stabilire veri e propri avamposti nel Mediterraneo orientale, finalizzati al commercio e che costituivano vere e proprie presenze commerciali. Qualche secolo dopo, anche il fiorire della Via della Seta³ ha implicato la presenza permanente di agenti e stabilimenti che non si limitavano al solo scambio di merci ma ad un impegno di lungo periodo. Durante il colonialismo, le principali potenze europee stabilirono colonie nelle Americhe ed in Africa al fine di sfruttare le risorse locali grazie alla propria superiorità tecnica ed al lavoro dei nativi. Nel periodo post-coloniale si sviluppò le cosiddette "gunboat diplomacy" tra le Nazioni europee e le ex colonie: una commistione di diplomazia, uso della forza e minaccia di uso della forza. A partire dal secondo dopoguerra, anche grazie alle pressioni delle "istituzioni di Bretton Woods⁵" divenne sempre più evidente che gli investimenti stranieri andavano protetti tramite strumenti giuridici ed in primis trattati internazionali: la tutela internazionale tramite strumenti normativi è risultata in una crescente necessità di definire ciò che si intende con "investimenti stranieri". Essi sono, infatti, fattore di crescita delle economie nazionali e, quando certe condizioni vengono rispettate, di maggiore benessere generale. Nel senso economico più ampio, con "investimento" si intende generalmente l'acquisto di beni e risorse (o i beni e le risorse stessi) che, debitamente impiegati, consentono di generare un profitto. Secondo la scienza economica, l'"investimento estero diretto" comporta un trasferimento di fondi, un progetto di lungo periodo, il fine di ottenere profitti, la partecipazione (in una certa misura) del trasferente nella gestione del progetto ed un rischio economico⁶. L'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) ne dà una definizione nel suo OECD Benchmark Definition of Foreign

¹ Cfr. David Collins, "An introduction to International Investment Law", 2017, p. 6

² Civiltà stabilita nella zona dell'attuale Libano ed attiva in tutto il Mediterraneo orientale intorno al 1500 AC

³ Insieme di itinerari terrestri, marittimi e fluviali (per un totlae di circa 6000 km) lungo i quali si svolgevano commerci e scambi tra l'Impero Romano e l'Impero Cinese

⁴ Cfr. David Collins, "An introduction to International Investment Law", 2017, p. 10

⁵ Il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale, fondati con la Conferenza di Bretton Woods nel 1944. Il primo aveva la funzione di stabilizzare il sistema monetario internazionale ed oggi, dopo la fine dei cambi fissi, di prestiti a Nazioni in difficoltà temporanea; la seconda di finanziare progetti di lungo periodo nei Paesi in via di sviluppo.

⁶ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, "Principles of international investment law", seconda edizione, 2012, p.60

Direct Investment (redatto per fini di statistica economica): "L'investimento diretto è un tipo di investimento transnazionale effettuato dal residente in una economia ("investitore diretto") al fine di stabilire un interesse duraturo in un'impresa ("impresa dell'investimento diretto") che risiede in una economia diversa da quella dell'investitore diretto". L'investimento estero diretto ha, dunque, un significato più ristretto rispetto a quello di investimento: spesso, però, nella prassi convenzionale, i termini "investimento estero diretto" ed "investimento estero" vengono usati in modo intercambiabile⁸, pur restando una differenza di significato che sarà affrontata più avanti.

Il problema di definire la nozione di investimento, tuttavia, si presenta con decisione in ambito giuridico: in ogni branca del diritto, infatti, si trovano molti termini mutuati dal mondo dell'economia, delle scienze sociali e dalla vita quotidiana ed ognuno di essi si trova "riassegnato" un significato parzialmente diverso: "l'investimento straniero" non fa eccezione. Nel caso della nozione di investimento straniero non esiste definizione giuridica univoca, ma diverse definizioni da rinvenire nelle fonti del diritto internazionale. In questa trattazione si cercherà di dare conto dei diversi contributi, da parte del diritto pattizio (bilaterale e multilaterale), legislativo interno, a questo allargamento della tutela, a volte disordinato, e si esamineranno i punti più importanti delle decisioni giurisprudenziali che hanno maggiormente contribuito all'evoluzione ed all'ampliamento della nozione fino quasi a giungere a ciò che, secondo certi studiosi, è un totale snaturamento del termine "investimento" rispetto al significato del linguaggio economico e comune. La questione della definizione giuridica è stata trattata in modo diverso, come si vedrà, dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali (dunque nella pratica pattizia), da un lato, e dai tribunali arbitrali, dall'altro. Nella pratica pattizia si rinvengono definizioni molto ampie a tutela di svariate operazioni economiche e posizioni giuridiche che si allargano molto oltre la nozione economica di "investimento" classica. La pratica dei tribunali arbitrali (verranno esaminate in particolare le decisioni ICSID) è decisamente più incostante e procede per allargamenti della nozione e seguenti restrizioni sia per quanto riguarda l'accettazione o meno delle definizioni pattizie, sia per quanto riguarda la ricerca di una definizione che presenti i caratteri dell'investimento in senso economico e la loro conseguente interpretazione. Sarà evidente dall'esame delle definizioni pattizie che gli Stati hanno l'interesse primario della tutela e dell'incentivazione degli investimenti e, dunque, le definizioni giuridiche saranno perlopiù ad ampio spettro ossia ricomprendenti un'ampia gamma di operazioni economiche e posizioni giuridiche. Una nozione importante cui accennare prima di

⁻

⁷ OECD "Benchmark Definition of Foreign Direct Investment", quarta edizione, 2008 www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf

⁸ Mahnaz Malik, Best practices series Bulletin 1 "Definition of investment in international investment agreements"; http://www.iisd.org/pdf/2009/best practices bulletin 1.pdf

affrontare quella di investimento è la proprietà opportuno fare un cenno introduttivo, senza possibilità di esaurire l'argomento, visto che essa viene richiamata da innumerevoli trattati di protezione degli investimenti: l'istituto giuridico probabilmente più importante e antico di tutti. Tale concetto è, storicamente e giuridicamente, l'istituto più intimamente collegato all'investimento, almeno nella forma più elementare di capitalismo, in cui i mezzi di produzione sono di proprietà dell'investitore persona fisica e l'investimento è oggetto del diritto di proprietà: è l'idea originaria di proprietà ad aver plasmato, almeno in un primo tempo, la nozione di investimento più basilare. Secondo certa dottrina⁹, inoltre, la nozione di "investimento" coinciderebbe con i "property rights and interests", ossia i diritti patrimoniali degli stranieri. La proprietà, in effetti, ricopre una funzione fondamentale in quasi tutti i sistemi giuridici del mondo, essa è definita, in primo luogo, dalla legge nazionale e, in particolare nei paesi di *civil law*¹⁰, dal codice civile. Le definizioni di proprietà, così come la radice stessa della parola, sono mutuate dal diritto romano e in quanto tali sono, nel mondo occidentale tutte abbastanza simili. La proprietà è descritta nel Codice Civile italiano all'articolo 832 come "diritto di godere disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico" e dall'articolo 544 del Codice Civile francese come "le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements"12. In secondo luogo, la nozione di proprietà si ritrova in strumenti di diritto internazionale funzionali alla protezione della proprietà straniera. In essi, tuttavia, non è possibile rinvenire una definizione univoca e le prime forme di protezione della proprietà dello straniero nei Trattati di Amicizia, Commercio e Navigazione¹³ poggiano sulle rispettive definizioni della legge dello stato di volta in volta interessato. Il problema della tutela internazionale di un diritto, che si trovi, però, definito nel suo contenuto solo a livello di legge nazionale, è che la tutela può essere estesa o contratta in virtù dei cambiamenti legislativi nazionali: un problema che tocca in realtà tutti i rapporti giuridici internazionali (incluso quello di investimento straniero). La proprietà può riferirsi sia all'oggetto

⁹ Cfr. Mauro, Enciclopedia del Diritto, Annali IV, Giuffrè, 2011, pp. 643-644

¹⁰ I sistemi di *civil law* sono basati sull'eredità del diritto romano e sul Codice di Giustiniano, sono caratterizzati dalla prevalenza delle norme di diritto su quelle giurisprudenziali e procedono per astrazioni e principi generali. I sistemi di *common law* (eredi dell'antico diritto inglese) sono, al contrario, basati perlopiù sui precedenti giurisprudenziali (regola dello "stare decisis") e, in secondo luogo, su leggi e codici (detti statutes)

¹¹ Codice Civile, art. 832 (1942); http://www.testolegge.com/codice-civile/articolo-832

[&]quot;diritto di godere e disporre delle cose nel modo più assoluto, posto che non vengano usate in modo proibito da leggi o regolamenti"; Code Civil, art. 544, legge 1804-01-27 promulgata il 6 febbraio 1804; https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=52CAD90D014FC335BC522031F8904E70.tplgfr22s_2?idSecti onTA=LEGISCTA000006117904&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180411

¹³ Trattati conclusi per facilitare il commercio, la navigazione e gli investimenti tra gli Stati parti e proteggere i rispettivi individui e attività economiche ma anche regolare immigrazione e tasse. Sono stati utilizzati soprattutto dagli Stati Uniti ed il primo in assoluto è stato concluso tra Francia e USA nel 1778. Altri Stati hanno impiegato questo modello, come, ad esempio, la Germania tra la fine degli anni '20 e l'inizio degli anni '30.

posseduto, il "bene" (property), sia al rapporto tra un soggetto proprietario e il suo bene (ownership). La proprietà è certamente un diritto assoluto e opponibile a chiunque ed il suo oggetto può essere un bene tangibile o intangibile. Negli strumenti giuridici internazionali essa è definita, appunto, sia come bene oggetto di un diritto, sia come rapporto che lega il bene alla persona. Un esempio di riferimento al bene posseduto si rinviene nella Bozza di Convenzione sulla Protezione della Proprietà del 1962 dell'OCSE: in essa la proprietà è definita nel seguente modo: "(c)"Property" means all property, rights and interests whether held directly or indirectly, including the interest which a member of a company is deemed to have in the property of the company"¹⁴. Si osserva che la difficoltà di definire ciò che è "proprietà" dà luogo ad una definizione vuota e tautologica ("property means all property") con una parziale specificazione nelle note e commenti all'articolo 9: "The definition of this term in paragraph (c), which is in conformity with international judicial practice, shows that it is meant to be used in its widest sense which includes, but is not limited to, investment"15. Troviamo, dunque, una definizione di proprietà che sancisce espressamente la vicinanza di questo ultimo concetto con quello di investimento: in effetti sembra che la categoria di "investimento" sia ricompresa nell'ambito più ampio della "proprietà" o "delle" proprietà. Anche nelle definizioni pattizie di investimento (esaminate nel capitolo successivo), la proprietà, tangibile o intangibile, mobile o immobile, ha molto spesso un suo posto riservato nella sempre più ampia varietà di forme di investimento tutelate. Un caso di riferimento al rapporto tra soggetto e bene ("ownership") è rappresentato dalla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne che garantisce all'articolo 16, lettera (h) della versione inglese: "[t] he same rights for both spouses in respect of the ownership, acquisition, management, administration, enjoyment and disposition of property, whether free of charge or for a valuable consideration" ¹⁶. I trattati di protezione contro l'espropriazione più risalenti comprendono nel loro oggetto i "property, rights and interests", mentre i moderni trattati bilaterali e multilaterali di carattere economico si concentrano ormai sulla protezione dell'investimento: nella pratica odierna, gli obiettivi di tutela sono concentrati sugli investimenti e non più tanto sulla generica "proprietà". Anche l'investimento, come si vedrà, ha la doppia natura di oggetto (bene o "asset") e di "organizzazione in rapporto con l'investitore. Agli strumenti internazionali di tutela fanno seguito le decisioni dei tribunali internazionali dei diritti umani sul diritto di proprietà nelle quali è possibile scorgere un interessante parallelismo per ciò che riguarda l'odierna espansione della nozione di investimento. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha

⁻

¹⁴ Draft Convention on the Protection of Foreign Property, art. 9 (OECD; 1962)

¹⁵ www.jstor.org/stable/pdf/40704497.pdf?refreqid=excelsior%3Ac4a300703d69c6f7db4e8f6d59aafaa8

¹⁶ http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cedaw.pdf

stabilito che il Protocollo 1¹⁷, nonostante protegga espressamente il possesso, può essere considerato come comprensivo della proprietà intesa come facoltà di usare, trasferire ed escludere altri dai beni posseduti i quali possono essere mobili o immobili ed anche intangibili come proprietà intellettuale, contratti, decisioni giudiziarie, licenze e concessioni. Anche la Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo ha una giurisprudenza sostanzialmente simile e nella sua decisione Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community contro Nicaragua¹⁸ ha spiegato che il diritto di proprietà sancito dall'articolo 21 della Convenzione¹⁹ si estende sulle cose che possono essere possedute, che siano materiali o immateriali, ma anche a ogni diritto che possa essere parte del patrimonio della persona: anche oggetti intangibili capaci di avere un valore. Per quanto riguarda i possibili oggetti del diritto di proprietà, come identificati dalle Corti citate, si noterà che sono molto simili nell'elencazione agli oggetti che possono costituire "investimento". Le difficoltà di definire la proprietà hanno portato uno studioso a scrivere che la domanda sulla definizione universale di proprietà è "unanswerable" e, tuttavia, anche di "shared understanding about the essential meaning of the term", riferendosi al sistema giuridico americano²⁰. In definitiva, quindi, la proprietà è definita a livello di diritto privato in ogni Stato, in trattati settoriali o in bozze e non ne esiste una definizione unica, tuttavia, le diverse definizioni, ai fini della presente trattazione, sembrano puntare verso una nozione di controllo, godimento e disposizione. Oggi, tuttavia, è l'investimento, che ha in buona parte assorbito il concetto di proprietà. il maggiore oggetto di protezione dei trattati internazionali: in particolare l'"investimento straniero". Per tentare di ricostruire la nozione di "investimento straniero", verrà, in questa sede, innanzitutto, esaminato il concetto di "estraneità": un investimento, per essere "straniero", deve essere compiuto da un soggetto (l'"investitore") che sia "estraneo" al sistema economico e giuridico in cui l'investimento si svolge. L'estraneità del soggetto deve essere esaminata in modo diverso a seconda che si tratti di persona fisica o giuridica e verrà descritta da due diverse angolazioni: la prima è quella della protezione diplomatica, istituto giuridico molto risalente e finalizzato alla protezione dei diritti ed interessi degli stranieri all'estero da parte del proprio Stato di cittadinanza, la seconda è quella della Convenzione di Washington del 1965 che ha istituito l'ICSID (International Center for the Settlement of Investment Disputes) e che è più recente

¹⁷ Protocollo Addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmato a Parigi il 20 marzo 1952; http://www.studiperlapace.it/documentazione/europrot1.html Decisioni rilevanti: *Sporrong contro Svezia* (1982) 5 EHRR 35 para 60; *Hutten-Czapska contro Polonia* (2006) 45 EHRR 4 para 202; *Chassagnou contro Francia* (1999) 29 EHRR 615 para 74.

¹⁸ Corte interamericana dei diritti umani, decisione 31 agosto 2001; http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec 79 ing.pdf

¹⁹ Convenzione Americana dei Diritti Umani (adottata dalla Conferenza Inter-Americana Specializzata sui Diritti Umani San José, Costa Rica, 22 novembre 1969);

https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm

²⁰ John E Cribbet, "Concepts in Transition: The Search for a New Definition of Property" (1986), 1986 U Illinois L Rev 1, 1; http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/unilllr1986&div=8&id=&page=&collection=journals

e specificamente finalizzata alla protezione degli investimenti stranieri attraverso meccanismi di arbitrato e conciliazione. Successivamente, verranno esaminati i tipi di definizione dell'operazione economica "investimento" nei trattati di protezione bilaterali e multilaterali e nelle leggi nazionali. Nell'ultimo capitolo si entrerà nel vivo della giurisprudenza, in particolare ICSID, per esaminare come essa ha ricostruito la nozione di investimento e come alcuni questioni specifiche, collegate alla definizione di "investimento", sono state trattate.

CAPITOLO I: la nozione di estraneità

Gli investimenti stranieri sono, come detto, una componente importantissima dei rapporti economici in una economia globalizzata e devono essere protetti attraverso leggi e strumenti di natura internazionale. Per tutelare gli "investimenti stranieri", però, è necessario averne una definizione il più possibile chiara e univoca: bisogna conoscere ciò che si vuole proteggere. Il concetto di "investimento" si rinviene nei trattati e nelle leggi nazionali e verrà esaminato nei successivi capitoli. Quello che si comincerà ad esaminare ora, prima di passare alla definizione giuridica (o meglio "definizioni") dell'operazione di "investimento", è il concetto di "estraneità". L""estraneità" è ciò che rende un cosiddetto "investimento straniero" effettivamente "straniero": è l'anello che collega l'operazione economica (l'"investimento") ad un operatore economico che presenti tratti di estraneità rispetto al sistema economico nazionale e giuridico di riferimento. L'operatore economico, ossia, l'investitore, può essere una persona fisica o giuridica con conseguenti differenze nelle regole di determinazione dell'"estraneità". Si passerà ora a definire i tratti che caratterizzano l'estraneità delle persone fisiche e delle persone giuridiche. A tal fine è utile esaminare il funzionamento di due mezzi di tutela dei diritti dello straniero-investitore: la protezione diplomatica e l'ambito soggettivo della giurisdizione dell'ICSID²¹. Questi due meccanismi saranno esaminati solo dal punto di vista del riconoscimento dell'estraneità del soggetto i cui diritti devono essere tutelati soffermandosi su alcune questioni critiche.

La nozione di "estraneità" può essere, quindi, dedotta dai mezzi di tutela dell'investimento straniero. Il primo mezzo di tutela dello straniero che verrà esaminato è la protezione diplomatica

²¹ International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID), creato su impulso della Banca Mondiale con la Convenzione di Washington del 1965. Oggi gli Stati Contraenti sono 153 secondo il database ICSID http://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx# Scopo dell'ICSID è di fornire meccanismi di risoluzione (arbitrato e conciliazione) delle controversie tra Stati Contraenti ed investitori stranieri cittadini di altro Stato Contraente. La sua finalità principale è incentivare gli investimenti garantendo agli investitori un sistema di tutela arbitrale certo ed imparziale.

che, in assenza di mezzi di protezione pattizi che conferiscano agli individui la possibilità di agire direttamente per la propria tutela, è la forma di protezione di base per lo straniero ed i suoi diritti, tra cui il diritto di proprietà, base essenziale delle operazioni di investimento. La protezione diplomatica è, probabilmente, la forma più antica di tutela e le sue origini sono molto risalenti nel diritto internazionale²². La protezione diplomatica è stata definita dalla Commissione di Diritto Internazionale²³, convocata nel 1996, in un Progetto di Articoli sulla Protezione Diplomatica²⁴ presentata all'Assemblea Generale il cui articolo 1 recita: "For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility."25 Oggi essa è un istituto di diritto consuetudinario che, nel mondo del diritto internazionale dell'economia, subisce la concorrenza di mezzi di risoluzione giurisdizionale delle controversie in cui la persona fisica o giuridica gode direttamente di locus standi. Nella nota introduttiva agli Articoli sulla Protezione Diplomatica di John Dugard vengono, infatti, menzionati due fattori che hanno avuto un "impact on the law of diplomatic protection"²⁶. Il primo di essi è lo sviluppo e diffusione dei BIT²⁷, il secondo è il già menzionato sistema ICSID che verrà approfondito in seguito. Tuttavia la protezione diplomatica resta una base importante per definire ciò che si intende per "straniero" nell'espressione "investimento straniero" e da questo punto di vista sarà esaminata: essa, infatti, per essere esercitata, richiede il collegamento ("link") della nazionalità della persona (fisica o giuridica) da proteggere allo Stato che la esercita, così come il medesimo collegamento è richiesto

_

²² Nota introduttiva di John Dugard agli Articoli sulla Protezione Diplomatica: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp e.pdf

²³ La Commissione di Diritto Internazionale è un organo sussidiario delle Nazioni Unite ed è stata creata dall'Assemblea Generale nel 1947 per ottemperare al mandato dell'Assemblea stessa di "initiate studies and make recommendations for the purpose of ... encouraging the progressive development of international law and its codification" secondo l'articolo 13 (1) (a) della Carta delle Nazioni Unite; testo completo della Carta a: https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf

²⁴Testo completo degli Articoli: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf
²⁵ "Ai fini della presente bozza di articoli, la protezione diplomatica consiste nell'invocazione, da parte di uno Stato, tramite azione diplomatica o altri mezzi di risoluzione pacifica, della responsabilità di un altro Stato per un'offesa causata da un atto illecito internazionale di quello Stato nei confronti di una persona fisica o giuridica di nazionalità del primo Stato al fine di far valere tale responsabilità".

²⁶ http://legal.un.org/avl/pdf/ha/adp/adp e.pdf

²⁷ Bilateral Investment Treaty: sono trattati internazionali bilaterali che stabiliscono termini e condizioni per l'investimento privato di cittadini e società di uno Stato in un altro Stato, il loro contenuto tipico è divisibile in tre ambiti: trattamento giusto ed equo (generalmente trattamento nazionale o trattamento della nazione più favorita), protezione dall'espropriazione, libero trasferimento di mezzi. Essi prevedono meccanismi alternative di risoluzione delle controversie tramite arbitrato internazionale o arbitrato ICSID. Vedere:

nel caso di specifici mezzi di tutela pattizi che prevedano il diritto di agire in giudizio al cittadino dello Stato parte del trattato di protezione considerato.

Come si vedrà, non esiste una nozione consuetudinaria che riguardi la sostanza della nozione di investimento straniero, ma, partendo dai casi di protezione diplomatica più noti e controversi, si può ottenere una definizione di estraneità dell'investimento. Come sottolineato dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso *Panevezys-Saldutiskis* nel 1939²⁸: "It is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection"²⁹. Il secondo mezzo di tutela (dopo la protezione diplomatica) che sarà esaminato, sempre e solo dal punto di vista dell'estraneità del soggetto (persona fisica e giuridica), da tutelare è la giurisdizione dell'ICSID. La costituzione dell'ICSID ha impattato sull'ambito della protezione diplomatica (come osservato poco sopra) e l'articolo 27 della Convenzione di Washington lo conferma all'articolo 2730: "No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention"31. Si passerà ora a trattare il riconoscimento dell'estraneità nell'ambito della protezione diplomatica e della giurisdizione ICSID, prima rispetto alle persone fisiche e poi a quelle giuridiche. È importante sottolineare che sia i tribunali ICSID che qualsiasi tribunale arbitrale non decidono tout court sulla sussistenza della cittadinanza, ma solo ai fini della decisione sulla questione della giurisdizione³².

1 Persone fisiche

1.1 Protezione diplomatica

²⁸ Corte Permanente di Giustizia Internazionale, giudizio numero 29 del 1939:

http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1939.02.28_panevezys-saldutiskis.htm

 [&]quot;Il legame della nazionalità è ciò che solo conferisce ad uno Stato il diritto ad esercitare la protezione diplomatica"
 Testo completo della Convenzione:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf

³¹ "Nessuno Stato Contraente può fornire protezione diplomatica, o presentare reclamo internazionale, rispetto ad una controversia che uno dei suoi cittadini ed un altro Stato Contraente avrebbero dovuto sottoporre o consentire a sottoporre ad arbitrato secondo questa Convenzione"

³² Cfr. Lucy F. Reed. Jonathan E. Davis, "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 621

Per quanto riguarda la protezione diplomatica della persona fisica, la situazione è piuttosto semplice: uno Stato può intervenire in protezione diplomatica della persona fisica che sia propria cittadina. La cittadinanza di una persona fisica, secondo il diritto internazionale generale, deve essere stabilita in base alla legge del Paese di cui la persona afferma di essere cittadina³³ e la concessione della cittadinanza è affare interno del Paese interessato. La Convenzione dell'Aja³⁴ stabilisce all'articolo 1: "It is for each State to determine under its own law who are its nationals. This law shall be recognised by other States in so far as it is consistent with international conventions, international custom, and the principles of law generally recognised with regard to nationality"³⁵. L'articolo 2 della medesima Convenzione, invece, recita: "Any question as to whether a person possesses the nationality of a particular State shall be determined in accordance with the law of the State"³⁶. Anche i già citati Articoli sulla Protezione Diplomatica stabiliscono all'articolo 4: "For the purposes of the diplomatic protection of a natural person, a State of nationality means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State [...]"³⁷. Sembra, dunque, abbastanza chiaro e lineare che a partire dalla Convenzione dell'Aja del 1930 e fino agli Articoli sulla Protezione Diplomatica del 2006, il riconoscimento della cittadinanza delle persone fisiche è questione di diritto interno, oggi anche secondo il diritto consuetudinario. Tuttavia si pone la questione del riconoscimento di una certa cittadinanza ad uno straniero in caso di doppia cittadinanza od in assenza di un qualsiasi legame con lo Stato di cittadinanza (ad esempio in caso di cambio di cittadinanza). Entrano in gioco, in questi "casi limite", il criterio della nazionalità effettiva, "cioè quella dello Stato con cui l'individuo abbia un collegamento più stretto"38. Il caso Nottebhom39 (Liechtenstein contro Guatemala, Corte Internazionale di Giustizia 1955) è un esempio di acquisizione di cittadinanza con perdita della precedente che ha posto un problema di effettività e di riconoscimento del passaggio davanti ad uno Stato terzo in cui il soggetto risiedeva. Friedrich Nottebohm, nato cittadino tedesco, aveva vissuto in Guatemala dal 1905, mantenendovi interessi economici, per 34 anni e, poco prima dello scoppio

_

³³ *Id.* p. 619

³⁴ Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law, 1930, entrato in vigore il 1 luglio 1937; testo completo: http://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html

³⁵ "Spetta a ciascuno Stato, secondo la propria legislazione, determinare chi sono i propri cittadini. Tale legislazione deve essere riconosciuta dagli altri Stati, fintanto che sia rispettosa delle convenzioni internazionali, consuetudine internazionale ed i principi del diritto riguardanti la nazionalità generalmente riconosciuti"

³⁶ "Ogni questione sul se una persona possegga la nazionalità di un certo Stato deve essere determinata in accordo alla legge di quello Stato"

³⁷ "Ai fini della protezione diplomatica di una persona fisica, lo Stato di nazionalità significa uno Stato di cui la persona ha acquisito la cittadinanza, secondo la legislazione di quello Stato"

³⁸ Natalino Ronzitti, "Introduzione al diritto internazionale", quarta ed., pag. 367

³⁹ Decisione della Corte Internazionale di Giustizia: I.C.J. 1955, I.C.J., 4 (1955); testo completo del giudizio nel merito (seconda fase): http://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf

della Seconda Guerra Mondiale, chiese e ottenne la cittadinanza del Liechtenstein per naturalizzazione, nell'ottobre del 1939, pur non avendo, di fatto, alcun legame sostanziale con quella nazione e perdendo la nazionalità tedesca⁴⁰. In questo caso i giudici basano la propria argomentazione partendo dalla decisione di precedenti casi di doppia nazionalità sia in arbitrati internazionali che in decisioni di corti interne; in tali casi gli organi giudicanti "have given their preference to the real and effective nationality, that which accorded with the facts, that based on stronger factual ties between the person concerned and one of the States whose nationality is *involved*"⁴¹: i fattori di legame considerati sono generalmente residenza abituale, centro degli interessi, legami familiari, partecipazione alla vita pubblica, attaccamento alla patria (eventualmente passato ai figli)⁴². La Corte si basa, dunque, sulla "real and effective nationality", criterio dirimente nei casi di doppia nazionalità, per compiere un audace passaggio successivo: "A State cannot claim that the rules it has thus laid down are entitled to recognition by another State unless it has acted in conformity with this general aim of making the legal bond of nationality accord with the individual's genuine connection with the State which assumes the defence of its citizens by means of protection as against other States"43. Questo caso non è, quindi, il tipico caso di doppia nazionalità in cui si deve scegliere quella "real and effective", ma è un caso di acquisizione di nuova nazionalità (Liechtenstein) con perdita della precedente (Germania): cambio che non viene riconosciuto da uno Stato terzo, ai fini della protezione diplomatica, in mancanza di una "genuine connection". Il caso Nottebhom rappresenta oggi la fine del riconoscimento automatico della cittadinanza delle persone fisiche straniere da parte del Paese ospite e la possibilità di non riconoscere una cittadinanza straniera in caso di opportunismo palese qualora, in caso di cambio di

⁴⁰ Ritornò in Guatemala all'inizio del 1940, ma il Guatemala prese misure contro la sua persona e le sue proprietà in quanto cittadino di uno Stato nemico. Il Liechtenstein agì davanti alla Corte Internazionale di Giustizia per aver riconosciuto il diritto di agire in protezione diplomatica di un proprio cittadino. In queste condizioni, era il Guatemala obbligato a riconoscere, comunque, l'atto unilaterale di concessione della cittadinanza da parte di un paese straniero, anche in assenza di un qualsiasi legame sostanziale? La concessione della cittadinanza è certamente pertinente alla giurisdizione interna del paese concedente eppure, nel momento dell'esercizio della protezione diplomatica, fuoriesce dall'ambito interno e si pone un problema di riconoscimento a livello internazionale da parte di altri Stati. Il Guatemala sottopose alla Corte una obiezione preliminare nella quale sosteneva che Nottebhom avesse acquisito la cittadinanza del Liechtenstein per usufruire fraudolentemente della cittadinanza di un paese neutrale.

⁴¹ "Hanno dato prevalenza alla nazionalità reale ed effettiva che è coerente con fatti basati su legami più forti tra la persona interessata e lo Stato la cui nazionalità viene invocata"; Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala) second phase; Judgment of april 6th, 1955; pag. 22

⁴² La Corte richiama anche le parole del proprio Statuto all'articolo 3, paragrafo 2: "A person who for the purposes of membership in the Court could be regarded as a national of more than one state shall be deemed to be a national of the one in which he ordinarily exercises civil and political rights." Testo completo: http://www.icj-cij.org/en/statute ⁴³ "Uno Stato non può pretendere che alle regole che ha posto spetti il riconoscimento da parte di un altro Stato, a meno che non abbia agito in conformità a questo scopo generale, ossia di rendere il legame legale della nazionalità concorde con il genuino legame di un individuo con lo Stato che prende le difese dei suoi cittadini tramite protezione nei confronti di altri Stati"; Nottebohm case (Liechtenstein v. Guatemala) second phase; Judgment of april 6th, 1955; pag. 23

cittadinanza, gli indizi di legame puntino verso lo Stato di precedente cittadinanza. Si deve precisare, come puntualizzato da Amerasinghe⁴⁴, che la Corte Internazionale di Giustizia non ha deciso sull'astratta sussistenza della cittadinanza del Liechtenstein, ma solo sul riconoscimento *vis à vis* nei confronti del Guatemala.

È importante, comunque, tenere presente che all'articolo 4 del Progetto di Articoli sulla Protezione Diplomatica non viene menzionato nessuna "genuine connection" per il riconoscimento della cittadinanza di persone fisiche e dunque il caso Nottebhom può essere considerato più un unicum di un'altra epoca. Bisogna rilevare che, oggi, richiedere una sostanziale connessione con lo Stato di nazionalità può essere un'arma a doppio taglio". Infatti, nel mondo moderno, attraversato da migrazioni e rapidi interscambi, richiedere una sostanziale connessione ai fini del riconoscimento della nazionalità sarebbe sicuramente utile per evitare scelte di cittadinanza puramente strumentali, ma i criteri per riconoscere una connessione sostanziale restano pur sempre aperti ad un certo grado di discrezionalità da parte degli operatori, tribunali in primis, a tutto svantaggio della certezza del diritto. Dato che gli Articoli sulla Protezione Diplomatica⁴⁵ sembrano propendere per una determinazione "formale" della nazionalità senza richiedere una connessione sostanziale, si può sperare che siano gli Stati, in base alle proprie leggi interne, a concedere la cittadinanza in presenza di una connessione sostanziale. In questo modo sarebbero le leggi nazionali a garantire la genuinità del rapporto cittadino-Stato e, a livello di diritto internazionale, la determinazione puramente "formale" della nazionalità garantirebbe la certezza del diritto.

1.2 Giurisdizione ICSID

⁴⁴ Cfr. Chittharanjan F. Amerasinghe, "Diplomatic protection", 2008, p. 94

⁴⁵ Questi "Articoli" non costituiscono diritto vincolante, ma sono portatori solo dell'autorevolezza della Commissione di Diritto Internazionale. Nell'articolo 15 dello Statuto della Commissione di Diritto Internazionale si stabiliscono le funzioni dello "sviluppo progressivo del diritto internazionale" e la sua "codificazione". Con la prima si indica la preparazione di bozze di convenzioni su materie non regolate dal diritto internazionale e sulle quali non vi è ancora pratica generalizzata da parte degli Stati (ossia una consuetudine in via di formazione); con la seconda si indicano la formulazione e sistematizzazione di materie in cui vi è pratica estesa e uniforme (ossia si è formata consuetudine). Gli Articoli sulla Protezione Diplomatica costituiscono una "bozza" ed attengono alla prima categoria di funzioni. Testo completo dello Statuto della Commissione di Diritto Internazionale:

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf

⁴⁶ Bisogna precisare, tuttavia, che, ai sensi dell'articolo 7 degli Articoli sulla Protezione Diplomatica, "a State of nationality may not exercise diplomatic protection in respect of a person against a State of which that person is also a national unless the nationality of the former State is predominant, both at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim." Questo caso di doppia cittadinanza, di cui una sia dello Stato nei confronti del quale viene esercitata la protezione diplomatica, sembra l'unico in cui viene lasciato uno spazio all'esame del rapporto "sostanziale" sottostante la cittadinanza che è stato ricercato nel caso *Nottebohm* (che tuttavia verteva su un cambio di nazionalità e non sulla doppia cittadinanza).

Il secondo mezzo di tutela nel quale viene definito il concetto di "estraneità" è il sistema dell'ICSID. L'ICSID è, come accennato, un'organizzazione internazionale fondata sulla Convenzione di Washington del 1965 ed in tale documento viene definita l'estraneità in modo molto chiaro (almeno per quanto riguarda le persone fisiche). La Convenzione fissa, all'articolo 25, la giurisdizione del Centro (le controversie su investimenti tra Stati Contraenti e cittadini di altri Stati Contraenti) e definisce il significato di "National of another Contracting State", (persona física), al paragrafo 2, lettera (a) dello stesso articolo: "Any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute", Si può osservare come la determinazione dell'estraneità delle persone fisiche sia molto più lineare nel sistema ICSID in quanto fondato direttamente su un trattato internazionale e non su consuetudini in via di formazione e tentativi di codificazione: si fonda sul rapporto di cittadinanza con uno Stato che deve sussistere in due momenti precisi del procedimento: al consenso a sottoporre la controversia all'ICSID e all'atto della registrazione secondo le procedure ICSID.

2 Persone giuridiche

2.1 Protezione diplomatica

Per quanto riguarda la determinazione della nazionalità delle persone giuridiche e delle società il problema è molto più complesso e verrà esaminato anch'esso attraverso l'esame dei mezzi di tutela della protezione diplomatica e della Convenzione di Washington. L'articolo 9 del Progetto di Articoli sulla Protezione Diplomatica (il primo del capitolo III che si riferisce alle persone

⁴⁷ "Cittadino di un altro Stato Contraente"

⁴⁸ "Ogni persona fisica che aveva la nazionalità di una Parte Contraente, diversa dallo Stato Parte nella controversia, al momento in cui le parti hanno consentito ad assoggettare la controversia a conciliazione od arbitrato e alla data in cui la richiesta è stata registrata secondo il paragrafo (3) dell'articolo 28 o il paragrafo (3) dell'articolo 36, ma non include alcuna persona che, in una delle due date, aveva anche la nazionalità dello Stato Contraente parte nella controversia". 15

giuridiche) si riferisce alle società⁴⁹: "For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality"50. Le persone giuridiche sono una creazione dei diversi diritti interni e, ovviamente, tutte le fasi di vita di una persona giuridica o di una società, inclusa la cittadinanza, saranno di pertinenza esclusiva del diritto nazionale, tuttavia, spetta al diritto internazionale stabilire le condizioni per l'intervento in protezione diplomatica⁵¹. Dal tenore dell'articolo citato poco sopra è evidente che il principio essenziale per la determinazione della nazionalità è quello formale di incorporazione ed il caso guida, in questo senso, è il caso Barcelona Traction⁵². La Barcelona Traction era una società incorporata in Canada, ma partecipata a maggioranza da soci belgi, che aveva subito danni ad opera della Spagna nel corso della guerra civile. Le misure avevano colpito la società, e solo indirettamente gli azionisti, e la terza obiezione preliminare della Spagna è stata quella trattata per prima dalla Corte Internazionale di Giustizia e che si rivelerà la questione dirimente: il diritto del Belgio di intervenire per i propri cittadini azionisti di una società, entità giuridica incorporata in Canada e che è stata l'unico bersaglio delle misure illecite. Secondo la Corte, è stata la società l'unica diretta danneggiata e l'unico soggetto legittimato a chiedere una riparazione del torto e, anche se gli azionisti hanno subito le conseguenze del danno, esse, secondo la Corte Internazionale di Giustizia, sono state indirette: solo nel caso di

⁴⁹ Ai sensi dell'articolo 13 degli Articoli, tali regole si estendono, per quanto possibile, a tutte le persone giuridiche ⁵⁰ "Ai fini della protezione diplomatica di una società, lo Stato di nazionalità è lo Stato sotto la quale legge la società è stata incorporata. Comunque, quando la società è controllata da cittadini di un altro Stato o Stati, non conduce attività sostanziali nello Stato di incorporazione, il centro di direzione e di controllo finanziario della società sono entrambi situati in un altro Stato, quello Stato dovrà essere considerato Stato di cittadinanza"

⁵¹Cfr. i Commenti alla Bozza di Articoli sulla Protezione Diplomatica, art. 9, par. di commento numero (3); testo completo: http://www.refworld.org/pdfid/525e7929d.pdf

⁵²Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgio contro Spagna), Seconda Fase, Decisione, 5 febbraio 1970; testo: http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf

[&]quot;Barcelona Traction, Light and Power Company Limited" era una holding incorporata in Canada che si occupava di produzione e distribuzione di energia; essa divenne, successivamente, la controllata di una società chiamata "Sidro" di proprietà a maggioranza di "Sofina", a sua volta, controllata da una maggioranza di azionisti belgi. Le obbligazioni della Barcelona Traction erano emesse in sterline e pesetas (dato che svolgeva attività in Spagna) e le obbligazioni in sterline erano onorate mediante trasferimenti da sussidiarie spagnole, ma, nel 1936, i trasferimenti vennero bloccati a causa della guerra civile in Spagna. Il blocco dei fondi risultò nell'insolvenza con conseguente dissesto economico e liquidazione della società in Spagna: le azioni delle sussidiarie in Spagna vennero vendute all'asta nel 1952 e le quote di Sidro investite nelle sussidiarie spagnole vennero perse completamente. Sidro ed altri azionisti belgi possedevano l'88% della Barcelona Traction e, dunque, fu il Belgio ad agire in protezione diplomatica nel 1958 affinché la Spagna riparasse al torto compiuto tramite le restrizioni. Bisogna precisare, tuttavia, che il Canada, a partire dal 1948, aveva presentato diverse rimostranze alla Spagna le quali devono essere considerate esercizio di protezione diplomatica che, però, il Canada cessò prima di questa azione per ragioni mai chiarite.

attacco diretto ai diritti degli azionisti è configurabile un'azione o una necessità di protezione per questi ultimi. Non esiste, quindi, secondo questa decisione della Corte Internazionale di Giustizia, la possibilità di dare protezione diplomatica agli azionisti da parte del loro Stato di nazionalità, se a subire un atto lesivo in violazione del diritto internazionale è stata la società di nazionalità diversa. La Corte considera anche le implicazioni pericolose di una tale apertura (anche nel più recente caso Diallo, discusso più in basso, l'orientamento della Corte è rimasto immutato): "The Court considers that the adoption of the theory of diplomatic protection of shareholders as such, by opening the door to competing diplomatic claims, could create an atmosphere of confusion and insecurity in international economic relations. The danger would be all the greater inasmuch as the shares of companies whose activity is international are widely scattered and frequently change hands".53. La decisione in Barcelona Traction è stata accompagnata da diverse opinioni separate e da una dissenziente. L'opinione separata più interessante, in quanto implica una visione molto diversa del criterio della nazionalità della società e della "resistenza" dello schermo sociale, è quella del giudice Tanaka⁵⁴. Secondo tale giudice, una lesione ad una società è una lesione agli interessi dei soci per i quali la società stessa esiste ed opera. L'entità della lesione, e la conseguente decisione dello Stato di nazionalità di intervenire per salvaguardare un proprio cittadino, non dipende nemmeno dalla quota percentuale detenuta dal socio stesso, ma dal suo valore assoluto: una piccola quota percentuale, in una enorme società, avrà alto valore assoluto e dovrebbe spingere lo Stato ad esercitare la protezione diplomatica più di una quota alta in una società minuscola. Il significato di questo principio è che il socio si trova al centro della protezione diplomatica in virtù della sua nazionalità e dell'entità assoluta dei suoi interessi nella società che seguono le sorti della società stessa. Ciò non significa che non debba sussistere anche la possibilità per lo Stato nazionale della società di esercitare la protezione diplomatica, ma, secondo il giudice Tanaka, "we cannot deny the possibility of a cumulative existence of rights of diplomatic protection in the case of a Company just as a natural person may have dual nationality. If a claim of one State is realized, the claim of the other State will be extinguished to this extent by losing its object. Accordingly, the defendant State cannot be compelled to pay the damage twice over"55. La protezione diplomatica della società e del

_

⁵³ Paragrafo 96 della sentenza del 5 febbraio 1970 (Barcelona Traction)

[&]quot;La Corte considera che l'adozione della teoria della protezione diplomatica degli azionisti in quanto tali, aprendo a esercizi di protezione diplomatica concorrenti, potrebbe creare un'atmosfera di confusione ed insicurezza nelle relazioni economiche internazionali. Il pericolo sarebbe ancora maggiore in ragione del fatto che le azioni di società la cui attività è internazionale sono ampiamente sparse e passano di mano frequentemente".

⁵⁴ "Barcelona Traction", Corte Internazionale di Giustizia, giudizio in seconda fase del 5 febbraio 1970, opinione separata del giudice Kotaro Tanaka; testo completo:

http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-05-EN.pdf

⁵⁵ Pagina 131, separate opinion (Barcelona Traction).

[&]quot;Non possiamo negare la possibilità dell'esistenza cumulativa dei diritti alla protezione diplomatica nel caso di una società, come una persona fisica potrebbe avere doppia nazionalità. Se un reclamo di uno Stato viene sodisfatto, il 17

socio sarebbero, quindi, concorrenti e sovrapponibili proprio perché, come detto, il principio di diritto civile della separazione tra società e soci non può influire sulla protezione diplomatica che resta istituto di diritto internazionale. Nonostante le argomentazioni del giudice Tanaka, nella decisione della maggioranza sul caso Barcelona Traction, è stato osservato il principio di incorporazione codificato molti anni dopo dagli Articoli sulla Protezione Diplomatica⁵⁶. Inoltre, in questa decisione, sono state proposte le eccezioni che permettono la protezione diretta degli azionisti alle condizioni speciali previste dall'articolo 11: qualora la società abbia cessato di esistere nello Stato di incorporazione per ragioni diverse dall'offesa oppure la società abbia la nazionalità dello Stato ritenuto responsabile dell'offesa e, in più, la costituzione di una società sia stata precondizione per condurre affari nello Stato in questione (secondo regole interne da questo poste). Questa la situazione giuridica per ciò che riguarda il diritto consuetudinario, nel quale sembra prevalere il principio giuridico della separazione formale tra società e soci (l'estraneità o meno dell'investitore è da ricercarsi nella nazionalità della società) piuttosto che l'unità dell'operazione economica (nella quale gli investitori sono, in effetti, i soci). Anche in tempi recenti l'orientamento della Corte Internazionale di Giustizia non sembra essere cambiato, come dimostrato dal caso Diallo⁵⁷. In questo caso, la Repubblica Democratica del Congo aveva colpito la libertà e gli interessi economici di Diallo, cittadino della Guinea, e delle società⁵⁸ incorporate nell'attuale Repubblica Democratica del Congo di cui Diallo era socio. Nell'esercitare la protezione diplomatica, la Guinea, oltre ad agire per proteggere il proprio cittadino, "does not confine itself to exercising protection of Mr. Diallo in respect of the violations of his direct rights as shareholder in Africom-Zaire and Africontainers-Zaire but seeks to protect him "in respect of the injuries suffered by [these] companies [themselves]""59. La Corte, però, non riconosce alla Guinea la possibilità di esercitare la protezione diplomatica rispetto alle due società incorporate nella Repubblica Democratica del Congo poiché esse mancano dell'estraneità rispetto a quest'ultima. In definitiva, nel diritto consuetudinario il criterio dell'incorporazione resta prevalente nel determinare la nazionalità di una persona giuridica e, dunque, la sua "estraneità" rispetto al sistema giuridico di riferimento. Bisogna precisare che, secondo Ronzitti, resta aperto il problema dell'inclusione nel

_

reclamo del secondo Stato sarà estinto per aver perso il suo oggetto. Di conseguenza uno Stato Resistente non può essere chiamato a pagare due volte il danno"

⁵⁶ Art. 9 degli Articoli sulla Protezione Diplomatica

⁵⁷ Ahmadou Sadio Diallo (Repubblica di Guinea contro Repubblica Democratica del Congo), Corte Internazionale di Giustizia, decisione del 24 maggio 2007 sulle obiezioni preliminari; testo completo:

http://www.icj-cij.org/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf

⁵⁸ "Africom-Zaire" e "Africontainers-Zaire"

⁵⁹ Paragrafo 30 della sentenza del 24 maggio 2007 (Diallo)

[&]quot;Non si limita ad esercitare la protezione del signor Diallo rispetto alla violazione diretta dei suoi diritti come azionista in Africom-Zaire e Africontainers-Zaire, ma cerca di proteggerlo "rispetto ai danni subiti dalle società in sé"

diritto consuetudinario del criterio di nazionalità offerto dal secondo periodo dell'articolo 9 degli Articoli sulla Protezione Diplomatica: il controllo straniero in uno con la sede sociale all'estero e l'assenza di attività sostanziali nella nazione di riferimento⁶⁰. La Corte Internazionale di Giustizia precisa che: "Thus, in the present state of the law, the protection of shareholders requires that recourse be had to treaty stipulations or special agreements directly concluded between the private investor and the State in which the investment is placed. States ever more frequently provide for such protection, in both bilateral and multilateral relations, either by means of special instruments or within the framework of wider economic arrangements" 61. La regola generale del diritto internazionale è che il diritto all'esercizio della protezione diplomatica segue la nazionalità della persona giuridica senza riguardo a quella dei soci od azionisti. La protezione dei soci può essere garantita tramite trattati che costituiscono lex specialis, come osservato da Amerasinghe⁶². Un esempio di protezione degli azionisti tramite trattato è riscontrabile nel caso ELSI⁶³. A causa delle perdite economiche della società italiana Elettronica Sicula S.p.a., a totale partecipazione statunitense, i suoi azionisti decisero di procedere ad una liquidazione ordinaria. A causa degli effetti negativi che il collasso economico della società avrebbe avuto sull'economia locale, il sindaco di Palermo ordinò la requisizione dei beni e la loro vendita all'asta ad un prezzo molto inferiore a quello che gli azionisti Raytheon e Machlett avrebbero altrimenti ottenuto. Gli Stati Uniti presentarono diversi reclami per violazione del Trattato di Amicizia, Commercio e Navigazione ⁶⁴, non per le operazioni dell'Italia nei confronti della società (appunto formalmente italiana), ma per il danno causato agli azionisti statunitensi. Agli azionisti era stato impedito di svolgere la propria attività così come stabilito dall'articolo III par. 2: "Le persone giuridiche ed associazioni controllate dai cittadini e dalle persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta, Parte Contraente e create od organizzate in conformità alle leggi ed ai regolamenti vigenti nei territori dell'altra Alta Parte Contraente avranno facoltà di svolgervi le predette attività [elencate nella frase precedente]". Questa disposizione protegge, in sostanza, l'operato economico degli agenti stranieri nel Paese partner anche attraverso società costituite in loco ampliando, dunque, la nozione di ciò che è da considerarsi investimento "straniero". L'Italia otterrà ragione nel merito, ma è interessante

⁶⁰ Natalino Ronzitti in "Introduzione al diritto internazionale", quarta ed., pag. 367

⁶¹Paragrafo 90 della sentenza del 5 febbraio 1970 (Barcelona Traction)

[&]quot;Nel presente stato del diritto, la protezione degli azionisti richiede che si possa ricorrere a disposizioni pattizie o accordi speciali conclusi direttamene tra l'investitore privato e lo Stato nel quale l'investimento è situato. Gli Stati sempre più frequentemente forniscono una tale protezione nelle relazioni bilaterali e multilaterali, o attraverso strumenti speciali o all'interno di accordi economici più ampi"

⁶² Cfr. Chittharanjan F. Amerasinghe, "Diplomatic protection", 2008, p.128

⁶³ Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Stati Uniti d'America contro Italia), Corte Internazionale di Giustizia, decisione del 20 luglio 1989; testo completo: http://www.icj-cij.org/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf ⁶⁴Ratificato con legge 246/1948; testo completo:

osservare la differenza di trattamento della società italiana per la quale è stato ammesso l'intervento in protezione diplomatica da parte statunitense in virtù della nazionalità dei soci grazie al Trattato di Amicizia, Commercio e Navigazione in vigore tra Italia e Stati Uniti: ciò dimostra come l'estraneità dell'investimento possa sussistere o meno anche in base alla definizione offerta dal diritto pattizio. Dagli orientamenti della Corte Internazionale di Giustizia e dal Progetto di Articoli sulla Protezione Diplomatica, sembra che il criterio dell'incorporazione e della sede sociale siano ormai parte del diritto consuetudinario. Nei trattati di protezione degli investimenti si possono rinvenire altri due criteri ossia quello del controllo (esempio eccellente è la Convenzione ICSID) e quello della "reale attività economica", condizione che è, normalmente, integrativa rispetto all'incorporazione e alla sede sociale. Tale criterio richiede che, affinchè una persona giuridica possa essere considerata cittadina dello Stato di incorporazione o sede o sede sociale, deve svolgervi attività effettive e tangibili⁶⁵.

2.2 Giurisdizione ICSID

Il secondo sistema di tutela dello straniero, specifico dell'investimento straniero, che verrà ora esaminato, in riferimento all'estraneità delle persone giuridiche, è il sistema ICSID. Esso è stato istituito, come detto, dalla Convenzione di Washington che definisce all'articolo 25, paragrafo 2, lettera (b), le persone giuridiche aventi locus standi: "Any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention". La prima parte della disposizione ricomprende le persone giuridiche di nazionalità diversa da quella dello Stato in controversia, da determinarsi, evidentemente, secondo i principi generali sopra esaminati. La seconda parte stabilisce il criterio sostanziale del controllo straniero che può, con il consenso delle parti in

_

⁶⁵ Cfr. Markus Perkams, "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, pp. 649-650

⁶⁶"Ogni persona giuridica che aveva la nazionalità di uno Stato Contraente, diverso da quello parte della controversia, alla data nella quale le parti hanno acconsentito a sottoporre una tale controversia a conciliazione o ad arbitrato e ogni persona giuridica che aveva la nazionalità dello Stato Contraente, parte della controversia, in quella data e che, in virtù del controllo straniero, le parti avevano acconsentito dovesse essere trattata come cittadina di un altro Stato Contraente ai fini della Convenzione".

controversia, superare la formalità del criterio generale di incorporazione: la persona giuridica sarà considerata straniera. Tuttavia, in questo caso, la nozione di estraneità dell'investitore è ancorata non solo a presupposti di fatto ma anche ad un requisito volontaristico previamente espresso dalle parti in causa. I tre casi che verranno di seguito esaminati affrontano tre diverse problematiche in tema di accertamento della nazionalità e, di conseguenza, dell'"estraneità" delle persone giuridiche investitrici.

Il primo caso, in ordine cronologico, in cui un tribunale ICSID ha posto il problema dell'estraneità di un ricorrente persona giuridica (nonché primo caso in assoluto per l'ICSID) è *Holiday Inns S.A.* ed altri contro Marocco⁶⁷. In questo caso, un Tribunale ICSID si è trovato ad affrontare il problema

⁶⁷ ICSID Caso N. ARB/72/1

La registrazione del 13 gennaio 1972, a norma dell'articolo 36 della Convenzione di Washington e della Regola 6 delle Regole di Procedura, segue una richiesta di arbitrato del 22 dicembre 1971 da parte della società svizzera "Holiday Inns S.A., Glarus" e dalla società americana "Occidental Petroleum Corporation "(O.P.C.). Secondo la richiesta le due società agivano "a proprio nome e nel nome e per conto di numerose altre società". Intorno al 1966 il Governo del Marocco decise di ammodernare ed ampliare l'industria alberghiera del Paese chiedendo, a tal fine, alla O.P.C. di contattare un importante gruppo americano: Holiday Inns (H.I.). La O.P.C., la H.I. e il Ministero delle Finanze marocchino presero parte a riunioni per studiare la fattibilità di quattro grandi alberghi grazie al know-how del gruppo americano (H.I.) nel gestire e razionalizzare i servizi. Venne deciso di procedere e venne firmata una "lettera di intenti" seguita da un "Accordo di Base" (firmato il 5 dicembre del 1966), che sarebbe stato integrato da ulteriori accordi nel corso degli anni e col procedere dei lavori, il cui punto principale consisteva nell'impegno del Governo marocchino, per promuovere la costruzione degli alberghi, a prestare un certo ammontare di milioni di dollari statunitensi per ogni albergo, in forma di mutuo, tramite agenzie marocchine specializzate e fornire, come ulteriore incentivo, strutture per il cambio in valuta straniera, esenzioni tributarie e altri benefici fiscali, così come assistenza "nell'acquisto di terreni adatti al prezzo più basso possibile". I due partner americani si impegnarono a costruire e gestire gli alberghi il cui valore venne fissato convenzionalmente ad una cifra il cui 60% era coperto dal prestito: H.I. e O.P.C. erano, invece, responsabili di reperire finanziamenti per il resto della somma che sarebbe stata necessaria alla costruzione. I partner privati cercarono la forma più conveniente di organizzarsi tra loro considerati sia fattori tecnici ed amministrativi, sia questioni tributarie (in particolare americane): optarono per una clausola che consentiva ai partner stranieri di attribuire, in qualsiasi momento, ad una società affiliata posseduta in maggioranza o da loro designata o a società separate o affiliate, i loro diritti e doveri da contratto. In altre parole le due società "capofila" del progetto potevano, a discrezione, attribuire i diritti e doveri sanciti dall'Accordo ad un'ampia rosa di società diversamente collegate, affiliate o possedute. Le due parti americane scelsero di creare due società, ciascuna interamente controllata: la "Holiday Inns S.A., Glarus", sussidiaria svizzera e, poco tempo dopo, la "Occidental Hotels of Morocco (O.H.M.)", una sussidiaria americana dell'O.P.C. Il Governo marocchino non era interessato ad intromettersi nella struttura interna delle controparti, ma aveva il legittimo interesse a non vedere la propria posizione indebolita o l'adempimento degli obblighi compromesso e, così, ottenne la firma, da parte delle nuove società, di una "lettera di garanzia". In tale "lettera di garanzia" si stabiliva che le controparti originarie, il gruppo Holiday Inns e la società O.P.C. assumessero la responsabilità di garanti per ogni impegno e responsabilità contrattuale presente o futura, nella cornice dell'Accordo di Base. Bisogna tenere presente che, formalmente, i firmatari dell'Accordo di Base erano la Holiday Inns S.A., Glarus (interamente controllata da Holiday Inns ed in fase di creazione) e l'O.H.M. (interamente controllata dall'O.P.C. e ancora non in esistenza), entrambe società create ad hoc per svolgere i lavori. Nonostante questa confusa situazione circa l'Accordo di Base, il Governo marocchino era fiducioso nel trattare con importanti società americane che avevano fornito una garanzia. L'Accordo di Base conteneva una clausola di devoluzione di eventuali controversie ai tribunali arbitrali costituiti ai sensi della Convenzione ICSID. Nel 1971 importanti cambiamenti politici del Marocco e avvicendamenti nel suo Governo portarono a diverse interpretazioni degli accordi presi e, in sostanza, ad una linea interpretativa dura da parte del Marocco che portò ad un peggioramento dei rapporti che risultò nello scontro. Uno dei problemi sorti fu l'acquisto dei siti di costruzione che si rivelò più gravoso di quanto preventivato e, per ottenere l'aiuto del Governo marocchino le società si impegnarono a conferire, al Governo marocchino stesso, il 49% dei profitti degli hotel direttamente o tramite trasferimento delle quote di 4 società (con denominazione "H.I.S.A." seguita dal nome della città in cui si sarebbe trovato l'albergo) fondate in loco (una per ogni albergo). Tralasciando i particolari di

della possibilità per le parti di concordare "implicitamente" la cittadinanza straniera della persona giuridica controllata da stranieri ex art. 25 (2)(b). Nell'operazione di investimento, al centro della controversia, erano state create quattro società in Marocco aventi la nazionalità di quest'ultimo. Nella richiesta di arbitrato, le due società straniere "capofila" del progetto agiscono anche a "nome e per conto" delle società locali interamente possedute. L'articolo 25 al paragrafo 2, lettera (b), già citato, stabilisce che è possibile considerare straniera (ai fini del procedimento ICSID) una persona giuridica cittadina del Paese parte della controversia se essa è a controllo straniero, come in questo caso, purché, le parti in controversia abbiano a ciò acconsentito ai fini della Convenzione. Nel caso in esame, il consenso alla giurisdizione ICSID richiamante l'articolo 25 ICSID, nell'Accordo di Base⁶⁸, non era stato, per così dire, "aggiornato" secondo il paragrafo 2, lettera (b) al momento della creazione delle società in loco e, in effetti, esse erano viste da entrambe le parti come accorgimento formale per facilitare i lavori delle società americane e nessun legale, evidentemente, si accorse di questa leggerezza (del resto si era ancora agli esordi dell'ICSID). Il Marocco mosse un'obiezione alla giurisdizione ICSID affermando di non aver mai acconsentito a trattare come straniere le società parti, in particolari le H.I.S.A.⁶⁹ Il problema giuridico importante, probabilmente anche per la successiva giurisprudenza ICSID⁷⁰, che il Tribunale ICSID doveva affrontare era: può il consenso di cui all'articolo 25, paragrafo 2, lettera (b) essere espresso in forma implicita? Si potrebbe ritenere che, a fini di certezza, in caso i redattori della Convenzione ICSID avessero inteso il consenso come esplicito, lo avrebbero stabilito espressamente. Così non è stato ed il consenso di cui all'articolo 25 (2)(b) non ha una forma prestabilita e, secondo i principi generali del diritto, dovrebbe, quindi, intendersi anche prestabile implicitamente. Il problema è che il consenso a considerare straniera una persona giuridica che, secondo il diritto consuetudinario⁷¹, sarebbe cittadina è un allontanamento audace dal principio generale internazionale secondo il quale il cittadino non può ricorrere in sede internazionale contro il proprio Stato: una tale mossa richiederebbe, secondo il Marocco, un assenso

questo accordo e della controversia in generale (che si chiuderà nell'estate del 1978 con una soluzione amichevole), il dettaglio delle quattro società fondate in Marocco e proprietarie ciascuna rispettivamente di un albergo si rivelerà uno spinoso problema per la determinazione della nazionalità dei ricorrenti ai sensi dell'articolo 25 della Convenzione ICSID. Ai sensi della Regola 2 delle "Regole Istituzionali dell'ICSID", la richiesta di arbitrato deve, tra le altre cose, indicare con precisione le parti della controversia e la loro nazionalità alla data del consenso. In questo caso la richiesta conteneva la statuizione che Holiday Inns S.A. e O.P.C agivano entrambe a proprio nome e nel nome e per conto di sei altre compagnie in cui sono da includersi le quattro H.I.S.A. Alcune delle compagnie partecipanti all'azione erano, dunque, di nazionalità marocchina in quanto costituite in Marocco.

⁶⁸ Si tratta del contratto di investimento.

⁶⁹ Denominazione delle società locali. Il Marocco osservò anche che le società H.I.S.A erano state create dopo l'Accordo di Base e, dunque, in un momento successivo al consenso sulla clausola compromissoria e, quindi, non avrebbero comunque potuto fare affidamento su di essa.

⁷⁰ I tribunali ICSID non sono vincolati dalla regola dello *stare decisis*, ma, vista anche l'odierna frequenza di rimandi alle decisioni precedenti, è evidente una certa "autorevolezza" della giurisprudenza pregressa.

⁷¹ Vedere casi *Barcelona Traction* e *Diallo* della Corte Internazionale di Giustizia

inequivocabile⁷². Il Tribunale escogiterà una soluzione di compromesso molto particolare: "The question arises, however, whether such an agreement must be expressed or whether it may be implied. The solution which such an agreement is intended to achieve constitutes an exception to the general rule established by the Convention, and one would expect that parties should express themselves clearly and explicitly with respect to such a derogation. Such an agreement should therefore normally be explicit. An implied agreement would only be acceptable in the event that the specific circumstances would exclude any other interpretation of the intention of the parties, which is not the case here"⁷³. Il Tribunale ICSID, sostanzialmente riconosce la possibilità di un consenso ex art. 25 (2)(b) implicito, ma che sia supportato anche da circostanze di fatto inequivocabili, che palesino l'intenzione delle parti in controversia, e che non vengono riscontrate in questo caso.

Il caso *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) contro Repubblica del Senegal*⁷⁴ riguarda il problema del controllo indiretto e la riconducibilità di una persona giuridica ad un Paese straniero tramite controllo indiretto: una società costituita nello Stato ospite è interamente posseduta da altra società straniera la quale è, a sua volta, interamente posseduta da una terza società di uno Stato diverso: si deve determinare se la società locale dello Stato ospite è straniera o meno ⁷⁵. Il Tribunale ha sostenuto che il controllo indiretto da parte di cittadini di uno Stato Parte era sufficiente a soddisfare i requisiti di cui all'articolo 25 della Convenzione ICSID. Anche in questo caso, ovviamente, viene rinvenuto l'accordo necessario ai sensi dell'articolo 25 (2)(b), per le persone giuridiche controllate, che si trova (insieme alla clausola compromissoria generale) al Titolo 6 della Convenzione di Stabilimento. Osserviamo, dunque, un ulteriore allargamento nelle

_

⁷⁴ ICSID Caso N. ARB/82/1

⁷² The First "World Bank" Arbitration (Holiday Inns v. Morocco) Some Legal Problems di Pierre Lalive, sez, V "Questions of jurisdiction"; https://watermark.silverchair.com/51-1-

^{123.}pdf?token=AQECAHi208BE49Ooan9kkhW_Ercy7Dm3ZL_9Cf3qfKAc485ysgAAAaYwggGiBgkqhkiG9w0BBwagggGT MIIBjwIBADCCAYgGCSqGSIb3DQEHATAeBglghkgBZQMEAS4wEQQMXbV6vRe4ZCJQeRSDAgEQgIIBWSHGQswns6v_-8iFna1iWkSGVM13KU4z_4GwOG-wQUJFTs6_zS2cCltlA8eeXGMYHSMO_6OI-6rcimZh-

 $chyv5BtHYmdzaqiCFthfLFxOXsp6sJwnDmJnrzCsH7sKvicoXfzCCWfytIzaueTYp0avNFveXj2V9Jyt6_LCHenlpRvzrn33qaGxfoNa81kCZ4R3qf-$

Tqr95ISfohu9guPadPkQ0Iq3E7Tx091BCCE4BPyEPV5Gk4qfHmMka8pZ9DDSohQ4gaxJpPfKr3VYqnvCUi5qz0dyzGaeFDZw EIYm_pfaq8aL9BxCBgx2g4yL2q9aopz7uBZiCXa24IxNWeTuZUO2TnLjpV6rTqBdxT0CjC1tVMfTpux7jQBcrTZfR4kLAkFHj3t qSzvZXoaE3Ju2y6O0-6tOJb02wjWFn_pDMgvzMUIZ7Mq8FxIrWCnLW4fDijjegRBlyNS0bg 73Paragrafo 33 della decisione.

[&]quot;Si pone la questione, comunque, se un tale accordo debba essere espresso o possa essere implicito. La soluzione che un tale accordo intende raggiungere costituisce una eccezione alla regola generale, stabilita dalla Convenzione, e che uno si aspetterebbe che le parti debbano esprimere chiaramente ed esplicitamente. Un tale accordo dovrebbe, quindi, essere esplicito. Un accordo implicito sarebbe accettabile nell'evenienza in cui le specifiche circostanze escludano ogni altra interpretazione delle intenzioni delle parti e non è questo il caso".

⁷⁵ La SOABI, società senegalese, era parte di un contratto per la costruzione di 15.000 unità di abitazioni popolari ed era posseduta interamente dalla FLEXA, una società di Panama (Stato non parte della Convenzione di Washington), a sua volta controllata da cittadini del Belgio (Stato Parte della Convenzione).

maglie dei requisiti di attribuzione della nazionalità straniera ai fini ICSID. Nella decisione sulla giurisdizione in *Holiday Inns*, si dava il caso di società locali possedute interamente (quindi, ovviamente, controllate) dagli investitori stranieri (cittadini di altro Stato Parte). In questo caso gli investitori (cittadini di altro Stato Parte) possiedono una società (incorporata in uno Stato terzo non Parte) che, a sua volta, possiede una società locale (nello Stato in controversia). Si può osservare come l'"estraneità" di una persona giuridica (e la sua attribuzione ad uno Stato Parte della Convenzione), a norma dell'articolo25 (2)(b), possa anche superare il tramite di una persona giuridica "intermedia" tra la società locale e gli investitori dello Stato di origine.

Il terzo problema riguarda la quota che deve essere in mano straniera affinché una società possa essere considerata straniera, nel caso in cui tale quota sia inferiore al 100%. A tale proposito viene spesso citato il caso Vacuum Salt Products Ltd. contro Repubblica del Ghana ⁷⁶. In questa decisione, un tribunale ICSID precisa e restringe il campo d'azione dell'articolo 25 (2)(b). Il tribunale arbitrale ravvisò la presenza del consenso a considerare Vacuum Salt come società straniera, ma, per la prima volta, un tribunale ICSID si trovò a dover decidere sull'effettività del controllo straniero. Il tribunale ricorda che l'articolo 25 (2)(b) richiede che, per riconoscere l'estraneità ai fini della Convenzione di una società controllata, vi sia un accordo in tal senso, ma che tale accordo deve basarsi sul limite oggettivo del reale controllo straniero oltre il quale la giurisdizione ICSID non può esistere: lo Stato e la persona giuridica investitrice non possono, cioè, per qualsiasi motivo, fare leva sull'articolo 25 (2)(b) per estendere la giurisdizione ICSID se non, come stabilisce l'articolo stesso, "because of foreign control"; citando le chiare parole della sentenza: "The words "because of foreign control" have to be given some meaning and effect. These words are clearly intended to qualify an agreement to arbitrate and the parties are not at liberty to agree to treat any company of the host State as a foreign national: they may only do so "because of foreign control""⁷⁷. Secondo il Tribunale, inoltre, la presenza della clausola compromissoria ICSID, nelle condizioni in cui l'applicazione dell'art. 25 (2)(b) è necessaria, darebbe luogo ad una "presunzione relativa" di controllo straniero, suscettibile di smentita sulla base della mancanza effettiva di controllo straniero⁷⁸. La quota di proprietà della Vacuum Salt di

⁷⁶

⁷⁶ ICSID Caso N. ARB/92/1; testo completo:

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C143/DC679 En.pdf

⁷⁷Paragrafo 38 della decisione

[&]quot;Alle parole "a causa del controllo straniero" devono essere dati un qualche significato ed effetto. Con queste parole si intende, chiaramente, qualificare un accordo all'arbitrato delle parti e le parti non sono libere di accordarsi per trattare una qualsivoglia società dello Stato ospite come società straniera".

⁷⁸ Questo problema dell'effettività del controllo straniero non si era, in concreto, mai posto perché non si erano mai verificati casi di consenso al trattamento come straniera di una società nazionale in cui le quote non fossero

proprietà straniera era del 20%, appartenente al cittadino greco Gerassimos Alexis Panagiotopulos (residente in Ghana dal 1942)⁷⁹. Può un 20% di proprietà straniera portare a considerare come controllata straniera questa società? Nel silenzio della norma ("there is no formula") il Tribunale cerca una risposta ed elabora uno "spettro" di percentuali, richiamandosi anche alla "Storia della Convenzione ICSID"⁸⁰: "It stands to reason, of course, that 100 percent foreign ownership almost certainly would result in foreign control, by whatever standard, and that a total absence of foreign shareholding would virtually preclude the existence of such control. How much is "enough," however, cannot be determined abstractly. Thus, in the course of the drafting of the Convention, it was said variously that "interests sufficiently important to be able to block major changes in the company" could amount to a "controlling interest"; that "control could in fact be acquired by persons holding only 25 percent of" a company's capital"81; "and even that "51% of the shares might not be controlling" while for some purposes "15% was sufficient""⁸². La sentenza si richiama alla dottrina secondo la quale il concetto di "controllo" è ampio e flessibile ed il problema è se la nazionalità scelta eserciti un ragionevole livello di controllo sulla base di un ragionevole criterio di scelta⁸³. Le uniche certezze del tribunale, dunque, sono gli estremi 100% e 0% mentre tutte le quote che si collocano nel mezzo richiedono un accertamento, molto semplice per quote superiori al 50% e sempre più difficoltoso ed approfondito per quelle inferiori: i fattori che coadiuvano l'accertamento, i "sintomi", del controllo straniero sono principalmente la gestione, i diritti di voto ed ogni altro fattore nei limiti della ragionevolezza rispetto al fine. Riguardo alla decisione sul caso Vacuum Salt, il tribunale ha considerato che Panagiotopulos era titolare del 20 % delle azioni e non

totalmente in mano straniera o, almeno, in maggioranza assoluta; ad esempio in *Klockner contro Camerun* (ICSID Caso N. ARB/81/2) la quota di proprietà straniera era al 51%

⁷⁹ Il 30% era detenuto da tre banche ghanesi (10% per ciascuna) ed il restante 50% era distribuito tra una società ghanese ed azionisti persone fisiche ghanesi (tra cui Samuel Christian Appenteng al 30%).

⁸⁰ "History of the ICSID Convention" ("Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States"), Volume II-1, versione inglese, pubblicazione ICSID, Washington D.C., 1968, ristampa del 2009; testo completo a

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

⁸¹Paragrafo 43 della decisione

[&]quot;È ovvio che il 100% di controllo straniero risulta in controllo straniero, secondo qualsiasi standard, ed una totale assenza di proprietà straniera preclude virtualmente l'esistenza di un tale controllo. Quanto è "abbastanza", comunque, non può essere determinato in astratto. Così nel corso di redazione della Convenzione è stato, variabilmente, detto che "quote sufficientemente importanti da essere in grado di bloccare importanti cambiamenti nella società" possono ammontare a "quote di controllo; che il "controllo può, in effetti, essere acquisito da una persona che detiene solo il 25% del capitale di una società "".

Pagine 447-8 di "History of the ICSID Convention" (vedere nota precedente)

⁸² Paragrafo 43 della decisione

[&]quot;Ed anche che "il 51% delle quote potrebbero non conferire il controllo", mentre, per altri fini, "il 15% è sufficiente""; Pagina 538 di "History of the ICSID Convention" (vedere nota precedente)

⁸³ Amerasinghe; "Jurisdiction *Ratione Personae* under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", *British Yearbook of International Law*, Volume 47, Issue 1, 1 gennaio 1976, Pages 264–265

esercitava alcuna influenza significativa nelle attività della società. A ciò va aggiunto che un altro soggetto (il manager generale Appenteng) possedeva il 30 %, escludendo anche la configurazione di una maggioranza relativa nelle mani di Panagiotopulos⁸⁴. Il tribunale ha, quindi, deciso di rigettare la presunzione (di cui si parlava più in alto) di estraneità attribuita dall'accordo tra le parti. Si può osservare, in conclusione, che, nel sistema ICSID, l'elemento dell'estraneità delle persone giuridiche (in caso di incorporazione nello Stato ospite e controllo straniero) è strettamente collegato al requisito volontaristico delle parti, ma non si esaurisce in esso: in base alle regole generali ICSID, una società incorporata nello Stato ospite dell'investimento, ma controllata da stranieri, non avrà compiuto un investimento "straniero" a meno che le parti, in base ad un "criterio ragionevole" e basato su circostanze effettive, non scelgano di considerare la persona come straniera e, quindi, anche l'investimento come "straniero".

CAPITOLO II: la nozione di investimento

- 1 Possibili definizioni di "investimento"
- 1.1 La definizione asset-based
- 1.2 La definizione *enterprise-based*
- 1.3 La definizione transaction-based
- 1.4 L'uso delle liste
- 2 Condizioni specifiche aggiuntive ed esclusioni
- 2.1 Autorizzazione delle autorità locali
- 2.2 Rispetto del diritto nazionale
- 2.3 Territorialità dell'investimento
- 2.4 Esclusioni

⁸⁴ Il tribunale non ha riscontrato nessuna prova che dimostri che il signor Panagiotopulos avesse una influenza materiale attinente alla gestione, oltre all'influenza indiscussa dal punto di vista morale e personale, essendone il fondatore. Era soggetto alla direzione del manager generale Appenteng il quale controllava il più grande blocco di azioni (30%) e che, a sua volta, rispondeva al consiglio dei direttori del quale Panagiotopulos e sua moglie erano solo due membri. Non è mai risultato, continua il tribunale, che Panagiotopulos, detentore del 20% delle azioni, abbia mai formato alleanze con altri soci per assicurarsi un potere di gestione e decisione significativo per decidere le sorti della società. Il fatto di aver fondato la società grazie al proprio talento e di continuare a fornire assistenza tecnica non si poteva fondere (o confondere) con il fatto che non fosse lui *"in charge"*.

CAPITOLO II: la nozione di investimento

1 Possibili definizioni di "investimento"

Gli investimenti sono parte fondamentale della moderna economia mondiale⁸⁵ e, dunque, sono oggetto di protezione da parte di moltissimi strumenti internazionali pattizi bilaterali (accordi tra due Stati) o multilaterali (trattati conclusi da più Stati). Nel diritto consuetudinario manca una definizione di "investimento"⁸⁶ ed essa va, quindi, ricercata nei diversi trattati internazionali sugli investimenti. Tuttavia, come detto, questi strumenti spesso disciplinano in maniera diversa o difforme la nozione di investimento che, pertanto, risulta molto frammentata. Prima di procedere all'enumerazione delle classi di definizioni di "investimento" è importante sottolineare che tali definizioni sono, in linea di massima, applicabili sia agli strumenti bilaterali che a quelli multilaterali-

Gli strumenti bilaterali per la protezione degli investimenti sono una categoria abbastanza uniforme di accordi internazionali: ad essi ci si riferisce con l'acronimo BIT (*Bilateral Investment Treaty*) e sono al momento 2538 nel mondo, secondo il *database* della Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo⁸⁷; essi costituiscono, secondo alcuni autori, i successori dei trattati di Amicizia, Commercio e Navigazione⁸⁸ che erano maggiormente orientati a tutelare gli scambi commerciali condotti dagli individui e, solo in seconda battuta, gli investimenti esteri diretti⁸⁹. I trattati economici multilaterali, invece, sono un insieme molto più variegato (alcuni dei più importanti saranno esaminati più avanti) e istituiscono aree di libero scambio, unioni doganali o mercati comuni che toccano anche la materia degli investimenti, ma sono i BIT che hanno il trattamento degli investimenti come materia centrale. La parte di interesse ai fini di questa discussione è quella pertinente alle definizioni, in particolare alla nozione di "investimento", e che si trova, nella maggior parte dei casi, tra i primissimi articoli del trattato (bilaterale o multilaterale). Ogni definizione condizionerà l'applicazione dell'accordo e, in caso di contenzioso giurisdizionale,

⁸⁵ Secondo l'OCSE (al 2017), il flusso totale in uscita degli investimenti stranieri diretti, per l'intero mondo ammonta 1 402 637 milioni di dollari statunitensi; 425 423 milioni di dollari in uscita dall'Unione Europea di cui 160 425 milioni dall'Italia

⁸⁶ Cfr. Mauro, Enciclopedia del Diritto, Annali IV, Giuffrè, 2011, p. 644

⁸⁷ http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA

⁸⁸ Vedere Introduzione

⁸⁹ David Collins, "An Introduction to International Investment Law", 2017, p.34

la competenza *ratione materiae* del tribunale competente. Posto che è possibile anche un'assenza totale di definizione di investimento nel testo del trattato, si procederà ad esaminare le "famiglie" di definizioni riconosciute dalla dottrina; le definizioni appartenenti ad ogni singola famiglia non sono certo identiche tra loro, ma sono accomunate da una logica comune nello scegliere quali caratteristiche dell'investimento straniero elevare a tratti distintivi rispetto ad altre operazioni economiche.

1.1 La definizione asset-based

Il tipo di definizione che ha riscosso più successo nei trattati di protezione degli investimenti, anche da un punto di vista numerico, è la definizione detta "asset-based". Il termine "asset" è difficilmente traducibile in modo univoco in italiano, in effetti, viene spesso lasciato non tradotto, ma può essere reso con "risorsa", "cespite" o "attività". Le definizioni hanno qualche diversa sfumatura nella lettera delle disposizioni pattizie, ma un significato fondamentalmente uniforme. Esse constano, essenzialmente, di una prima definizione di "investimento" estremamente generica, seguita da un elenco non tassativo che ricomprende beni, diritti e rapporti contrattuali anch'essi elencati in categorie molto generiche. La non tassatività dell'elenco può essere indicata espressamente ("in particolare, anche se non esclusivamente"), oppure può essere, comunque, facilmente desunta ("include"). La prima definizione basata sul concetto di asset risale al primo BIT stipulato⁹⁰: il BIT Germania-Pakistan del 1959⁹¹. In esso l'articolo 8 recita: "(1) (a) The term "investment" shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents and technical knowledge. The term "investment" shall also include the returns derived (rom and ploughed back into such "investment". (b) Any partnerships, companies or assets of similar kind, created by the utilisation of the above-mentioned assets shall be regarded as "investment""⁹². Il BIT

 ⁹⁰ Secondo Jan Asmus Bischoff e Richard Happ il termine "investimento", nel suo impiego nel diritto, compare dopo la Seconda Guerra Mondiale proprio in occasione della conclusione di questo primo BIT (cfr. Jan Asmus Bischoff e Richard Happ in "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 497
 ⁹¹ Trattato tra la Repubblica Federale di Germania e il Pakistan per la promozione e protezione degli investimenti,

firmato nel 1959, testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387

^{92 &}quot;(a) Il termine "investimento" deve includere il capitale portato nel territorio dell'altra Parte per investimento in vari modi in forma di *asset* come valuta straniera, beni, diritti di proprietà, brevetti e conoscenza tecnica. Il termine "investimento" deve anche includere i profitti derivati o immessi nell'investimento. (b) Ogni compagnia, società o *asset* di simile tipo, creato dall'utilizzazione dei summenzionati *asset* deve essere considerato "investimento"."

Australia-Cina⁹³ definisce l'investimento all'articolo 1: ""Investment" means every kind of asset, owned, controlled or contributed by nationals of one Contracting Party and admitted by the other Contracting Party subject to its law and investment policies applicable from time to time and includes: (i) tangible and intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges; (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof; (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value; (iv) intellectual and industrial property rights, including rights with respect to copyright, patents, trademarks, trade names, industrial designs, trade secrets, knowhow and goodwill; (v) any rights conferred by law or under a contract permitted by law, including rights to engage in agriculture, forestry, fisheries and animal husbandry, rights to search for, extract or exploit natural resources and rights to manufacture, use and sell products; and (vi) returns which are reinvested. Any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their character as investments" ⁹⁴. In questo articolo la prima definizione generica cita direttamente l'asset mentre leggermente diversa è la disposizione del BIT tra Stati Uniti e Honduras⁹⁵ (firmato nel 1995) che definisce l'investimento all'articolo 1 come "every kind of investment" cui segue un elenco non esaustivo "equity and debt interests in a company; contractual rights; tangible, intangible, and intellectual property; and rights conferred pursuant to law, such as licenses and permits"96. Nel BIT citato da ultimo non si rinviene alcuna vera definizione generale di investimento, neanche generica e "every kind of investment" è una evidente tautologia: c'è solo una elencazione non esaustiva di una serie di beni ed attività che, di fatto, possono essere considerati strumentali all'attività di impresa diretta e non solo: non è protetto il solo investimento estero diretto, ma anche quello indiretto come le quote ("shareholding") o l'acquisto di titoli di debito.

_

⁹³Accordo tra il Governo dell'Australia ed il Governo della Repubblica Popolare Cinese sulla reciproca incentivazione e protezione degli investimenti, firmato nel 1988, testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/148

⁹⁴ ""Investimento" significa ogni tipo di *asset*, di proprietà, controllato od oggetto di conferimento da un Cittadino di una Parte Contraente e accettato dall'altra Parte Contraente secondo le sue leggi e politiche di investimento applicabili di volta in volta ed include: (i) proprietà tangibile ed intangibile, compresi diritti come mutui, ipoteche e caparre; (ii) una società o quote di partecipazione o altri interessi in società o nei suoi *asset*; (iii) pretese di denaro o altre prestazioni aventi valore economico; (iv) proprietà intellettuale ed industriale che includono diritti rispetto a *copyright*, brevetti, marchi di fabbrica, denominazioni commerciali, segreti industriali, *know-how* e avviamento; (v) ogni diritto conferito in base alla legge o ad un contratto consentito dalla legge, inclusi diritti di dedicarsi ad agricoltura, alieutica ed allevamento animale, diritti di ricercare, estrarre o sfruttare risorse naturali e diritti di costruire, usare e distribuire prodotti; e (iv) i rientri che vengono reinvestiti. Ogni alterazione della forma nella quale gli *asset* sono investiti o reinvestiti non altera il loro carattere di investimenti".

⁹⁵ Trattato tra il Governo degli Stati Uniti d'America e la Repubblica dell'Honduras riguardante l'incentivazione e la reciproca protezione degli investimenti, firmato nel 1995, testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1512

⁹⁶ "società, capitale, quote, altre forme di *equity*, obbligazioni ed altre forme di interessi debitori in una società; diritti contrattuali, proprietà tangibile, proprietà intellettuale e diritti garantiti in base alla legge come licenze e permessi" 29

In definitiva nei trattati di protezione degli investimenti con definizione *asset-based* è protetta ogni attività intrapresa che comporti il rischio di essere diminuita di valore in ragione di un intervento dello Stato nel godimento e funzionamento dell'attività⁹⁷.

L'atteggiamento interpretativo dei tribunali davanti alle definizioni *asset-based* può variare: spesso i tribunali, nel decidere sulla propria competenza, cercano di incasellare gli *asset* di cui si tratta, supposti "investimenti" secondo il trattato in questione, in una particolare categoria elencata dalla definizione pattizia. Tuttavia, non è, in teoria, necessario determinare con precisione in quale categoria si colloca l'investimento oggetto della controversia: bisogna ricordare, infatti, che l'elenco non è esaustivo proprio per garantire la copertura più ampia possibile e gli esempi sono molto generici. È più probabile che l'operazione in questione sia categorizzabile in diversi esempi e ciò non significa che questi ultimi siano inutili: è più facile, infatti, argomentare in favore dell'esistenza dell'*asset* che costituisce l'investimento se esso si può inserire in una delle categorie esemplificative. Se, invece, l'investimento non dovesse essere classificabile in alcuna categoria, il tribunale dovrebbe sforzarsi di ravvisare, comunque, in questo *asset* "innominato" caratteristiche minime che lo possano accomunare ad uno dei tipi di *asset* elencati in via esemplificativa ⁹⁸.

1.2 La definizione enterprise-based

La seconda grande classe di definizione è quella "enterprise-based" ("basata sull'impresa"), che definisce l'investimento in quanto caratterizzato da un'organizzazione di impresa senza escludere un elenco di asset purché essi restino riferibili ad un'organizzazione di tipo imprenditoriale. La definizione è senza dubbio più ristretta e copre, essenzialmente, l'investimento estero diretto. Esempio di questo metodo di definizione è il BIT Germania-Israele⁹⁹. All'articolo 1 recita: "(a) The term 'investment' shall mean, as the context may require, either (i) investment in an enterprise involving active participation therein and the acquisition of assets ancillary thereto, or (ii) the enterprise or assets acquired as a result of such investment. (b) The said assets shall include in particular (i) movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as

 ⁹⁷ Engela C. Schlemmer, The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, p. 56; disponibile a http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199231386.001.0001/oxfordhb-9780199231386-e-2
 ⁹⁸ Cfr. Jan Asmus Bischoff e Richard Happ, "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 501

⁹⁹ Trattato tra la Repubblica Federale di Germania e lo Stato di Israele riguardante l'incentivazione e reciproca protezione degli investimenti, firmato nel 1976, testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1344

mortgages, liens and pledges; (ii) shares of companies and other kinds of Interest; (iii) claims to money or to any performance which has an economic value and, according to its purpose and scope, has the nature of an interest; (iv) copyrights, industrial property rights, technical processes, trademarks, trade-names, know-how and good will; (v) business concessions under public taw, including concessions to search for, extract or exploit natural resources. Any admitted alteration of the form to which assets are invested shall not affect- their classification as an investment "100". Dunque, alla base della definizione è il concetto di investimento in una impresa gestita direttamente (investimento diretto) con un allargamento collaterale agli *asset* acquisiti nel corso dell'attività; al paragrafo (a), punto (i) è descritto l'operazione iniziale, un impiego di capitale comunque ottenuto, che dà vita alla fattispecie protetta iniziale; al punto (ii) è coperto il frutto dell'operazione stabile nel tempo, appunto, il "risultato" ("result").

Diversa, ancora più direttamente legata all'impresa come stabilimento, è la definizione di investimento dell'articolo 1 del BIT tra Marocco e Nigeria 101: "Investment means an enterprise within the territory of one State established, acquired, expanded or operated, in good faith, by an investor of the other State in accordance with law of the Party in whose territory the investment is made taken together with the asset of the enterprise which contribute sustainable development of that Party and has the characteristics of an investment involving a commitment of capital or other similar resources, pending profit, risk-taking and certain duration. An enterprise will possess the following assets: a) Shares, stocks, debentures and other instruments of the enterprise or another enterprise; b) A debt security of another enterprise; c) Loans to an enterprise; d) Movable or immovable property and other property rights such as mortgages, liens or pledges; e) Claims to money or to any performance under contract having a financial value; f) Copyrights and intellectual property rights such as patents, trademarks, industrial designs and trade names, to the

¹

^{100 &}quot;(a) Il termine "investimento" significa, a seconda delle esigenze di contesto, o (i) l'investimento in una impresa che ivi implichi una partecipazione attiva e l'acquisizione di *asset* ancillari, oppure, (ii) l'impresa o gli *asset* acquisiti come risultato di un tale investimento". Vediamo come "investimento" significhi, prima di tutto, "impresa" e come l'acquisto di *asset* sia considerata una attività collaterale inclusa nell'investimento in quanto connessa con l'impresa. La disposizione segue indicando una lista non esaustiva di *asset*: "Detti *asset* devono includere in particolare [:] (i) proprietà mobile e immobile come ogni altro diritto reale, come mutui ipotecari, vincoli e pegni; (ii) quote in società o altro tipo di interessi; (iii) pretese di denaro o di qualsiasi prestazione avente valore economico e, in accordo con il suo scopo e finalità, valore di un interesse; (iv) *copyright*, diritti di proprietà industriale, processi tecnici, marchi, denominazioni, *know-how* e avviamento; (v) concessioni economiche secondo il diritto pubblico, incluse concessioni per ricercare, estrarre o sfruttare risorse naturali. Ogni ammessa alterazione della forma nella quale gli *asset* sono investiti non altera la loro classificazione come investimento"

¹⁰¹ Accordo per la promozione e protezione reciproca degli investimenti tra il Governo del Marocco e il Governo della Repubblica Federale di Nigeria, firmato nel 2016, testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5409

extent they are recognized under the law of the Host State; g) Rights conferred by law or under contract, including licenses to cultivate, extract or exploit natural resources" 102.

Si può osservare, in questa disposizione, un collegamento, forse, ancora più diretto con l'impresa: "Investment means an enterprise", mentre nel BIT Germania-Israele, in precedenza citato, menzionava l'"investment in an enterprise".

In generale nei trattati *enterprise-based*, la definizione oscilla tra l'impresa come punto focale, all'interno della quale vengono a trovarsi i diritti e i rapporti elencati in versione simile a quella *asset-based*, e un elenco di cui l'impresa è solo il primo punto, ma che, comunque, informa tutti i seguenti *asset* dei criteri tipici dell'impresa: capitale apportato, profitto, rischio e durata ¹⁰³.

La definizione *enterprise-based* è molto utile nei trattati che coprono l'investimento sia all'atto di entrata, sia dopo lo stabilimento nel Paese ospite: l'entrata e lo stabilimento dovranno aver luogo attraverso entità predefinite a tutto beneficio della certezza della tutela. Al contrario, gli accordi che proteggono il solo stabilimento tendono ad avere una copertura meno ben definita, anche se più ampia, che riguarderà tutti gli *asset* di proprietà straniera, senza particolare riguardo alla forma assunta (*asset-based*). Bisogna ricordare, inoltre, che molte leggi degli Stati ospiti sugli investimenti si riferiscono direttamente alle imprese e saranno, dunque, più facilmente sottoponibili a scrutinio per possibili violazioni delle tutele previste dai trattati: la definizione basata sull'impresa diventerebbe, insomma, l'anello di congiunzione tra la tutela del trattato e le leggi nazionali che devono rispettarlo in virtù dell'impegno internazionale dello Stato¹⁰⁴.

1.3 La definizione transaction-based

[&]quot;Investimento significa impresa nel territorio di uno Stato stabilita, acquisita, espansa, o gestita, in buona fede, da un investitore dell'altro Stato, nel rispetto delle leggi della Parte nel cui territorio l'investimento è fatto, insieme agli asset dell'impresa che contribuiscono allo sviluppo sostenibile di quella Parte ed ha le caratteristiche di investimento che includono un impegno di capitale o altre risorse simili, un profitto atteso, un rischio corso, e una certa durata. Un'impresa possiederà i seguenti asset: a) quote, azioni, obbligazioni e altri strumenti dell'impresa o di altra impresa; b) una garanzia per debito di un'altra impresa; c) prestiti ad un'impresa; d) proprietà mobile o immobile e altri diritti reali come mutui ipotecari, vincoli e pegni; e) pretese di denaro o altra prestazione da contratto avente valore economico; f) Copyright e diritti di proprietà intellettuale come brevetti, marchi commerciali, disegni industriali e denominazioni per quanto riconosciuti secondo la legge dello Stato territoriale; g) diritti conferiti dalla legge o secondo contratto, incluse licenze per l'agricoltura, estrarre o sfruttare risorse naturali"

¹⁰³Da non confondere con il caso in cui l'"impresa" si deve considerare come un qualunque elemento-*asset* in un elenco di definizione *asset-based* che, in generale, non presenti alcun collegamento con requisiti di organizzazione imprenditoriale.

 $^{^{104}}$ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/2 UNITED NATIONS PUBLICATION, Sales No. 11.II.D.9

Il terzo tipo di definizione è quello "transaction-based" ("basato sul trasferimento"), individuato da un'autrice in particolare 105, che poggia non sugli asset posseduti ma sul trasferimento di capitale da un Paese all'altro. Questo tipo di definizione si basa sul movimento del capitale (sul flusso) in entrata in un certo sistema economico piuttosto che sulla forma (l'asset) che esso assume una volta stabilitosi. Nella definizione transaction-based sono il movimento di capitale ed il suo trasferimento ciò in cui si ravvisa l'investimento, nei BIT asset-based, invece, è la forma in cui viene stabilito il capitale, trasferito o meno, a dare corpo all'investimento. Altri trattati basano la propria definizione di "investimento" su una lista tassativa di asset considerati "investimento" a fronte di un'altra lista di eccezioni. Ad esempio, il NAFTA¹⁰⁶, all'articolo 1139, dedicato alla definizione di investimento, include in tale definizione al punto (d) il prestito ad una impresa qualora l'impresa sia una affiliata dell'investitore oppure qualora l'originale termine di scadenza del prestito sia di almeno tre anni con esclusione di qualsiasi prestito ad una impresa di Stato. Al punto (d) fa eccezione il punto (i) che esclude le pretese di denaro che sorgano solo da contratti commerciali per la vendita di beni e servizi da parte di un cittadino o un'impresa nel territorio di una Parte ad un'impresa nel territorio di un'altra Parte oppure dall'estensione di un credito in connessione con una transazione commerciale, come il finanziamento commerciale, diversa dal prestito coperto dal punto (d). Comunque, dal tenore generale dell'articolo del trattato NAFTA, esso sembra collocarsi nella famiglia di definizioni enterprise-based.

1.4 L'uso delle liste

Un'altra forma di classificazione utilizzabile per studiare le definizioni pattizie di "investimento" si basa sull' uso di liste di *asset* che è molto diffuso nei trattati sulla protezione degli investimenti e, secondo alcuni studiosi¹⁰⁷, tali liste possono essere divise in tre tipi in coerenza con le classi di definizioni sopra esaminate. Il primo di tipo di lista si basa su liste "illustrative" che sono quelle utilizzate nelle definizioni basate sull'*asset* con una definizione molto generica iniziale

_

¹⁰⁵ Cfr. Engela C. Schlemmer, "The Oxford Handbook of International Investment Law", 2008, curato da Peter Muchlinski, Federico Ortino e Christoph Schreuer p.52

¹⁰⁶ Il NAFTA (North America Free Trade Agreement) è un trattato di libero scambio tra Canada, Stati Uniti e Messico, entrato in vigore il 1° gennaio 1994; testo completo:

https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187%286%29.pdf

¹⁰⁷ Cfr. Noah Rubins, 'The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration' in Norbert Horn," Arbitrating Foreign Investment Disputes" (l'Aja, Kluwer Law International, 2004) pp. 292 ss.; ripreso da Engela C. Schlemmer, "The Oxford Handbook of International Investment Law", 2008, curato da Peter Muchlinski, Federico Ortino e Christoph Schreuer p.57

seguita da un elenco aperto. La definizione iniziale, in questo tipo di liste, poggia sul concetto di "asset" o di "capitale in forma di asset": il nucleo della definizione resta la lista illustrativa di cui si sono dati esempi poco sopra. Questo è il modello di lista indubbiamente più ampio e corrisponde ai casi di definizione asset-based. Il secondo tipo di lista è quello "esaustivo", sul modello NAFTA, prima esaminato, che contiene, invece, un numerus clausus di elementi. Questo tipo di lista rischia di fornire una definizione di "investimento" eccessivamente rigida se le voci della lista sono molto dettagliate oppure troppo onnicomprensiva se le singole operazioni elencate sono troppo ampie. Il terzo tipo, forse più bilanciato, è quello della lista "ibrida" che è caratterizzata sia da una definizione generale sia da una lista che, in mancanza di specificazioni esplicite, deve considerarsi non esaustiva. La definizione iniziale, nella lista "ibrida", è definita da Rubins come "funzionale" ed è in questo distinta dalla definizione generica che troviamo in apertura delle liste "illustrative". Esempio ne è l'articolo 15.1.13 del trattato di libero scambio tra Stati Uniti e Singapore ¹⁰⁸ del 2003. In esso si rinviene una elencazione generica dalla lettera (a) ad (h) ed in apertura la definizione: "Investment means every asset owned or controlled, directly or indirectly, by an investor, that has the characteristics of an investment. Forms that an investment may take include: [...]"109. Proprio il riferimento alle "caratteristiche" rende la definizione diversa da quella introduttiva delle liste illustrative, queste caratteristiche, desunte dalla scienza economica ad opera della giurisprudenza e che saranno esaminate più avanti, sono indicate in sintesi in una nota a piè di pagina: "Where an asset lacks the characteristics of an investment, that asset is not an investment regardless of the form it may take. The characteristics of an investment include the commitment of capital, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk" 110. Questo tipo di definizione, basato su lista "ibrida" è particolarmente interessante perché coniuga la flessibilità propria di una lista di asset non esaustiva ma sempre nel rispetto della concezione economica di "investimento" richiamata nelle sue tipiche caratteristiche¹¹¹.

¹⁰⁸ Trattato di libero commercio USA-Singapore firmato nel 2003; testo completo:

https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf

^{109 &}quot;Investimento significa ogni tipo di asset posseduto o controllato, direttamente o indirettamente, da un investitore che ha le caratteristiche di un investimento. Le forme che un investimento può prendere includono: [...]"

¹¹⁰ "Qualora un *asset* manchi delle caratteristiche di un investimento, quell'*asset* non è un investimento, senza riguardo alla forma che può prendere. Le caratteristiche di un investimento includono l'impegno del capitale, l'aspettativa di un guadagno o un profitto, o l'assunzione del rischio".

¹¹¹ Secondo Dolzer e Schreuer, la scienza economica attribuisce all'investimento le seguenti caratteristiche: il trasferimento di fondi, un progetto di lungo termine, lo scopo di profitto, una qualche forma di coinvolgimento del trasferente nella gestione ed un rischio economico (cfr. Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, "Principles of international investment law", seconda edizione, 2012, p.60)

2 Condizioni specifiche aggiuntive ed esclusioni

I trattati possono contenere, nella loro definizione di investimento, alcune condizioni aggiuntive da rispettare, affinché l'operazione economica in questione possa essere ritenuta "investimento straniero", e alcune eccezioni che escludono operazioni economiche dalla tutela del trattato senza negarne la natura di investimento. È importante sottolineare che queste condizioni si trovano al confine tra la nozione vera e propria di investimento e i requisiti per la competenza dei diversi tribunali arbitrali; tuttavia, vista anche la mancanza di una nozione consuetudinaria di investimento e la conseguente incertezza di questo confine, sembra opportuno darne conto.

È presumibile, anzi, che proprio la variegata massa di condizioni aggiuntive ed eccezioni sia stata concausa della mancata nascita di una nozione consuetudinaria di investimento. Le tre condizioni aggiuntive più importanti sono l'autorizzazione delle autorità locali, il rispetto del diritto nazionale e la territorialità dell'investimento¹¹².

2.1 Autorizzazione delle autorità locali

La prima condizione aggiuntiva che integra la nozione di investimento e si rinviene in alcuni trattati è l'approvazione da parte delle autorità locali. Questo requisito (previsto anche in alcune leggi nazionali sull'investimento straniero che verranno esaminate più avanti) può presentare un problema di accertamento più ostico di quanto si possa credere, oltre al fatto che si ritrova in mercati sottoposti a stretto controllo da parte di Stati dirigisti che si comportano in modo non propriamente lineare, come si vedrà tra poco in un caso esemplificativo di questo problema.

Nell'"Accordo sulla promozione e Protezione degli Investimenti¹¹³ nell'ASEAN"¹¹⁴ del 1987¹¹⁵ l'articolo 2 su "applicabilità e scopo" sancisce, al paragrafo 1, che: "This Agreement shall apply only to investments brought into, derived from or directly connected with investments brought into the territory of any Contracting Party by nationals or companies of any other Contracting Party

¹¹² Cfr. Jan Asmus Bischoff e Richard Happ, "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, pp. 502-503

¹¹³ Accordo sugli investimenti del 1987, testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5554

¹¹⁴ "Association of South-East Asian Nations" è un'organizzazione regionale fondata a Bangkok nel 1967 con la "Dichiarazione ASEAN". Le sue finalità sono, tra le altre, la crescita economica sociale e culturale e promuovere la collaborazione in campi di interesse comune.

¹¹⁵ L'articolo 1 stabilisce una definizione asset-based

and which are specifically approved in writing and registered by the host country and upon such conditions as it deems fit for the purposes of this Agreement"116. Questo requisito richiesto dal trattato venne discusso nel caso Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. contro Governo dell'Unione del Myanmar¹¹⁷. YCO era una compagnia di Singapore che si occupava di manifattura di bevande e, nel 1993, aveva concluso un Accordo di joint-venture con una società dello Stato del Myanmar fondando la MYCO. Richiese un arbitrato ASEAN nel 2000 (sarà il primo in assoluto) per aver subito l'espropriazione della sua proprietà da parte di agenti armati e il congelamento di alcuni conti corrente. Una delle questioni preliminari, che si rivelerà elemento importante ai fini della decisione sulla giurisdizione, era la presenza o meno dell'autorizzazione all'investimento da parte del Myanmar ai sensi dell'Accordo ASEAN del 1987. La società YCO aveva ottenuto l'autorizzazione al proprio investimento da parte della FIC, un organismo preposto al rilascio delle autorizzazioni agli investimenti secondo il diritto nazionale del Myanmar. Tale autorizzazione era rilevante ai fini del diritto interno ed era stata rilasciata prima che il Myanmar entrasse nell'ASEAN. Dopo tale autorizzazione (stabilita dal diritto interno), il Myanmar è entrato nell'ASEAN il cui trattato di protezione degli investimenti prevede, come detto, un'autorizzazione statale che ammetta l'investimento in questione alla tutela del trattato stesso. Il problema giuridico che il tribunale ha dovuto affrontare è il seguente: può l'autorizzazione prevista dal diritto nazionale essere considerata comprensiva dell'autorizzazione specificamente prevista dal trattato ASEAN? In altre parole, ai fini della tutela del trattato ASEAN è sufficiente un'autorizzazione nazionale "generica" e prevista per fini totalmente estranei alla tutela ASEAN (il Myanmar non era neanche nell'organizzazione) oppure è necessaria un'autorizzazione specifica prevista dal diritto nazionale in ottemperanza del trattato? Secondo il Myanmar l'estensione automatica dell'autorizzazione nazionale della FIC ad autorizzazione ai sensi del trattato di tutela dell'ASEAN sarebbe stata troppo "sensible" 118, visto che tutti gli investimenti stranieri necessitavano dell'autorizzazione FIC. Essa avrebbe, insomma, leso la prerogativa del Myanmar di ammettere discrezionalmente gli investimenti, già autorizzati dalla FIC, all'ampia tutela ASEAN. Secondo la società ricorrente l'"Accordo di Joint Venture" ha costituito un "continuing approval" e le decisioni del Consiglio dei Direttori, in cui sedevano rappresentanti dello Stato, costituivano "atti di approvazione" a sé stanti¹¹⁹. Secondo il tribunale, se

¹

¹¹⁶ "Questo Accordo deve applicarsi solo agli investimenti immessi, derivati da o direttamente connessi con investimenti immessi nel territorio di qualsiasi Parte Contraente da cittadini o società di qualsiasi altra Parte Contraente e che sono specificamente approvati per iscritto e registrati dallo Stato ospite e alle condizioni che esso ritiene adatte allo scopo di questo Accordo."

¹¹⁷ ASEAN I.D. Caso N. ARB/01/1; testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf

¹¹⁸ Paragrafo 55 della decisione

¹¹⁹ Paragrafo 56 della decisione

uno Stato ASEAN autorizza per iscritto un investimento secondo la propria legge interna senza riserve e senza precisazioni, l'investimento deve considerarsi approvato anche ai fini dell'Accordo ASEAN. Il problema è che l'investimento di YCO era stato effettuato prima dell'entrata in vigore per il Myanmar dell'Accordo ASEAN (nel 1997) e, dunque, per ovvie ragioni, l'autorizzazione di diritto interno (1993) non poteva in alcun modo considerarsi comprendente quest'ultimo. Secondo la chiara lettera dell'Accordo ASEAN, non si può considerare in alcun modo retroattiva l'autorizzazione facendola ricomprendere da un'autorizzazione nazionale per quanto la sua forma possa essere soddisfacente. È, ovviamente, possibile un'autorizzazione successiva come, ad esempio, un rinnovo del contratto di joint-venture o una nuova autorizzazione del contratto medesimo da parte della FIC, ma, come sottolineato dal Ricorrente, nulla di ciò è stato compiuto dalle competenti autorità. Peraltro, il tribunale ha anche indicato il proprio interesse per ulteriori informazioni che potessero provare un'autorizzazione dal Myanmar posteriore al 1997. Il Ricorrente ha, persino, provato a sostenere che le decisioni prese dal consiglio dei direttori della MYCO o da singoli direttori potessero aver agito in luogo dello Stato del Myanmar: queste decisioni avevano carattere manageriale e, per quanto alla MYCO partecipasse anche una società di proprietà dello Stato, in nessun modo avrebbero potuto gli amministratori prendere decisioni che implicassero un'autorizzazione dello Stato (che peraltro avrebbe dovuto essere espressa). Da questa decisione si può osservare come il requisito dell'autorizzazione vada contestualizzato tenendo conto sia delle norme definitorie poste dai trattati, sia delle norme della legge nazionale: entrambi questi tipi di strumenti possono richiedere un'autorizzazione dell'operazione di investimento straniero. Nella decisione esaminata risulta, però, che l'autorizzazione resta un requisito "ai margini" della nozione di "investimento straniero": in particolare, nella parte iniziale della decisione viene ribadito quanto stabilito dal trattato ASEAN (art. 2 par. 1) citato in precedenza: "The conditions for a direct foreign investment to receive the more favourable protection envisaged in Article VI(1) of the 1987 ASEAN Agreement include specific approval in writing and registration for the purposes of the Agreement" 120. Da questo passaggio risulta come il tribunale considerasse l'operazione economica di cui si richiede la tutela come un "investimento estero diretto" già di per sè: l'autorizzazione su cui si disquisiva è requisito per l'inclusione nella tutela pattizia. Il requisito dell'autorizzazione sembra introdurre una scissione tra la nozione di "investimento straniero" e quella di "investimento straniero tutelato": dato che la tutela dell'investimento è lo scopo principale dei trattati sugli investimenti, una definizione di "investimento straniero" che non tenesse conto del requisito

¹²⁰ Paragrafo 22 della decisione: "Le condizioni affinchè un investimento estero diretto riceva la protezione più favorevole prevista nell'articolo 6 (1) dell'Accordo ASEAN include la specifica approvazione per iscritto e la registrazione ai fini dell'Accordo"

dell'autorizzazione (quando presente) sarebbe inutile ed incoerente con la finalità della tutela. Sornarajah sottolinea come il requisito dell'approvazione evidenzi la categoria degli "investimenti coperti" e sottoposti alla lex specialis del trattato considerato, mentre gli investimenti che non beneficiano dell'autorizzazione rimangono protetti dai principi del diritto internazionale generale ¹²¹.

2.2 Rispetto del diritto nazionale

La seconda condizione aggiuntiva, molto diffusa soprattutto nei BIT, è il rispetto del diritto nazionale nell'operazione d'investimento. Si deve precisare che questa condizione aggiuntiva è considerata parte integrante della nozione stessa di investimento coperta dal BIT principalmente da parte degli Stati che sono interessati ad avere un'influenza diretta sulla nozione di investimento tramite una sorta di rinvio formale, da parte della definizione pattizia, alla legge interna. Molte decisioni ICSID hanno limitato l'efficacia di questa condizione alla legalità ed alla protezione dell'investimento anziché alla sua definizione (che sarebbe, invece, radicata nel diritto pubblico internazionale), per evitare che gli Stati possano, di fatto, limitare l'efficacia dei BIT definendone unilateralmente il campo di applicazione semplicemente cambiando la legge interna. Esempio di questa problematica è il caso Tokios Tokelés contro Ucraina¹²², che ha citato a sua volta il caso Salini¹²³ (che verrà affrontato più avanti); la società ricorrente, di nazionalità lituana, aveva fondato una sussidiaria in Ucraina per condurre un'attività di editoria e ricorreva per supposti atti di ritorsione da parte dell'Ucraina, per la pubblicazione riguardante un politico locale dell'opposizione, tra cui si annoveravano atti di sequestri di documenti, accuse di condotte illegali, azioni giudiziarie per l'annullamento di contratti e sequestro di beni. L'Ucraina, che otterrà ragione nel merito, vede un'obiezione alla giurisdizione respinta. L'investimento non era lecito, secondo l'Ucraina, perché l'investitore aveva registrato la propria sussidiaria come "subsidiary private enterprise", forma giuridica non riconosciuta, mentre la dicitura corretta sarebbe stata "subsidiary enterprise"124. Inoltre lo Stato contestava errori minori nella formazione dei documenti. Il tribunale ha citato il caso Salini, affermando che il fine della clausola di legalità è evitare che vengano protette dai BIT attività che non dovrebbero essere protette in quanto illegali. In questo caso non si

¹²¹ M. Sornarajah, "International law on foreign investment", quarta edizione, p. 363

¹²² ICSID Caso N. ARB/02/18 testo completo della decisione sulla giurisdizione:

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C220/DC639_En.pdf

¹²³ ICSID Caso N. ARB/00/4 testo completo della decisione sulla giurisdizione:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf

¹²⁴ Cfr. paragrafo 83 della decisione sulla giurisdizione

tratta di attività illegali per se, ma di irregolarità amministrative, peraltro abbastanza tenui, che, in virtù dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati¹²⁵ che stabilisce l'interpretazione sistematica ed il rispetto dello scopo (oltre al significato letterale) 126, non possono valere ad escludere l'investimento dalla copertura del BIT. In sostanza, uno Stato può, ovviamente, istituire divieti, limitazioni o requisiti procedurali per certe attività economiche sul proprio territorio, ma non potrebbe, secondo certi tribunali arbitrali, stabilire per legge che certe attività, in quanto tali o in quanto non abbiano soddisfatto requisiti procedurali, non costituiscono "investimento" ai fini del BIT. Nonostante questa esclusione del requisito della legalità dagli elementi costitutivi della nozione di investimento da parte dei tribunali arbitrali, è, comunque, opportuno dare conto di questo requisito, come di quello sull'autorizzazione, vista la mancanza di univocità nel campo. La formula più utilizzata nei BIT, con pochissime variazioni, è "in accordo con le leggi e i regolamenti dello Stato ospite" ("in accordance with the laws and regulations of the host State"). La condizione può essere ricompresa nell'articolo dedicato alle definizioni rientrando in quella di investimento (BIT Germania-Filippine del 1997¹²⁷) oppure in norme sulla promozione e protezione degli investimenti, secondo il BIT Argentina-Olanda¹²⁸ e Bolivia-Olanda¹²⁹ (in entrambi all'articolo 2): "Either Contracting Party shall, within the framework of its laws and regulations, promote economic cooperation through the protection in its territory of investment of investors of the other Contracting Party. Subject to its right to exercise powers conferred by its laws or regulations, each Contracting Party shall admit such investments" 130.

Una questione delicata da chiarire è che la clausola sul rispetto delle leggi interne non deve, però, ritenersi estesa anche alle disposizioni di legge interna che dovessero stabilire la giurisdizione esclusiva interna sulle controversie. In un tale caso sarebbero vanificati lo scopo e l'oggetto del trattato nel caso di presenza di clausola compromissoria a favore di un arbitrato internazionale, come, in effetti, avviene di frequente. Ciò è stato chiarito da un tribunale ICSID nel caso *Aguas del*

_

¹²⁵ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969, entrata in vigore il 27 gennaio 1980; testo completo: https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf

¹²⁶ Articolo 31 Id.

¹²⁷ Accordo tra la Repubblica Federale di Germania e la Repubblica delle Filippine per la promozione e reciproca Protezione degli investimenti, firmato nel 1997; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1392

¹²⁸ Accordo sull'incentivazione e reciproca protezione degli investimenti tra il Regno d'Olanda e la Repubblica argentina, firmato nel 1992; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/107

¹²⁹ Accordo sull'incentivazione e reciproca protezione degli investimenti tra il Regno d'Olanda e la Repubblica della Bolivia, firmato nel 1992; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/457

¹³⁰ "Ogni Parte Contraente dovrà, nella cornice delle proprie leggi e regolamenti, promuovere la cooperazione economica tramite la protezione nel suo territorio di investimenti di investitori dell'altra Parte Contraente. Soggetti al suo diritto di esercitare i poteri conferiti dalle sue leggi e regolamenti, ogni Parte Contraente deve ammettere tali investimenti".

Tunari S.A. contro Repubblica della Bolivia¹³¹ che riguardava alcuni diritti derivanti da una concessione per la fornitura d'acqua e servizi fognari alla città boliviana di Cochabamba, da parte di una società olandese, e che vede applicati il BIT Bolivia-Olanda, citato poco sopra. La controversia nasceva da pretese azioni ed omissioni del Governo della Bolivia che avevano portato alla rescissione dell'accordo di concessione con il Ricorrente. Una delle obiezioni mosse alla giurisdizione ICSID era proprio il riferimento nel BIT alla legge boliviana che, secondo la Resistente Bolivia, risultava nella giurisdizione esclusiva della Bolivia stessa. Secondo il Ricorrente, invece, l'articolo 2 del BIT, in cui è stabilito il rispetto della legge era una "clausola di ammissione" e non aveva rilevanza in ambiti diversi da quello della prima entrata nel Paese. L'interpretazione boliviana della disposizione avrebbe chiuso qualsiasi possibilità di arbitrato internazionale, ICSID o meno. Il tribunale è passato ad interpretare sistematicamente l'articolo 2 del BIT, compiendo l'esercizio interpretativo di eliminare i riferimenti al rispetto della legge statale, ed è pervenuto alla conclusione che significato principale dell'articolo, nella prima frase, era di esplicare il fine dell'intero BIT che era quello di promuovere la cooperazione economica e delle altre disposizioni del BIT e di fornire una protezione integrativa degli investimenti tramite regole sostanziali di trattamento e strumentali di tutela. Per quanto riguarda la seconda frase dell'articolo, secondo il tribunale, gli Stati Parte avevano l'obbligo di ammettere gli investimenti dell'altra Parte e tale obbligo è soggetto "all'esercizio dei diritti conferiti dalle leggi e regolamenti dello Stato" e non alle leggi e ai regolamenti stessi 132. In altre parole, il tribunale ha concluso che l'esercizio da parte dello Stato di questi diritti si potesse concretizzare, eventualmente, in un atto al momento dell'ingresso dell'investimento nel Paese e non in una sottoposizione in tutto e per tutto a leggi e regolamenti statali: cioè un conto era la sottoposizione alla giurisdizione esclusiva statale (come sostenuto dalla Bolivia), altra cosa ben diversa era la sottoposizione dell'obbligo di ammissione all'esercizio da parte dello Stato di poteri stabiliti in base alla legge e ai regolamenti. Da questo caso si può osservare come il richiamo al rispetto del diritto nazionale vada letto prestando attenzione al contesto del trattato di protezione in cui è inserito ed in senso restrittivo. Il tribunale ICSID del caso Aguas del Tunari ha interpretato il requisito del rispetto del diritto nazionale come una modalità in cui si devono estrinsecare le reali finalità dell'articolo 2 del BIT, ossia, la promozione e l'obbligo di ammissione: entrambi questi obiettivi devono comunque essere subordinati all'esercizio dei poteri stabiliti dal diritto nazionale. Il tribunale ha escluso con decisione che questo richiamo, quasi incidentale, possa basare a stabilire la giurisdizione dei tribunali boliviani piuttosto che dell'ICSID. Il tribunale ICSID ha statuito che un obiettivo primario di questo BIT è quello di stabilire la

_

¹³¹ ICSID Caso N. ARB/02/3; testo completo della decisione: http://www.iisd.org/pdf/2005/AdT_Decision-en.pdf ¹³² Paragrafo 147 della decisione, *Id*.

giurisdizione ICSID in modo da fornire un foro indipendente che potesse attrarre investimenti stranieri ¹³³; negare la giurisdizione ICSID avrebbe corrisposto a "to defeat the object and purpose of the Treaty" ¹³⁴. Si può osservare, dunque, come anche una condizione aggiuntiva apparentemente semplice e lineare, imposta da un trattato, possa nascondere problemi interpretativi di portata importante. Bisogna sottolineare che clausole di rispetto della legge non vanno confuse con quelle di approvazione e autorizzazione: le prime agiscono come un "filtro di soglia" ¹³⁵ ("threshold filter") contro investimenti stranieri che violerebbero le leggi nazionali, mentre le clausole sull'autorizzazione, di cui si è parlato prima, richiedono l'accettazione espressa da parte dello Stato per ogni singolo investimento e permettono uno screening attivo all'entrata dell'investimento.

2.3 Territorialità dell'investimento

La terza condizione integrativa è la territorialità dell'investimento straniero richiesta da molti trattati, come NAFTA¹³⁶ e Carta Internazionale dell'Energia¹³⁷, e da diversi BIT, come quello tra Argentina e Stati Uniti¹³⁸ del 1991; in questi strumenti è sempre presente la formula "in the territory".

In alcuni casi, come l'acquisto di immobili, la connessione territoriale è ovvia, ma per altre operazioni, come quelle finanziarie e di prestazioni di servizi, si presenta di difficile accertamento. I casi più noti sul problema della territorialità sono: *SGS* (*Société Générale de Surveillance*) *S.A. contro Pakistan* (*ICSID Caso N. ARB/01/13*) e *SGS contro Repubblica delle Filippine* (*ICSID Case No. ARB/02/6*)¹³⁹. La SGS era una società privata svizzera, concessionaria di servizi pubblici in vari

¹³³ Cfr. paragrafo 153 della decisione *Id.*

¹³⁴ Può essere interessante osservare che, con questa espressione, il tribunale si richiama al titolo dell'articolo 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati nel quale si stabilisce l'obbligo di uno Stato di non vanificare l'oggetto o il fine di un trattato prima dell'entrata in vigore.

¹³⁵ Robert Hunter, "When is an "investment" an "investment?"- Formalities of approval and limitations on their application" in Miguel Fernandez-Ballersteros and David Arias (eds), *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley, 2010) 627,629

¹³⁶ Art. 1101, testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6187%286%29.pdf

¹³⁷ È un accordo internazionale del 1991 in cui si stabiliscono forme di cooperazione multilaterale nell'ambito del settore energetico. Nell'articolo 1, alla definizione di "investimento", si parla di "area" che viene poi definita come "territorio sottoposto a sovranità"; testo completo: http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf

¹³⁸ Trattato tra gli Stati Uniti d'America e la Repubblica argentina riguardante la reciproca incentivazione e protezione dell'investimento, firmato nel 1991; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/127

¹³⁹ Prima di esaminare questi casi dal punto di vista del requisito della territorialità si anticipa che questi verranno riesaminati a tempo debito nel paragrafo sulla discussione riguardante la concezione oggettiva e soggettiva da parte dell'ICSID.

Paesi del mondo, che a fronte di mancati pagamenti si è rivolta all'ICSID in questi due casi. I suoi servizi consistevano nell'accertare che le dichiarazioni degli importatori rispettassero le classificazioni e i regolamenti sulle importazioni e nel consegnare certificati che autorizzassero l'ingresso dei beni nel territorio. Oltre a questo la SGS si occupava di formazione del personale delle autorità locali e dello stabilimento di uffici di collegamento; per queste funzioni, l'attività della società si divideva tra il territorio pakistano e filippino, da un lato, e i territori dei Paesi da cui provenivano i beni da importare nei primi, dall'altro. I due Paesi obiettarono alla giurisdizione perché SGS non aveva, a loro avviso, fatto un investimento "sul territorio" come era richiesta dai rispettivi BIT con la Svizzera: "Il presente accordo deve essere applicato agli investimenti nel territorio di una Parte Contraente". Le due decisioni di rigetto dell'obiezione sono abbastanza simili, con qualche differenza. Secondo il Pakistan, la parte principale delle attività dell'investitore consisteva nelle ispezioni di merci nei porti di provenienza dei beni e, quindi, fuori dal territorio nazionale. Nonostante l'impiego di denaro e lo stabilimento degli uffici di collegamento a Karachi e Lahore, questi ultimi erano finalizzati soltanto al trattamento e mantenimento dei dati dalle sussidiarie: in definitiva, non c'era alcuna attività generatrice di reddito ("revenue generating") in Pakistan. Le Filippine sostenevano, in più, che le attività di formazione del personale e di ammodernamento delle strutture doganali erano marginali e, dunque, non potevano costituire la necessaria connessione tra l'attività principale di ispezione, da cui discendevano le obbligazioni fatte valere in giudizio, e il territorio dello Stato. Per quanto riguarda il contenzioso con il Pakistan, il tribunale si è limitato a rilevare che le spese di SGS nel territorio dello Stato erano state limitate, ma aveva comunque effettuato una "iniezione di fondi". Riguardo al contenzioso con le Filippine, il tribunale ha spiegato che l'attività di certificazione della conformità delle spedizioni di beni, che avveniva all'estero, era la parte essenziale delle prestazioni di SGS nei confronti delle Filippine, mentre l'ufficio a Manila aveva importanza "sostanziale" nelle attività di SGS e, tra l'altro impiegava molte persone. Questi elementi, ossia, l'iniezione di fondi per quanto riguarda la controversia con il Pakistan e l'importanza di un ufficio di collegamento a Manila per lo svolgimento dell'attività stessa, erano sufficienti a connotare l'investimento con il requisito della territorialità anche se il grosso delle spese di copertura delle attività era sostenuto all'estero. Può osservarsi, in definitiva, che il requisito della territorialità non viene inteso in senso letterale e l'impressione, dopo aver esaminato i casi SGS, è che esso, stabilito a vantaggio degli Stati per dover tutelare solo le attività economiche produttive di reddito al proprio interno, possa essere interpretato in modo favorevole all'investitore.

2.4 Esclusioni

Dopo aver esaminato le principali condizioni aggiuntive è venuto il momento di elencare brevemente le esclusioni pattizie dalla nozione di investimento. Esse sono costituite da attività economiche che, in virtù della amplissima definizione generale contenuta nel trattato stesso, rientrerebbero, secondo canoni interpretativi basilari, nella nozione. Altre esclusioni hanno, invece, la funzione precauzionale di ribadire la distanza di certe operazioni economiche dalla concezione comune ed economica di investimento e dalla definizione pattizia. Esaminando le singole esclusioni si può rilevare che ciascuna di esse comprende una tipo di operazione economica che manca di almeno una caratteristica dell'investimento nel senso economico. Esclusioni, ad esempio, sono quelle che si ritrovano nel BIT Canada-Armenia¹⁴⁰ del 1997 all'articolo 1 sulle definizioni: "But [investment] does not mean real estate or other property, tangible or intangible, not acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes", 141. In questo caso l'esclusione rientra nel primo tipo: la definizione generale di investimento in questo BIT è asset-based seguita da una lista aperta che include la proprietà di beni immobili ("immovable property") e, dunque, l'acquisto di una casa per fruizione personale sarebbe potuta rientrare nella nozione definita dal BIT. L'acquisto di un immobile a fine di fruizione personale e non di sfruttamento economico manca, in effetti, dei caratteri del rischio economico 142, di un qualsiasi tipo di gestione imprenditoriale e di un'aspettativa di profitti. Altra esclusione interessante è operata dal BIT tra Austria e Bosnia-Erzegovina¹⁴³ del 2000 che, all'articolo 1, esclude le transazioni puramente commerciali come le vendite di beni e la prestazione di servizi: questa esclusione è meramente esplicativa del comune e quasi unanime consenso dottrinale e giurisprudenziale che le transazioni commerciali (bene o servizio contro prezzo prestabilito), come si vedrà oltre, non possono essere considerate investimenti per la mancanza dell'elemento del rischio ma anche della durata e dell'elemento della gestione. Una clausola che si rinviene in alcuni trattati, e che ha assunto particolare importanza negli ultimi anni, è l'esclusione dell'acquisto di titoli del debito pubblico, da

¹⁴⁰ Accordo tra il Governo del Canada e il Governo della Repubblica d'Armenia per la promozione e protezione degli investimenti, firmato nel 1997; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/131 ¹⁴¹ "Ma [investimento] non significa proprietà immobiliare ("*real estate*") o altra proprietà, tangibile o intangibile, non

¹⁴¹ "Ma [investimento] non significa proprietà immobiliare ("real estate") o altra proprietà, tangibile o intangibile, non acquisita nell'aspettativa o non usata per vantaggi economici o altri scopi di affari"

¹⁴² In realtà qualsiasi operazione economica presenta rischi (ad esempio l'inadempienza o anche catastrofi naturali); tuttavia, come si vedrà più in basso, il rischio caratteristico di un investimento è specificamente legato alla possibilità che l'operazione intrapresa abbia successo commerciale e produca un ritorno di profitti

¹⁴³ Accordo tra la Repubblica d'Austria e la Bosnia-Erzegovina per la promozione e protezione degli investimenti, firmato nel 2000; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/174

parte di investitori stranieri, dalla nozione di investimento, un esempio, il BIT Argentina-Messico¹⁴⁴ del 1996, articolo 1, nel quale sono escluse dalla nozione di investimento le obbligazioni di pagamento, la concessione di un credito allo Stato o una impresa di Stato; questa disposizione pertanto esclude dalla nozione di investimento l'acquisto di titoli del debito sovrano estero. L'esclusione di una tale operazione dalla nozione di investimento poteva risultare inutile e pletorica a chi fosse stato avvezzo a trattare la sola concezione economica dell'investimento, tuttavia negli anni seguenti l'esclusione ha assunto un peso ben diverso visto l'orientamento dell'ICSID, di cui si parlerà, verso la qualificazione dell'acquisto di titoli del debito pubblico come investimento a cominciare proprio dal default argentino. Visto questo orientamento controverso dell'ICSID, che sarà esaminato più avanti, è interessante la scelta di parole del BIT Marocco-Nigeria 145 del 2016. In questo trattato, gli estensori, per escludere l'acquisto di titoli di uno Stato Parte da parte degli investitori dell'altra, usano l'espressione "per maggiore certezza" ("for greater certainty"), mostrando di fare un parziale affidamento sull'ovvietà ("certainty") della distanza di questa operazione dalla nozione di investimento, almeno fino a quel momento, e, al contempo, di riconoscere l'erosione di questa certezza da parte della giurisprudenza ICSID: come a voler dire che l'estraneità dell'operazione è ovvia, ma, visto che è stata messa in discussione dall'ICSID, serve "maggiore certezza".

Un'altra esclusione di rilievo, che figura in alcuni trattati, è quella degli investimenti di portafoglio ("portfolio investments") che devono essere distinti dalle quote primarie ("primary shares") di società veicolo dell'investimento, come ad esempio in caso di obbligatorietà della forma sociale per poter investire nello Stato ospite. Gli investimenti di portafoglio possono essere connessi direttamente con la proprietà della società, ad esempio le azioni, o avere un collegamento indiretto, ad esempio le obbligazioni, e possono essere scambiati nelle Borse. Gli investimenti di portafoglio stimolano il flusso di capitale e dovrebbero perciò essere incoraggiati dai Paesi in via di sviluppo. La differenza importante con le quote primarie, però, è che queste ultime sono contributi di capitale a nascenti attività produttive e sono caratterizzate da una circolazione lenta, mentre gli investimenti di portafoglio, pur potendo apportare, come detto, nuovi capitali, sono spesso trattati con diffidenza da certi Stati che si vedono costretti a garantire le tutele del trattato in questione ad investitori e azionisti difficilmente individuabili con precisione e le cui identità possono variare con la stessa

¹⁴⁴ Accordo tra il Governo degli Stati Uniti Messicani ed il Governo della Repubblica argentina per la reciproca promozione e protezione degli investimenti, firmato nel 1996; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/105

¹⁴⁵ Accordo di reciproca promozione e protezione tra il Governo del Regno del Marocco ed il Governo della Repubblica Federale di Nigeria, firmato nel 2016; testo completo:

velocità delle transazioni del trading online. Proprio per questo motivo, gli investimenti di portafoglio si prestano ad operazioni speculative che possono risultare tanto improvvise quanto devastanti per alcune economie nazionali. Quando un trattato include nella propria lista, esemplificativa, o meno, gli "shareholders", bisogna tenere presente che lo "shareholding" è cosa diversa dal "portfolio investment", che potrebbe, invece, essere oggetto di esclusione nel medesimo trattato¹⁴⁶. Il BIT Marocco-Nigeria, cui si è già accennato, all'articolo 1, nella seconda parte della voce "investimenti" recita: "For greater certainty, investment does not include: a) Debt securities issued by a government or loans to a government b) Portfolio investments [...]". La nozione di "investimento di portafoglio" può anche essere precisata da criteri quantitativi o qualitativi. Il BIT Turchia-Montenegro¹⁴⁸ del 2012 (non in vigore) non nomina l'investimento di portafoglio tra le esclusioni, ma esclude dalla definizione generale di investimento le quote inferiori al 10% delle azioni o diritti di voto in una società che siano state acquisite attraverso la Borsa. Similmente, l'Accordo di Espansione Economica e Commerciale tra Brasile e Perù 149 del 2016 all'articolo 2.3, lettera (f), nel definire l'investimento, esclude quelli di portafoglio ("las inversiones de cartera") i quali non mettano l'investitore nelle condizioni di esercitare un significativo livello di influenza nella gestione dell'attività. Sembra che, oltre ai motivi di politica economica già accennati, la ragione per cui gli investimenti di portafoglio possono venire esclusi dalla nozione di "investimento" è la mancanza del carattere della gestione (in questo ultimo caso citato, ciò viene rimarcato esplicitamente) e la mancanza di un progetto di una certa durata.

Anche la giurisprudenza ha dato un contributo nell'ambito delle esclusioni stabilendo limiti alla nozione di "investimento" attraverso, soprattutto, le decisioni di tribunali che negano la propria giurisdizione sulla base del rilievo che l'operazione in esame non costituisce "investimento", ma si deve ricomprendere in altri tipi di operazioni. Un'operazione molto diversa dall'investimento, dal punto di vista dell'oggetto e del fine economico, è sicuramente quella della vendita. Tuttavia, nella pratica, vi possono essere casi in cui il confine tra i due tipi di operazione diventa labile ed è la giurisprudenza a tracciare le dovute distinzioni. Un caso ICSID particolarmente importante è *Joy*

¹⁴⁶ Questa distinzione è sottolineata da M. Sornarajah (che denuncia la scarsa considerazione per questa distinzione da parte di altri autori) in "The International Law on Foreign Investment", quarta edizione, p. 365

[&]quot;Per maggiore certezza l'investimento non include: a) titoli di debito emessi da un governo b) investimenti di portafoglio [...]"

¹⁴⁸ Accordo tra il Governo della Repubblica di Turchia e il Governo del Montenegro riguardante la reciproca promozione e protezione degli investimenti, firmato nel 2012; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4759

¹⁴⁹ Accordo di Espansione Economica e Commerciale tra Brasile e Perù firmato nel 2016; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5402

Mining Machinery Limited contro Repubblica Araba dell'Egitto¹⁵⁰ (ICSID Caso N. ARB/03/11). Una società inglese si era impegnata a fornire ad un'agenzia pubblica egiziana (la IMC) una serie di macchinari finalizzati a certe attività minerarie. La controversia era nata a seguito del rifiuto della IMC a rilasciare le garanzie bancarie fornite dalla società inglese in quanto le strumentazioni fornite non sarebbero state di qualità soddisfacente. Il tribunale ICSID, piuttosto che soffermarsi sulla qualificazione della concessione di garanzie bancarie come "investimento" o meno, sceglie di esaminare l'interezza dell'operazione economica¹⁵¹. L'operazione economica, secondo il tribunale, consiste in una vendita: "The scope of the Contract is to replace and "procure" longwall mining equipment, this being an element of normal sales contracts" 152. La vendita, in effetti, presenta, dal punto di vista economico, differenze sostanziali rispetto all'investimento: è un'operazione che si esaurisce con uno scambio che non copre un lasso di tempo apprezzabile come nell'investimento, né presenta un rischio come le operazioni di investimento. Se la distinzione teorica tra vendita e investimento è abbastanza chiara, nella pratica economica, ed è proprio ciò che avviene in questo caso, vi può essere qualche problema nella distinzione tra le due operazioni. La società inglese, infatti, non si era limitata a fornire attrezzature, ma anche attività di "engineering and design, production and stocking of spare parts and maintenance tools and incidental services such as supervision of installation, inspection, testing and commissioning, training and technical assistance¹⁵³". In questo caso, insomma, un tribunale ICSID aiuta a tracciare un confine tra la vendita e l'investimento stabilendo che, anche qualora la fornitura di strumentazioni ad alta tecnologia implichi ulteriori servizi, non si trasforma in un "investimento.

Dalla breve disamina di queste esclusioni, sembra che esse siano un argine all'espansività delle interpretazioni delle definizioni *asset-based* ed un modo per evitare che la nozione giuridica di "investimento" si allontani troppo da quella economica.

CAPITOLO III: La nozione di investimento nella prassi internazionale ed interna

¹⁵⁰ ICSID Caso N. ARB/03/11; testo completo della decisione sulla giurisdizione: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C229/DC647 En.pdf

¹⁵¹ A questo proposito vedere capitolo IV, par. 6

¹⁵² Paragrafo 55 della decisione sulla giurisdizione: "Lo scopo del Contratto è di fornire e "procurare" equipaggiamenti per estrazione mineraria di tipo "longwall", e questo è un elemento dei normali contratti di vendita"

¹⁵³ Paragrafo 55 della decisione sulla giurisdizione: "ingegneristica e design, produzione e stoccaggio di pezzi di ricambio e attrezzature per la manutenzione e servizi aggiuntivi come supervisione dell'installazione, ispezione, analisi, messa in opera, formazione ed assistenza tecnica"

- 1 La nozione di investimento nei trattati bilaterali
- 1.1 L'evoluzione della nozione nei BIT e Model BIT
- 1.2 La determinazione dell'esistenza di un asset
- 2 La nozione di investimento nei trattati multilaterali
- 2.1 II MAI
- 2.2 Nozione di investimento nel sistema del WTO
- 2.3 Nozione di investimento nel diritto dell'UE
- 3 Altri trattati multilaterali
- 3.1 ASEAN
- 3.2 MERCOSUR
- 3.3 MIGA
- 3.4 Le organizzazioni africane: ECOWAS e SADC
- 3.5 Carta dell'Energia
- 4 La nozione di investimento nelle leggi nazionali
- 4.1 Alcuni esempi
- 4.2 Casi particolari
- 5 Unità dell'operazione di investimento

CAPITOLO: III La nozione di investimento nella prassi internazionale ed interna

1 La nozione di investimento nei trattati bilaterali

A livello economico, l'"investimento" è definito in termini piuttosto vaghi il che ha reso difficile giungere ad una definizione giuridica unica e le definizioni di "investimento" variano da uno strumento giuridico all'altro. I trattati costituiscono il punto di partenza per la ricerca della nozione giuridica di "investimento" e, in particolare, i trattati bilaterali visto il loro numero e 47

uniformità di contenuto.

1.1 L'evoluzione della nozione nei BIT e Model BIT

I trattati bilaterali, o "BIT", hanno struttura, contenuto e finalità abbastanza simili tra loro ¹⁵⁴ e ciò li rende, diversamente dai trattati multilaterali, (che creano sistemi complessi e sono comunque molto variegati tra loro) un gruppo omogeneo che si può esaminare nel complesso e dividere in "famiglie" di BIT che presentino tratti comuni nella definizione di "investimento", che distinguano una "famiglia" dall'altra. Come accennato, i BIT firmati, secondo il database della Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo ¹⁵⁵, sono 2538.

Dopo il primo BIT, l'unico degli anni '50, concluso tra Germania e Pakistan¹⁵⁶, vengono firmati 58 BIT negli anni '60 di cui circa la metà a definizione *asset-based* e l'altra metà senza alcuna definizione espressa.

Negli anni '70 viene impiegata, invece, per la prima volta la definizione *enterprise-based* in 3 BIT (il primo è del 1972 tra Repubblica Democratica del Congo e Svizzera¹⁵⁷) mentre la maggioranza (62) resta *asset-based*. I BIT a definizione *asset-based* rappresentano la quasi totalità negli anni '80, '90 e nel primo decennio del 2000, mentre si registra una lieve risalita delle definizioni *enterprise-based* nel decennio in corso con poco meno di un decimo dei BIT firmati (13 su 141). In questo scenario si osserva lo schiacciante successo della definizione *asset-based*. Si può ipotizzare che esista una divergenza di interessi tra Paesi esportatori di capitale e quelli importatori di capitale: i primi hanno l'evidente interesse, che sembra prevalere nella maggior parte dei casi, ad una definizione ampia ed *asset-based* dell'investimento in modo da tutelare nel modo più largo possibile le attività dei propri cittadini all'estero, non solo le attività strettamente imprenditoriali, ma qualsiasi attività e diritto di natura economica, anche la semplice proprietà immobiliare; i Paesi

¹⁵⁴ Ogni BIT è costituito da un preambolo, in cui le Parti Contraenti ribadiscono l'importanza degli investimenti nelle rispettive economie, e dal testo del trattato in cui viene fissata la disciplina di trattamento, esproprio, durata dell'accordo e composizione delle controversie (normalmente tramite arbitrato internazionale ICSID).

¹⁵⁵ http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA

¹⁵⁶ Trattato tra la Repubblica Federale di Germania ed il Pakistan per la promozione e protezione degli investimenti, firmato nel 1959, testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387

¹⁵⁷ Accordo tra la Confederazione Elvetica e la Repubblica dello Zaire relativo alla protezione e all'incoraggiamento degli investimenti, firmato nel 1972, testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/827

importatori di capitale hanno invece l'opposto interesse ad una definizione enterprise-based in modo da non obbligarsi ad una tutela delle attività straniere così ampia, ma solo di quelle imprenditoriali produttive e non speculative. La prevalenza numerica delle definizioni asset-based rappresenta la tendenziale vittoria, da una parte, degli interessi dei Paesi esportatori di capitale e, dall'altra, un arretramento degli interessi dei Paesi importatori di capitale (alcune definizioni pattizie di investimento sono così ampie da sconfinare nell'indeterminazione). I BIT, come tutti i trattati, sono frutto di trattative e, per facilitarle, alcuni Stati si sono dotati di un proprio Model BIT cioè una sorta di "stampo" di BIT, aggiornato di tanto in tanto, e, dallo studio di questi Model BIT, si può risalire alla nozione di investimento che questi Stati cercano di imporre nelle trattative cui partecipano. Naturalmente, anche i Model BIT possono essere classificati a seconda del tipo della definizione di "investimento" e, anzi, certa dottrina 158 impiega proprio i Model BIT come punto di partenza per la discussione sui tipi di definizione: vengono considerati i Model BIT di importanti Stati e le loro definizioni, con le loro differenze, divengono rappresentative di diversi "approcci" al problema pratico della definizione pattizia. In particolare sono tre i Model BIT che riflettono tre tipi di approccio diverso: tedesco, canadese e statunitense. Il primo, è quello tedesco, asset-based a lista aperta e senza esclusioni esplicite, che riflette la pratica maggioritaria delle definizioni asset-based a partire dal primo BIT in assoluto proprio tra Germania e Pakistan: questo tipo di definizione è oggi assolutamente maggioritario nella pratica della stipulazione dei BIT. Il Model BIT della Germania¹⁵⁹ del 2008, all'articolo 1 recita: "The term "investments" comprises every kind of asset which is directly or indirectly invested by investors of one Contracting State in the territory of the other Contracting State. The investments include in particular: [...]". 160 Vediamo che l'apertura della definizione è quella della definizione generica di cui si è parlato, che apre una lista di operazioni che, oltre ad essere esemplificativa e non esaustiva, è anche molto ampia nelle sue descrizioni. La prima voce (a) dell'elenco consiste nella "movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as mortgages, liens and pledges" 161: i diritti di proprietà non vengono definiti, se non in riferimento alle due ampie tipologie di beni sui quali possono insistere, né è richiesta una connessione ad un'azienda o attività economica specifica. Tra i beni immobili è incluso, evidentemente, anche l'acquisto a fini di fruizione personale, ma sorprende l'ampiezza di questa voce della lista se si considera che è potenzialmente riconducibile alla nozione di investimento qualunque bene mobile, anche quelli che, per loro natura, sono lontanissimi da un

¹⁵⁸ Cfr. Malik, Best practices series Bulletin 1 "Definition of investment in international investment agreements", The International Institute for Sustainable Development, 2011

¹⁵⁹ Model BIT Germania 2008, testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2865 ¹⁶⁰ "Il termine "investimento" comprende ogni tipo di *asset* che è direttamente o indirettamente investito da investitori di uno Stato Contraente nel territorio dell'altro Stato Contraente. L'investimento include in particolare: [...]" ¹⁶¹ "Proprietà mobile e immobile come ogni altro diritto su cose, come pegni o ipoteche"

qualsiasi uso imprenditoriale. La seconda voce (b) della lista è: "Shares of companies and other kinds of interest in companies"¹⁶². In questa espressione è coperta non solo la proprietà delle società, ma anche gli strumenti di debito ed altri interessi collegati alle società spesso rappresentati da tutti gli strumenti finanziari che l'inventiva del mondo finanziario moderno è riuscita ad escogitare a partire, ovviamente, dagli investimenti di portafoglio che, per la loro natura particolare, come si è visto, sono spesso esclusi dalla tutela dei trattati. Tali strumenti mancano molto spesso delle caratteristiche della gestione e di un progetto di durata apprezzabile.

L'elenco prosegue (c) con i "claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value" 163. L'ambito coperto, in questo caso, spazia dagli accordi di pagamento del debito pubblico estero fino ai crediti in denaro derivanti da transazioni e contratti commerciali come la vendita di beni, operazioni tutte lontanissime dalla concezione di investimento in quanto mancanti del carattere del rischio, dello stabilimento di capitale ed anche della durata. I due punti successivi trattano della proprietà intellettuale: "(d) Intellectual property rights, in particular copyrights and related rights, patents, utility model patents, industrial designs, trademarks, plant variety rights; (e) trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how, and goodwill" 164. Possiamo osservare come vengano coperti i diritti di proprietà intellettuale in se stessi, soluzione implementata nella maggioranza dei trattati, senza richiedere, almeno non esplicitamente, la connessione con un investimento, nel senso economico, in opera nello Stato ospite (in realtà il problema della connessione con un investimento è stato trattato in modo diverso dai pochi tribunali che se ne sono occupati, come si vedrà). Infine è questo l'ultimo punto dell'elenco del Model BIT tedesco: "(f) Business concessions under public law, including concessions to search for, extract or exploit natural resources" 165. La definizione copre le concessioni in sé e, dunque, una concessione finalizzata, ad esempio, all'estrazione di risorse naturali è considerata investimento anche in assenza di un impianto a ciò preposto e persino in assenza di stanziamenti per cominciare un'opera, quindi, in assenza di uno stabilimento di capitale prima di una assunzione di rischio. Il secondo approccio alla definizione di "investimento" è esemplificato dal Model BIT del Canada del 2004¹⁶⁶, denominato anche FIPA ("Foreign

⁻

^{162 &}quot;Quote di una società e altri tipi di interesse in società"

¹⁶³ "le pretese di denaro, che siano state usate per creare un valore economico, o di una qualsiasi prestazione avente valore economico"

¹⁶⁴ "(d) I diritti di proprietà intellettuale, in particolare *copyright* e diritti correlati, brevetti, brevetti per modelli di utilità, disegni industriali, marchi, diritti sui ritrovati vegetali; (e) denominazioni commerciali, segreti commerciali e d'affari, processi tecnici, *know-how* e avviamento"

¹⁶⁵ "(f) Concessioni economiche secondo il diritto pubblico, includenti concessioni per ricercare, estrarre o sfruttare risorse naturali"

¹⁶⁶ Model BIT Canada 2004, testo completo: https://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf 50

Investment Protection Agreement"), che si presenta enterprise-based, a lista chiusa e con alcune precise esclusioni. Esso apre la sezione dedicata all'investimento nell'articolo 1 semplicemente con le parole: "Investment means [...]"; dunque, senza aprire a liste esemplificative, aggiungendo, espressioni del tipo "include" o "ogni tipo di investimento", ma passando direttamente ad una lista, chiaramente esaustiva vista la sua introduzione, ed enterprise-based dato che le prime sette voci sono dedicate proprio all'impresa ("enterprise") e anche le successive mantengono un chiaro requisito di collegamento ad attività imprenditoriali. Le prime sette voci, con le rispettive esclusioni, sono troppo dettagliate affinché la loro puntuale citazione possa risultare utile ai fini di questo confronto; basti tenere presente che sono inclusi i titoli azionari e quelli obbligazionari di società purché questi ultimi siano emessi da una impresa affiliata dell'investitore (quindi in presenza di un rischio di impresa) o abbiano originale scadenza di almeno tre anni (quindi di durata apprezzabile) con esclusione generale per i titoli obbligazionari di imprese di Stato. I punti seguenti trattano alcune fattispecie di operazioni elencate anche dal Model BIT tedesco, ma introducono importanti variazioni a cominciare dal sotto-paragrafo VIII: "Real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes" 167; possiamo osservare la distanza dal modello tedesco che includeva ogni tipo di proprietà senza riguardo all'uso o al fine economico, mentre, in questo caso, la proprietà ricompresa nell'investimento è limitata ad un uso, se non proprio imprenditoriale, quantomeno legato ad una percezione di frutti economicamente apprezzabili. Il sotto-paragrafo (IX) identifica come investimenti "interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise" ¹⁶⁸. Vengono elencate in questo sotto-paragrafo le concessioni che, nel modello tedesco, erano interamente svincolate da un qualsiasi impegno o stanziamento di capitale, mentre in questo caso vengono considerate investimento non in quanto tali, ma in quanto implicanti un impegno di capitale, per attività economiche svolte sul territorio, dal quale scaturiscano interessi. I sotto-paragrafi (X) e (XI) consistono in esclusioni che riguardano pretese a somme di denaro: tali pretese sono, però, escluse solo se rispondono a certe caratteristiche: "Investment does not mean, (X) claims to money that arise solely from (i) commercial contracts for

_

¹⁶⁷ "Proprietà edilizia o altra proprietà, tangibile o intangibile, acquisita nell'aspettativa o usata a scopo di vantaggio economico o altro fine economico"

[&]quot;gli interessi scaturenti dall'impegno di capitale e altre risorse nel territorio di una Parte per attività economiche in tale territorio come (i) in contratti che involgano la presenza di una proprietà dell'investitore nel territorio di una Parte, inclusi i contratti di costruzione o i contratti chiavi in mano o le concessioni, oppure (ii) i contratti in cui la remunerazione dipende sostanzialmente dalla produzione, reddito o profitti di un'impresa".

the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of the other Party, or (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraphs (IV) or (V); and (XI) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (I) through (IX)".169. Le pretese a somme di denaro sono escluse, quindi, nella misura in cui si allontanano troppo dalla nozione economica di "investimento", come, ad esempio, le pretese di denaro scaturenti da contratti di vendita che sono carenti dell'impegno di capitale, del rischio, della gestione e del progetto di durata: altre pretese che non rientrano in queste esclusioni dovrebbero potersi ritenere incluse. Viene, quindi, ristretto il novero delle pretese di denaro rispetto al Model BIT tedesco in cui si accenna ad un non meglio definito uso per creare "un valore economico" (forse si intende una nuova capacità produttiva) e, addirittura, ad ogni prestazione valutabile economicamente. Questi due Model BIT sono esempi di come la definizione giuridica di "investimento" possa ignorare i criteri definitori della scienza economica (nel modello tedesco) o adattarvisi (nel modello canadese). Questi due Model BIT esaminati sono esempi seguiti da altre importanti economie. I Model BIT della Francia¹⁷⁰ (2006), dell'India¹⁷¹ (2002) e dell'Italia¹⁷² (2003) seguono il modello tedesco; la bozza di Model BIT della Norvegia¹⁷³ (2007) e il Model BIT degli Stati Uniti¹⁷⁴(2012) sono esempi di un terzo approccio¹⁷⁵. Essi seguono il modello tedesco nel carattere della non-esaustività con una interessante aggiunta: dopo un'introduzione in cui viene menzionato "ogni tipo di asset" (nel modello norvegese alla fine dell'articolo), viene stabilito un ulteriore requisito consistente nella sussistenza delle "characteristics of an investment" (si presume in senso economico) e che risiederebbe, secondo formulazione identica, "the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk" 176. Questi ultimi due Model BIT citati mostrano, quindi, un approccio ibrido tra impianto tedesco e canadese: l'elenco

_

¹⁶⁹ "investimento non significa, (X) pretese di denaro che scaturiscano solo da (i) contratti commerciali per la vendita di beni e servizi da parte di un cittadino o un'impresa nel territorio di una Parte ad un'impresa nel territorio dell'altra Parte, oppure (ii) dall'estensione di un credito in connessione con una transazione commerciale, come il finanziamento al commercio, diverso dal prestito coperto dai sotto-paragrafi (IV) o (V); e (XI) ogni altra pretesa di denaro che non implichi i tipi di interessi stabiliti dal sotto-paragrafo (I) al (IX)"

¹⁷⁰ Model BIT Francia 2006, testo completo: https://www.italaw.com/documents/ModelTreatyFrance2006.pdf

¹⁷¹ Model BIT India 2003, testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1026.pdf

¹⁷² Model BIT Italia 2003, testo completo:

https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ITALY%202003%20Model%20BIT%20.pdf

¹⁷³ Bozza di Model BIT Norvegia 2007, testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1031.pdf

¹⁷⁴ Model BIT Stati Uniti 2012, testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf

¹⁷⁵ Cfr. Malik, Best practices series Bulletin 1 "Definition of investment in international investment agreements", The International Institute for Sustainable Development, 2011, pp. 14-15.

In questo studio viene considerato il Model BIT USA del 2004 che presenta una definizione di "investimento" identica a quello del 2012

¹⁷⁶ "nell'impegno del capitale o altra risorsa, nell'aspettativa di un guadagno o un profitto o nell'assunzione del rischio"

non esaustivo segue il tipo tedesco, ma l'espansività dell'elencazione degli asset viene attenuata con un richiamo a quella che, sostanzialmente è la nozione economica di "investimento": nel Model BIT canadese è presente il richiamo all'impresa mentre nel Model BIT USA l'impegno di capitale, aspettativa di profitto e rischio. Un richiamo particolare merita il caso del BIT Brasile-Angola¹⁷⁷ firmato nel 2015 in cui l'articolo 3 stabilisce: "Para efeitos do Presente Acordo, as definições sobre investimento, investidor e outras definições inerentes a esta matéria serão reguladas pelos respectivos ordenamentos jurídicos das Partes" 178. Il Brasile, in effetti, rappresenta un caso particolare di Stato che è sempre stato contrario ai BIT in quanto troppo limitativi della sovranità nazionale, in particolare della possibilità dello Stato di regolare gli investimenti stranieri, garantendo ad essi un trattamento privilegiato rispetto agli investimenti nazionali¹⁷⁹. Il Brasile ha escogitato lo strumento degli "Accordi di cooperazione e facilitazione degli investimenti" che hanno un contenuto programmatico e di stimolazione degli investimenti la cui definizione è limitata a quello diretto con espressa esclusione degli investimenti di portafoglio. Il Brasile è parte di 22 BIT stipulati a partire dagli anni '90 e solo quello con l'Angola (uno dei più recenti) è in vigore, probabilmente proprio grazie a questa particolarità; gli altri non sono stati ratificati dal Congresso Nazionale. Il caso del Brasile dimostra come la definizione di "investimento" in un trattato possa essere influenzata dalle tendenze di politica economica dello Stato parte e dell'importanza che la definizione di "investimento" ricopre nella delimitazione degli obblighi stabiliti dal trattato stesso.

1.2 La determinazione dell'esistenza di un asset

Quando si deve determinare l'esistenza di un *asset*, per decidere se si è in presenza di un investimento (in caso di definizione *asset-based*), l'individuazione non può essere solo economica o fattuale: spesso nei trattati di protezione i diversi *asset* vengono classificati in liste che contengono diritti di proprietà, quote, diritti contrattuali, concessioni e diritti di proprietà intellettuale ecc. Ogni investimento dovrà essere almeno tendenzialmente riconducibile ad una di queste voci esemplificative, ma come determinare se un'operazione economica, che debba essere definita

177 "Accordo di cooperazione ed incentivazione degli investimenti tra il Governo della Repubblica Federale del Brasile e il Governo della Repubblica dell'Angola", firmato nel 2015; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4720

178 "Ai fini degli effetti del Presente Accordo, le definizioni sull'investimento, l'investitore o altre materie inerenti questo ambito saranno regolate dai rispettivi ordinamenti giuridici delle Parti"

¹⁷⁹ José Henrique Vieira Martins, "Brazil's Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIA) and Recent Developments", Investment Treaty News (International Institute for Sustainable Development), 12 giugno 2017 53

"investimento", si sostanzia in diritti di proprietà, quote, diritti contrattuali o, problema ancora più complesso, concessioni o diritti di proprietà intellettuale? Tali figure sono creazioni più o meno astratte dei diversi ordinamenti giuridici. Si presenta, quindi, la questione di determinare l'ordinamento in base al quale stabilire l'esistenza di queste fattispecie (i singoli tipi di asset). Questo problema è diverso da quello della scelta della legge applicabile da un eventuale tribunale arbitrale in una controversia, ma è antecedente logicamente: si deve stabilire in base a quale legge può dirsi esistente la posizione giuridica dell'investitore che costituisce asset e di cui si richiede la protezione. La legge applicabile per la determinazione dell'esistenza di un asset costituisce la base per stabilire che si è in presenza di un investimento e, su questa base, si svilupperà poi un'eventuale controversia che avrà, a sua volta, una legge applicabile per la sua risoluzione; i due aspetti della determinazione dell'esistenza di un asset secondo un certo ordinamento e la determinazione del diritto applicabile alla controversia non possono essere sovrapposti. La scelta della legge in base alla quale determinare l'esistenza di un asset è anche questione diversa dal requisito (vedere capitolo II, paragrafo 2.2) del rispetto del diritto nazionale dato che attiene alla configurabilità di una pretesa come diritto legalmente riconosciuto e collocabile in una categoria di asset e non alla liceità di un'operazione economica come condizione del suo riconoscimento come investimento.

In alcuni trattati ci sono indicazioni precise per affrontare questo problema e molto chiari, sotto questo riguardo, sono i Model BIT degli Stati Uniti¹⁸⁰ e dell'India¹⁸¹. Il primo, nella nota a piè di pagina numero 2 recita: "Whether a particular type of license, authorization, permit, or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent of the rights that the holder has under the law of the Party. Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law"¹⁸². L'articolo 1 del Model BIT indiano¹⁸³ del 2003 precisa, nella voce dell'elenco esemplificativo dedicato ai diritti di proprietà intellettuale: "(iv) intellectual property rights, in accordance with the relevant laws of the respective Contracting

_

¹⁸⁰ Model BIT Stati Uniti 2012, testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf

Model BIT India 2003, testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1026.pdf

[&]quot;Se un particolare tipo di licenza, autorizzazione, permesso o strumento simile (inclusa una concessione, nei limiti in cui abbia natura di strumento di questo genere) ha le caratteristiche di investimento dipende da fattori quali la natura e l'estensione dei diritti che il titolare ha secondo la legge della Parte. Tra licenze, autorizzazioni, permessi e strumenti simili che non hanno le caratteristiche di investimento vi sono quelli che non creano nessun diritto protetto dalla legge interna"

¹⁸³ Nel 2015 l'India ha adottato un nuovo Model BIT con definizione dell'investimento *enterprise-based* per ridurre il numero delle controversie investitore-Stato (vedere Ashutosh Ray (assistente editore) in "Unveiled: Indian Model BIT", Kluwer Arbitration Blog, 18 gennaio 2016

Party"¹⁸⁴. In questi due Model BIT, viene, quindi, indicato il diritto interno della Parte in cui l'investimento è situato come base per ricostruire le fattispecie giuridiche che si concretizzano in *asset*. La maggioranza dei trattati si richiama al diritto internazionale come diritto applicabile ¹⁸⁵.

Quando non ci sono indicazioni così precise, ed è la maggioranza dei casi, lo standard di definizione può essere scelto dal tribunale in sede di controversia. Ad esempio, nel caso ICSID *Total S.A.* contro Argentina ¹⁸⁶ il tribunale afferma che: "The first question concerns the role of Argentina's domestic law in determining the content and the extent of Total's economic rights as they exist in Argentina's legal system. In this regard the Tribunal believes that Argentine law has a broader role than that of just determining factual matters. The content and the scope of Total's economic rights [...] must be determined by the Tribunal in light of Argentina's legal principles and provisions"¹⁸⁷.

La stragrande maggioranza dei trattati, come detto, non ha indicazioni su quale ordinamento giuridico debba prendersi come riferimento per determinare l'esistenza di un diritto o di un *asset* e in questi casi, in cui non c'è un rinvio chiaro alla legge interna dello Stato, è pericoloso poggiare l'esistenza dell'investimento, automaticamente ed esclusivamente sugli istituti giuridici dello Stato ospite¹⁸⁸, nonostante questa sia la soluzione della dottrina maggioritaria¹⁸⁹. La configurabilità di qualsiasi diritto dell'investitore si troverebbe alla mercé di leggi e regolamenti interni, potenzialmente contraddittori o poco trasparenti, mentre la finalità dei trattati di protezione degli investimenti sarebbe messa in pericolo se il diritto dell'investitore venisse rimesso in discussione al momento del trasferimento in uno Stato che non riconosce un tale diritto nel proprio sistema giuridico. Inoltre, anche in caso di scelta di una legge straniera delle parti, in occasione di un contratto da investimento, tale scelta per essere valida deve poter essere riconosciuta dal diritto internazionale privato dello Stato ospite. Se si desse per scontata l'applicazione della legge locale, anche senza espresso rinvio, nel caso in cui un contratto venisse invocato davanti alla giurisdizione ICSID, si darebbe luogo a risultati contraddittori perché il tribunale ICSID dovrebbe, a norma dell'articolo 42, paragrafo 1, rispettare la scelta della legge del contratto, ma ciò gli sarebbe proibito

¹⁸⁴ "Diritti di proprietà intellettuale, in accordo con le rilevanti leggi delle rispettive Parti Contraenti"

¹⁸⁵ Cfr. NAFTA art. 1131 e Carta dell'Energia art. 26 (6)

¹⁸⁶ ICSID Caso N. ARB/04/1

¹⁸⁷ Paragrafo 39 della decisione; "La prima questione riguarda il ruolo del diritto nazionale argentino nel determinare il contenuto e l'estensione dei diritti economici della Total per come essi esistono nel diritto argentino. A questo riguardo, il Tribunale ritiene che il diritto argentino ha un ruolo più ampio della semplice determinazione elle questioni di fatto. Il contenuto e lo scopo dei diritti economici della Total devono essere determinati dal Tribunale alla luce dei principi e delle disposizioni del diritto dell'Argentina"

¹⁸⁸ Cfr. Jan Asmus Bischoff e Richard Happ, "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 525

¹⁸⁹ *Id.* p. 524

dal BIT: la legge interna, se si considera automaticamente richiamata dal BIT, può eliminare le possibilità di riconoscere un investimento come tale proibendo richiami a leggi straniere.

Per evitare l'automatismo del ricorso alla legge interna per qualificare i diritti di cui si cerca la protezione come "asset" di un investimento vengono proposte due soluzioni. La prima è l'interpretazione autonoma che implica che i diritti vengono qualificati in base al trattato ed alla luce dei principi generali della legge. Questo metodo potrebbe essere problematico in caso si debba qualificare diritti complessi come una concessione la cui presenza può dipendere anche da atti e regolamenti interni dello Stato ospite, mentre, lo stesso sistema può servire meglio lo scopo della certezza in caso vengano reclamati diritti più "elementari" ed antichi oltre che più sviluppati nelle convenzioni internazionali come la proprietà e certe obbligazioni contrattuali. La ricerca di un'interpretazione oggettiva, basata sul trattato consente di non focalizzarsi sulla ricostruzione precisa dell'operazione in base a fattispecie giuridiche di un certo diritto nazionale, ma concentra lo sforzo interpretativo sul trasferimento di valori all'interno dell'economia nazionale, trasferimento, se presente, la cui protezione è nelle finalità del trattato. In caso in cui non sia possibile rinvenire una qualificazione oggettiva nel trattato (la prima soluzione), bisogna ricordare che l'articolo 42 (1) della Convenzione di Washington stabilisce che, in assenza di scelta della legge applicabile, viene applicata alla controversia la legge dello Stato ospite. Si deve precisare che tale articolo si riferisce in generale al diritto da applicare alla controversia nella sua integralità e non a quale diritto applicare per concretizzare il termine "asset". Tuttavia la presenza di questo articolo è un chiaro segnale della rilevanza che, comunque, bisogna riconoscere al diritto nazionale dello Stato ospite e, in virtù di ciò si dovrebbe ad esso ricorrere nell'impossibilità di pervenire ad una qualificazione basata direttamente sul trattato¹⁹⁰. Bisogna ricordare che un principio generale degli arbitrati e degli strumenti internazionali sui conflitti di leggi è che, quando le parti non hanno scelto una legge, si applica la legge del luogo con il più stretto legame con il caso: anche questa regola è indizio dell'importanza del diritto dello Stato ospite per la qualificazione dell'asset, ma solo dopo aver esperito l'interpretazione autonoma del trattato.

2 La nozione di investimento nei trattati multilaterali

2.1 II MAI

¹⁹⁰ *Id.* pp. 525-526

Un'occasione importante di definire la nozione di investimento, oltre che ovviamente di fissare uno standard di tutela degli investimenti stessi, si è profilato tra il 1995 e il 1998 con i negoziati per la stipulazione del MAI. I negoziati vennero aperti dai Governi all'Incontro Annuale dell'OCSE¹⁹¹ a livello ministeriale del maggio 1995 e, successivamente, condotti dai rappresentanti dei 25 Paesi allora membri dell'OCSE e dalla Commissione Europea. L'obiettivo del MAI ("Multilateral Agreement on Investment"), era di fornire una cornice multilaterale alla regolamentazione dell'investimento internazionale attraverso liberalizzazioni ed un sistema di risoluzione delle controversie aperto anche a Paesi terzi all'OCSE con una definizione di investimento largamente ispirata al NAFTA. Esso sarebbe stato un trattato di protezione degli investimenti a vocazione universale con contenuti analoghi a quelli dei BIT.

I negoziati vennero aperti a Parigi con uno "statement" nel quale, tra le altre cose, si stabiliva che il trattato sarebbe stato aperto alla partecipazione di Stati terzi che sarebbero stati consultati durante i negoziati e venne scelto il Presidente del Gruppo Negoziale nella persona di F. A. Engering, Direttore Generale per le Relazioni Economiche Estere del Ministero degli Affari Economici dell'Olanda. Le trattative per la redazione del trattato hanno riguardato anche la definizione di "investimento" ed il mancato raggiungimento di un accordo finale è in parte attribuibile alla mancanza di concordia delle parti. Si possono esaminare una serie di documenti che pongono in risalto i punti di forza e le criticità dei tipi di definizione considerati.

Il primo documento importante, ai fini di questa discussione è una nota del Presidente del gruppo negoziale del 13 ottobre 1995¹⁹² che presenta ai delegati una veloce panoramica sulle possibilità di scelta in ambito di definizione di "investitore" ed "investimento". La nota prosegue in un *excursus* sui tipi di definizione più usati nei trattati, il modo in cui si sono evoluti nel tempo e il modo in cui si adatterebbero alle esigenze di tutela del MAI. Si elencano i diversi tipi di definizione in uso nella pratica dei trattati internazionali di tutela. Viene, in primo luogo, menzionata la definizione *enterprise-based*, descritta come "affine" ("akin") al concetto di investimento diretto che non comprende gli investimenti di portafoglio e le proprietà immobiliari. In secondo luogo, viene nominata la definizione *asset-based*, di riconosciuta ampia diffusione nei trattati bilaterali, che include gli investimenti di portafoglio e *asset* intangibili come la proprietà intellettuale; dunque che si allontana di più dalla nozione economica di "investimenti". I trattati più recenti, sempre secondo

⁻

¹⁹¹ Organizzazione internazionale con sede a Parigi, fondata nel 1961 ed aperta alla partecipazione degli Stati ad economia di mercato finalizzata alla promozione di politiche che accrescano il benessere economico e sociale ¹⁹² DAFFE/MAI (95)2; testo completo: http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng952e.pdf

la nota del presidente, hanno un approccio "ibrido": viene fatto l'esempio della Carta dell'Energia¹⁹³, nella quale si rinviene una lista di *asset* inclusi nella definizione di investimento con la precisazione finale che essi devono essere collegati ad un'attività economica nel settore energetico o all'esecuzione di particolari progetti da notificare alla Segreteria. Viene, poi, descritta la definizione del NAFTA che collega gli *asset* ad una attività economica di un'impresa.

La nota rileva che la definizione di "investimento" può coprire la fase di pre-stabilimento, poststabilimento o entrambe e, dunque, la diversa ampiezza della definizione può, a parità di obblighi di tutela sostanziale prevista, modificare la portata di quest'ultima. Viene, quindi, introdotta una nuova questione: la definizione di "investimento" non è una nozione svincolata dal tempo, ma deve tenere conto dello svolgimento delle diverse fasi delle diverse operazioni economiche.

A questo proposito viene osservato che la Carta dell'Energia non si applica alla fase di prestabilimento, al contrario del NAFTA che si applica, invece, sia alla fase di pre-stabilimento che a quella di post-stabilimento dell'investimento in uno Stato Parte. I delegati sono invitati a scegliere una soluzione in favore di una definizione che protegga entrambe le fasi sul modello del NAFTA per la massima tutela possibile. Viene fatto presente ai delegati non solo che l'ampiezza della definizione, che può coprire o meno la fase di pre-stabilimento, può influenzare profondamente la tutela prevista, ma anche che una definizione molto ampia, che dovesse coprire entrambe le fasi temporali, potrebbe essere "riequilibrata" da una tutela sostanziale più limitata.

Il problema è stato riproposto da una nota del 15 gennaio 1996¹⁹⁴ dopo il primo incontro delle Parti Contraenti ad ottobre sulla base della nota precedente. Nella nuova nota il problema della definizione di investimento viene riproposto in rapporto agli obblighi sostanziali del futuro trattato il cui obiettivo avrebbe dovuto essere la protezione di tutte le forme di proprietà dell'investitore straniero, dello stabilimento e partecipazione in imprese. Viene proposta una protezione abbastanza ampia da coprire le forme riconosciute ed in evoluzione di investimento, senza, però, spingersi fino alle transazioni finanziarie nel mercato dei capitali e nelle Borse. L'approccio basato su liste di *asset*, in unione con la protezione del pre-stabilimento (la prima possibilità) sarebbe risultato troppo ampio rispetto alle intenzioni delle Parti, ma basarsi sul solo investimento diretto (come seconda possibilità) avrebbe significato escludere fattispecie degne di tutela dalla nozione di investimento, come gli investimenti di portafoglio. La terza possibilità, prosegue la nota, è modellata sul NAFTA

¹⁹³ Trattato che si occupa della cooperazione nel settore dell'energia prevedendo tutele per gli investimenti ed il commercio del settore; tratta la risoluzione delle controversie e la cooperazione per l'efficienza energetica.

¹⁹⁴ DAFFE/MAI (96)2; testo completo: http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng962e.pdf

ed è basata su una lista di *asset* da doversi, però, ricondurre all'attività d'impresa con una copertura pre-stabilimento e post-stabilimento.

Proprio questa è l'opzione ritenuta migliore dalla nota citata, seguita il 29 febbraio 1996¹⁹⁵ da una successiva che riporta una bozza di definizione di investimento basata sulle esperienze del NAFTA, della Carta dell'Energia e dei BIT e seguita da un commentario in cui vengono illustrati brevemente uno ad uno i punti della lista di *asset*. Tale definizione è *asset-based* con elenco non esaustivo per fornire la più ampia protezione possibile che si estende alle più nuove forme riconosciute di investimento. Per limitare il rischio di una eccessiva pervasività della nozione di investimento così costruita, la nota propone una possibile limitazione per l'accesso al procedimento di risoluzione delle controversie tramite una previsione nella parte del trattato relativa alla composizione delle controversie o tramite limitazioni specifiche alla definizione stessa. Si riportano anche le preoccupazioni del Gruppo Negoziale sull'applicazione della definizione ai diversi momenti della vita di un investimento: stabilimento, acquisto ed espansione specialmente nell'ambito degli investimenti di portafoglio.

Successivamente la nota passa ad esplicare le singole voci della bozza proposta.

La definizione di investimento riportata in questa nota del 29 febbraio del 1996 verrà mantenuta sostanzialmente invariata fino all'abbandono delle trattative e, in questa e nelle note che seguono, vengono riportate le questioni critiche presentate dalle parti in trattativa.

La nota del 22 aprile 1996¹⁹⁶ prende atto del consenso formatosi su una definizione ampia di investimento, ma richiama le preoccupazioni di numerose delegazioni riguardo ad un'applicazione delle tutele pattizie, in particolare il trattamento nazionale, alla fase di pre-investimento, prima dello stabilimento a beneficio di investitori non residenti nel territorio. Un'applicazione indiscriminata avrebbe potuto interferire con ambiti che non sarebbero dovuti rientrare nelle finalità di tutela del MAI come, ad esempio, la regolazione dei mercati finanziari. Secondo una delegazione, una tale applicazione avrebbe anche causato confusione per la statuizione dei precisi obblighi di tutela alla fase di pre-stabilimento. Il presidente propone la possibilità per gli Stati di apporre riserve, parziali o totali, all'obbligo del trattamento nazionale nella fase temporale di pre-stabilimento. Una delegazione ha proposto di aggiungere un articolo separato: "L'obbligo del trattamento nazionale per la fase di pre-stabilimento deve applicarsi agli investimenti fatti al fine di stabilire relazioni economiche durature con un'impresa come, in particolare, gli investimenti che implichino la

59

¹⁹⁵ DAFFE/MAI/DG2(96)1; testo completo: http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/dg2/dg2961e.pdf

¹⁹⁶ DAFFE/MAI/DG2(96)3; testo completo: http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/dg2/dg2963e.pdf

responsabilità di gestione". Si può rilevare, quindi, la preoccupazione di questa delegazione per la stabilità dell'investimento affinchè non possano godere del trattamento nazionale le operazioni estemporanee e, magari, fortemente speculative. Per quanto riguarda l'ampiezza della definizione asset-based, un'altra delegazione ha proposto di inserire una clausola generale sulla definizione di investimento al termine della lista illustrativa: "In quanto tali asset consistano o prendano la forma di investimento", inserendo quindi un connotato che, applicato ad ogni singolo elemento della lista illustrativa, avrebbe riportato la nozione giuridica nell'area del concetto economico di "investimento" ¹⁹⁷. Veniva ricercato, da questa delegazione, un equilibrio che potesse limitare l'espansività di questa definizione rispetto a campi estranei alle finalità di tutela che gli Stati in trattativa intendevano attribuire al MAI. La delegazione medesima riconosce il rischio di una definizione "circolare" che si apre con "ogni tipo di investimento" e si chiuda con "che abbiano le caratteristiche di investimento"; in effetti limitare il campo della nozione di "investimento" agli asset definiti "investimento" sarebbe stato, sempre secondo la stessa delegazione, troppo complesso. Le altre delegazioni, per eliminare il rischio di definizione circolare, hanno proposto di usare una diversa e più chiara espressione di limitazione della definizione che, ad esempio, menzionasse il fine economico o di "business" dell'acquisto degli asset.

Una nota successiva del 2 ottobre 1996¹⁹⁸ riporta una bozza dell'intero trattato. In tale bozza la lista illustrativa di *asset* si chiude con l'espressione "a meno che un tale *asset* manchi delle caratteristiche di investimento". Nell'articolo sulle definizioni, è riportata anche una lista negativa tassativa tutta in parentesi quadra a indicare la mancanza di accordo sufficiente per una stesura definitiva. La lista negativa operava una sorta di esclusione incompleta nel senso che escludeva alcune operazioni dalla nozione di investimento ma non per quanto riguardava la tutela ai fini dell'espropriazione, compensazione e protezione dai conflitti. Le esclusioni comprendono le pretese di denaro che derivano solamente da transazioni commerciali, i beni scambiati, l'acquisto di titoli del debito pubblico, titoli di debito di una impresa di Stato o di una Parte Contraente, le operazioni in valuta straniera, le "operazioni finanziarie" a meno che le transazioni non avessero caratteristiche di investimento, i derivati che non avessero un investimento come operazione sottostante, la proprietà immobiliare non acquisita per scopo economico e la proprietà mobile e immobile acquistata per uso personale. Tali esclusioni sono, evidentemente, finalizzate ad escludere le

-

¹⁹⁷ Peraltro, l'espressione "forma di investimento" non viene ulteriormente qualificata e, per non doverla considerare tautologica, si deve presumere che sia in riferimento alla nozione economica di "investimento" implicante un conferimento, una durata, un rischio ed un profitto.

¹⁹⁸ DAFFE/MAI (96)16/REV1; testo completo: http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9616r1e.pdf

operazioni economiche che più si allontanano dalla comune concezione economica di "investimento".

La bozza consolidata del testo dell'Accordo si trova in un documento del 22 aprile 1998¹⁹⁹. La definizione di investimento è rimasta *asset-based*, seguita da una lista aperta che non presenta sostanziali variazioni dalla bozza parziale del 29 febbraio 1996. Sono introdotte due note a piè di pagina. Una di esse anticipa la presenza, nel testo del trattato definitivo, di una nota interpretativa in cui sarà richiesto che un *asset*, per potersi qualificare come "investimento", deve averne le caratteristiche ossia (dalla lettera si direbbe alternativamente): l'impegno di capitale (o altre risorse), l'aspettativa di profitto o l'assunzione del rischio. L'altra nota a piè di pagina riporta la mancanza di accordo del Gruppo Negoziale su cinque tipi di operazioni economiche e sulla loro inclusione nella nozione di "investimento": l'investimento indiretto, la proprietà intellettuale, le concessioni, l'acquisto di titoli del debito pubblico e la proprietà immobiliare che necessitano di ulteriori discussioni per la determinazione del trattamento nel MAI.

Riguardo ai diritti di proprietà intellettuale, alcune delegazioni li hanno considerati da escludere, in particolare i "literary and artistic property rights"; altre hanno suggerito di proteggere i diritti di proprietà intellettuale solo quando acquisiti per un beneficio economico o con finalità di impresa. Le concessioni, che possono riguardare la ricerca e lo sfruttamento di risorse naturali, secondo una delegazione coprono i contratti di diritto pubblico. La maggioranza delle delegazioni avrebbe preferito mantenere il termine nel testo e dare la possibilità agli Stati di porre le riserve che avessero ritenuto opportune nel caso, altre delegazioni hanno proposto di espungere il termine del tutto. Il Commentario riporta l'osservazione di una delegazione secondo la quale autorizzazioni, licenze e concessioni nel settore della pesca e dell'energia implicano misure riguardanti le risorse naturali regolate in ambiti e parti diverse dalla Convenzione di Montego Bay sul Diritto del Mare²⁰⁰ del 1982, dalla Carta dell'Energia e dalla Direttiva europea sulle condizioni per le concessioni nel campo degli idrocarburi: ambiti estranei al mandato negoziale per il MAI.

Evidentemente tutte le diverse posizioni e i dubbi riportati dalle note che si è cercato di sintetizzare non hanno raggiunto una composizione soddisfacente e le trattative per il MAI sono state abbandonate dopo l'aprile del 1998, lasciando sfumare, così, una possibilità di definizione della

¹⁹⁹ DAFFE/MAI (98)7/REV1; testo completo: http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf

²⁰⁰ La Convenzione delle Nazioni Unite sulla Legge del Mare stabilisce il regime di diritto degli oceani e mari, in particolare, regole che concernono la navigazione e l'uso delle risorse. È stata aperta alla firma il 10 dicembre 1982 a Montego Bay, in Jamaica. È entrata in vigore il 16 novembre 1994. Oggi è riferimento imprescindibile per tutte le questioni riguardanti il diritto del mare; testo completo:

nozione di "investimento" in un importante trattato che, forse, avrebbe favorito la nascita di una nozione consuetudinaria.

2.2 Nozione di investimento nel sistema del WTO

La Carta dell'Havana²⁰¹ del 1948, che se fosse entrata in vigore avrebbe costituito l'ITO (International Trade Organization), conteneva due disposizioni sugli investimenti, in particolare gli investimenti diretti: gli articoli 11 e 12 del capitolo III (solo il IV ha avuto applicazione "interinale"). L'articolo 11, alla sezione 1, lettera (b) stabilisce che gli Stati partecipanti non devono "take unreasonable or unjustifiable action within its territory injurious to the rights or interests of nationals of other Members in the enterprise, skills, capital, arts or technology which they have supplied"²⁰², ma assicurare, anzi, "to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one Member country to another" (art. 11, sezione 2, lettera (a), numero 1). Queste due disposizioni non forniscono una definizione precisa di "investimento", ma vengono citati una serie di valori economici che, in forma molto semplificata, possono essere ricollegati alle liste di asset dei futuri trattati di protezione. L'articolo 12, invece, menziona espressamente gli investimenti e riconosce l'importanza della loro stimolazione. In particolare, alla lettera (d) della sezione 1, statuisce che i Membri riconoscono l'importanza della stipulazione degli accordi bilaterali e multilaterali per la promozione degli interessi degli Stati Membri i cui cittadini siano nelle condizioni di fornire ("provide") capitale e degli Stati Membri che desiderano ottenere il capitale per il proprio sviluppo. Da questa disposizione sembra trasparire una definizione di "investimento" transaction-based visto che il trasferimento di capitale da uno Stato all'altro deve essere promosso da accordi relativi a "opportunities and security" per gli "investimenti". Gli indicatori per una definizione di "investimento" univoca nell'ambito della Carta dell'Havana restano comunque molto deboli. A partire dall'istituzione dell'OMC²⁰⁴

²⁰¹ "Havana Charter for an International Trade Organization", firmata il 24 marzo del 1948; testo completo: https://www.wto.org/english/docs e/legal e/havana e.pdf

²⁰² "compiere azioni irragionevoli o ingiustificate, all'interno del proprio territorio, dannose per i diritti o gli interessi di cittadini di altri Membri in imprese, maestranze e tecnologie che hanno fornito"

²⁰³ "un trattamento giusto ed equo per le imprese, maestranze e tecnologie portate da uno Stato all'altro"

²⁰⁴ L'OMC è un'organizzazione internazionale universale che si occupa delle regole commerciale tra Stati, creata nel 1995, al termine dell'Uruguay Round, ha sede a Ginevra

("Organizzazione Mondiale del Commercio"), è il GATS²⁰⁵ ("General Agreement on Trade in Services"), che tratta del commercio di servizi, che può offrire un'indicazione su una definizione di "investimento diretto". I servizi sono definiti in modo molto generico nell'articolo I, 3, (b) come "any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority" 206, mentre l'articolo I, 2 stabilisce che il commercio in servizi consiste nella fornitura di servizi che si realizza attraverso quattro vie e la terza, alla lettera (c), è realizzata "by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member, '207'. Proprio nella "commercial presence" risiede il collegamento tra il GATS e la ricerca di una definizione di investimento: l'articolo XXVIII definisce la "presenza commerciale" come "any type of business or professional establishment, including through Page 303 (i) the constitution, acquisition or maintenance of a juridical person, or (ii) the creation or maintenance of a branch or a representative office, within the territory of a Member for the purpose of supplying a service" 208. Questa definizione di "presenza commerciale" ricalca quella economica di "investimento diretto" e stabilisce un collegamento tra il GATS e l'investimento diretto, così come viene concepito nei trattati e nella dottrina, includendo quest'ultimo nei modi di fornitura di un servizio. Un altro importante accordo collegato al sistema dell'Organizzazione Mondiale del Commercio è il TRIMS²⁰⁹ ("Trade Related Investment Measures"). Il TRIMS si occupa delle misure che gli Stati potrebbero adottare nei confronti di investimenti sul proprio territorio e che possono avere effetti distorsivi sul commercio internazionale. Il suo oggetto principale non sono, dunque, gli investimenti, ma l'estensione di alcuni obblighi del GATT 1994 alle misure legislative o amministrative rivolte agli investimenti, ma che possono influire negativamente sul commercio internazionale. Il testo del TRIMS non offre alcuna definizione esplicita di "investimento", ma, dal suo allegato che contiene un elenco esemplificativo di misure vietate e l'esplicazione della loro contrarietà al GATT, si può dedurre a quale tipo di operazioni economiche si riferisce il TRIMS quando parla di "investimenti". Sono due i generi di misure vietate elencate dall'allegato: quelle che violano il principio del trattamento nazionale (stabilito dall'articolo 3, paragrafo 4 del GATT) e quelle che sono in contrasto con il principio dell'eliminazione delle restrizioni quantitative (stabilito dall'articolo 11, paragrafo 1 del GATT). In particolare, le misure del primo tipo richiedono

²⁰⁵ "General Agreement on Trade in Services" (1994) crea un Sistema normativo multilaterale per il commercio mondiale di servizi, incorporato nell'Uruguay Round

²⁰⁶ "ogni servizio in ogni settore eccetto i servizi dell'autorità governativa"

²⁰⁷ "da un fornitore di servizi di un Membro tramite presenza commerciale nel territorio di qualsiasi altro Membro"

²⁰⁸ "ogni di tipo di stabilimento economico o professionale che include: (i) la costituzione, acquisizione o mantenimento di una persona giuridica, oppure (ii) la creazione o il mantenimento di un ramo od ufficio di rappresentanza all'interno del territorio di un Membro al fine di fornire un servizio"

²⁰⁹ "Trade Related Investment Measures" negoziato nel 1994 dai membri del GATT, è entrato in vigore nel 1995.

tipicamente, secondo l'allegato: "(a) the purchase or use by an enterprise of products of domestic origin or from any domestic source, whether specified in terms of particular products, in terms of volume or value of products, or in terms of a proportion of volume or value of its local production; or (b) that an enterprise's purchases or use of imported products be limited to an amount related to the volume or value of local products that it exports"²¹⁰. Il secondo tipo di misure vietate sono quelle che pongono restrizioni a: "(a) the importation by an enterprise of products used in or related to its local production, generally or to an amount related to the volume or value of local production that it exports; (b) the importation by an enterprise of products used in or related to its local production by restricting its access to foreign exchange to an amount related to the foreign exchange inflows attributable to the enterprise; or (c) the exportation or sale for export by an enterprise of products, whether specified in terms of particular products, in terms of volume or value of products, or in terms of a proportion of volume or value of its local production"²¹¹. Da questi esempi di misure vietate si può facilmente dedurre (ad ogni punto viene menzionata l'"enterprise" che la nozione di "investimento" accolta nel TRIMS è quella tipicamente economica di "investimento diretto" che consiste nello stabilimento di un'impresa locale.

2.3 Nozione di investimento nel diritto dell'UE

Nel diritto dell'UE europeo non esiste una definizione della nozione di "investimento straniero", né si rinviene una tale espressione nei Trattati o negli strumenti di diritto comunitario derivato o negli accordi stipulati dall'EU, fino al Trattato di Lisbona²¹² del 2009. Prima di tale Trattato non esistono riferimenti relativi agli investimenti stranieri né con riferimento a Paesi terzi né per gli investimenti intra-EU. L'espressione "investimento estero diretto" ("foreign direct investment") compare negli articoli 206 e 207 TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione

_

^{210 &}quot;(a) l'acquisto o l'uso da parte di un'impresa di prodotti di origine nazionale o provenienti da qualsiasi origine nazionale, che sia specificato in termini di prodotti particolari, in termini di valore o volume dei prodotti, o in termini di proporzione di volume o valore della produzione locale; o (b) che gli acquisti di un'impresa o l'utilizzo di prodotti importati sia limitato ad un ammontare relativo al valore o al volume dei prodotti nazionali che esporta"
211 "(a) l'importazione da parte di un'impresa di prodotti utilizzati in o collegati alla sua produzione locale, in generale o in ammontare relative al valore o al volume dei prodotti locali che esporta; o (b) l'importazione, da parte di un'impresa, di prodotti utilizzati in o collegati alla sua produzione locale tramite restrizioni all'accesso a valuta straniera in un ammontare relativo ai flussi in entrata di valuta straniera attribuibili a quell'impresa; oppure (c) l'esportazione o vendita da parte di un'impresa di prodotti, che siano specificati in termini di prodotti specifici, o in termine di valore o volume dei prodotti, o in termini di proporzione di volume o valore con la sua produzione locale"
212 Firmato nel 2007 ed entrato in vigore nel 2009 si compone di due parti: "Trattato sull'Unione Europea" e "Trattato sull Funzionamento dell'Unione Europea"

Europea) all'inizio della Parte V (sull'azione esterna dell'Unione), in apertura al Titolo II nel quale viene istituita la Politica Commerciale Comune conseguente all'unione doganale; articolo 206: "L'Unione, tramite l'istituzione di un'unione doganale in conformità degli articoli da 28 a 32, contribuisce nell'interesse comune allo sviluppo armonioso del commercio mondiale, alla graduale soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali e agli investimenti esteri diretti, e alla riduzione delle barriere doganali e di altro tipo". L'articolo 207, invece, recita: "La politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti, [...]. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione". L'assenza di riferimenti antecedenti all'"investimento straniero" può essere spiegata con il fatto che, essendo tale espressione, nel diritto internazionale, usata perlopiù negli strumenti per la protezione degli investimenti stranieri ed essendo tale competenza rimasta fino, appunto, al Trattato di Lisbona, nelle mani degli Stati membri, si sia, da parte degli Stati membri, voluto evitare di creare una pericolosa confusione nel delineamento delle competenze²¹³. I settori di competenza dell'Unione Europea, che sono più vicini alla protezione degli investimenti, e nella cui disciplina sono presenti chiari riferimenti alla nozione di investimento straniero, sono la circolazione dei capitali e lo stabilimento²¹⁴. Da queste due materie di competenza della UE è possibile estrapolare una definizione di investimento; bisogna tenere presente che gli articoli 206 e 207 TFUE includono l'investimento "diretto" che dovrà, dunque, essere distinto da altre forme di investimento indiretto a partire dall'investimento di portafoglio, forme, queste ultime, non incluse nella Politica Commerciale Comune ma non per questo da ignorare.

Per comprendere la nozione di investimento diretto nel diritto europeo si devono, come detto, esaminare alcune disposizioni nelle regole del mercato interno sul movimento di capitali e lo stabilimento. La circolazione dei capitali è trattata negli articoli 63-66, Parte III, Titolo IV del TFUE ed è, in principio, libera da ogni restrizione sia tra Paesi membri che tra Paesi membri e Paesi terzi: l'approccio è unico e, pur non essendo identica la disciplina, la nozione di circolazione dei capitali resta la stessa per la circolazione intra-UE che per quella extra-UE. La connessione tra la circolazione dei capitali e la definizione di investimento nel diritto comunitario si può comprendere

_

²¹³ J Reiter in "The EU- Mexico Free Trade Agreement: Assessing the EU Approach to Regulatory Issues" in Sampson and Woolcock (ed), *Regionalism, Multilateralism and Economic Integration* (2003), p 90.

²¹⁴ Cfr. Angelos Dimopoulos in "EU Foreign Investment Law", prima edizione, 2011, p. 36 65

esaminando la direttiva del Consiglio numero 361 del 24 giugno del 1988²¹⁵. L'intestazione della direttiva la collega all'attuazione dell'articolo 67 del TFUE (che istituisce "l'area di libertà sicurezza e giustizia"), mentre l'articolo 1 della direttiva medesima ribadisce che, senza pregiudizio per le successive disposizioni, le restrizioni al movimento dei capitali sono abolite ed i movimenti di capitale stesso sono classificati nella "nomenclatura" dell'allegato numero 1. Tale "nomenclatura" consiste, essenzialmente, in una lista non esaustiva (come esplicitamente stabilito al fine di non restringere indebitamente l'applicazione dell'articolo 1), che include, al primo punto, proprio l'investimento diretto il quale ha, come suo punto di riferimento, nelle esemplificazioni fornite dalla direttiva, l'asset o il capitale fornito dall'investitore. Al primo punto è citato "establishment and extension of branches or new undertakings belonging solely to the person providing the capital, and the acquisition in full of existing undertakings"²¹⁶; caso simile, al secondo punto, è "participation in new or existing undertaking with a view to establishing or maintaining lasting economic links", lasciati senza un preciso termine di scadenza sono "longterm loans with a view to establishing or maintaining lasting economic links"²¹⁸ citati al terzo punto; all'ultimo punto vengono coperti anche "reinvestment of profits with a view to maintaining lasting economic links"²¹⁹. Viene precisato che la lista di operazioni di investimento si riferisce sia agli investimenti sul territorio nazionale da parte di non residenti, sia agli investimenti all'estero da parte dei residenti. Ciò che più importa notare è che, fino al Trattato di Lisbona, la protezione degli investimenti stranieri non rientrava nelle competenze dell'Unione e, quindi, la definizione del 1988 non si basa sull'enumerazione o descrizione delle forme prese dal capitale investito nella sua fase produttiva del profitto, ma si incardina nella fase di circolazione del capitale²²⁰, o meglio trasferimento, immediatamente precedente e preparatoria dell'investimento stesso; non vengono protetti i diritti di proprietà che afferiscono all'investimento in fase di svolgimento, come nelle definizioni asset-based, ma viene protetta la forma del capitale trasferito nella finalità di realizzare un investimento diretto caratterizzato dall'impegno del capitale in un'attività gestita dalla medesima persona che ha fornito il capitale. Eccezione alla regola della gestione diretta sono i prestiti a lungo termine che, però, involgono un impegno del capitale e un legame durevole con l'attività, seppur non in gestione diretta. In effetti l'elenco della definizione di investimento diretto nella direttiva 361

⁻

²¹⁵ Direttiva 361/88, testo completo: http://eur-

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31988L0361:EN:HTML

²¹⁶ "lo stabilimento e l'estensione di ramificazioni o nuove imprese, appartenenti solamente alla persona che fornisce il capitale, e la completa acquisizione di imprese già esistenti"

²¹⁷ "la partecipazione in imprese nuove o già esistenti al fine di stabilire o mantenere un legame economico durevole" ²¹⁸ "i prestiti a lungo termine al fine di stabilire o mantenere legami economici durevoli"

²¹⁹ "i reinvestimenti di profitti con il fine di mantenere rapporti economici durevoli"

²²⁰ Cfr. Angelos Dimopoulos in "EU Foreign Investment Law", prima edizione, 2011, p. 37

del 1988 ricorda da vicino la definizione del Codice di Liberalizzazione dei Movimenti di Capitale²²¹ dell'OCSE, anche in questo caso non uno strumento di protezione degli investimenti ma di liberalizzazione della circolazione dei capitali. La direttiva 361 del 1988 è scaduta, ma la Corte di Giustizia dell'Unione Europea continua ad applicarne i contenuti nella giurisprudenza sul movimento dei capitali.

Il legame tra circolazione di capitali ed investimenti è stato affermato anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Nei casi *Luisi e Carbone*²²² (286/82 e 26/83 trattati congiuntamente) e *Casati*²²³ (203/80) la Corte ha stabilito che il trasferimento dei capitali "deve essere essenzialmente collegato con l'investimento di fondi", il trasferimento di denaro per remunerare una prestazione non è un investimento; nel caso *Luisi e Carbone* la Corte ha specificato che "*movements of capital are financial operations essentially concerned with the investment of the funds in question rather than remuneration for a service*"²²⁴. Il prezzo della prestazione in un rapporto di scambio bilaterale non si può qualificare come circolazione di capitale né, di conseguenza, come investimento per il quale si richiede, invece un carattere di "unilateralità", proprio tipicamente dell'apertura di attività economiche e che comporta, come carattere implicito, la presa di un rischio. Il carattere di controprestazione può, in realtà, escludere il carattere di investimento in modo certo e univoco solo nel caso di prestazione di servizi transfrontalieri, mentre la corrispettività, nel caso delle compravendite, può valere ad escludere la sola nozione di investimento diretto, ma può coesistere con altre forme riconosciute di investimento indiretto (ad esempio l'investimento di portafoglio) e di cui si discuterà più in basso.

Per quanto riguarda i principi sullo stabilimento, secondo istituto a cui fare riferimento per costruire una definizione di investimento, essi sono fissati negli articoli da 49 a 55 del TFUE e, secondo l'articolo 49: "La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società [...]". È proprio in queste attività citate che si sostanzia, tra le altre, la libertà di stabilimento che si applica, dunque, alla

²²¹ Codice di Liberalizzazione dei Movimenti di Capitale, firmato nel 1961; testo completo: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/Code-capital-movements-EN.pdf

²²² Luisi 286/82; Carbone 26/83; testo completo dei casi: https://eur-lex.europa.eu/legal-

content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61982CJ0286&from=EN

²²³ Casati 203/80; testo completo:

http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf; jsessionid=9ea7d0f130da7e7aee98108548aeb03dedfb5fdb66cb.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb3mOe0?text=&docid=91137&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=31388

²²⁴ Paragrafo 21 della decisione: "I movimenti di capitale sono collegati all'investimento di fondi piuttosto che alla remunerazione dei servizi"

costruzione e gestione di un'impresa ed anche di sussidiarie e ramificazioni e, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE²²⁵, anche agli acquisti di imprese.

Ricapitolando, la nozione di investimento diretto viene definita nel diritto dell'UE in modo indiretto, sotto il rispetto della libera circolazione dei capitali come una voce nell'elenco illustrativo all'annesso I della direttiva 361 del 1988 esplicativa di tale libertà; sotto il rispetto del diritto di stabilimento, nell'articolo 49, richiamando implicitamente nei contenuti il medesimo annesso I della direttiva citata. La Corte chiarisce questo legame nel caso Überseering BV contro Nordic Construction Company Baumanagement GmbH²²⁶ (Causa C-208/00): "Furthermore, it must be borne in mind that as a general rule the acquisition by one or more natural persons residing in a Member State of shares in a company incorporated and established in another Member State is covered by the Treaty provisions on the free movement of capital, provided that the shareholding does not confer on those natural persons definite influence over the company's decisions and does not allow them to determine its activities. By contrast, where the acquisition involves all the shares in a company having its registered office in another Member State and the shareholding confers a definite influence over the company's decisions and allows the shareholders to determine its activities, it is the Treaty provisions on freedom of establishment which apply"227. Da questo paragrafo della sentenza del 2002, su una questione pregiudiziale, si può capire che la circolazione dei capitali e lo stabilimento sono due facce della stessa medaglia dell'investimento²²⁸. Naturalmente entrambi gli istituti hanno portata molto più ampia dell'investimento diretto e che non è materia della presente trattazione, tuttavia si può affermare, con una certa sicurezza, che entrambi gli istituti ricomprendono il fenomeno dell'investimento diretto.

Si è già accennato al fatto che, con il Trattato di Lisbona, il trattamento degli investimenti esteri diretti (da Paesi terzi) è divenuto competenza dell'Unione. Una conseguenza di ciò è la necessità di distinguere tra la nozione di investimento estero diretto nelle regole del mercato interno (stabilimento e circolazione dei capitali), di cui si è trattato finora, e la nozione che la UE sceglierà

²²⁵ Caso C- 208/00 Überseering BV v Nordlic Construction Co (NCC) (2002), paragrafo 77

²²⁶ Caso C- 208/00 Überseering BV v Nordlic Construction Co (NCC) (2002)

Paragrafo 77 della decisione. "Occorre poi ricordare che, in via di principio, l'acquisizione da parte di una o più persone fisiche residenti in uno Stato membro di quote di una società costituita e stabilita in un altro Stato membro rientra, quando tale partecipazione non conferisce a queste persone fisiche un'influenza certa sulle decisioni della società e non consente loro di determinarne le attività, nelle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali. Viceversa, quando l'acquisizione riguarda la totalità delle quote di una società che ha la propria sede sociale in un altro Stato membro e una tale partecipazione conferisce una sicura influenza sulle decisioni della società e consente di indirizzarne le attività, trovano applicazione le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento"

²²⁸ Si deve precisare che lo stabilimento, al contrario della circolazione dei capitali, è un istituto giuridico comunitario che si applica solo ai movimenti di persone ed imprese all'interno del territorio dell'Unione.

di adottare, nell'ambito della PCC (Politica Commerciale Comune) posta dall'articolo 207 TFUE, nei trattati di protezione degli investimenti con organizzazioni economiche o Paesi terzi. In altre parole la nozione di investimento estero diretto, nel sistema della circolazione dei capitali e dello stabilimento, si deve incontrare e confrontare con la nozione internazionale di investimento diretto (vista la nuova competenza dell'Unione) che si può trarre dai trattati e dalla giurisprudenza internazionali: a partire dal Trattato di Lisbona, infatti, la UE ha competenza a stipulare trattati di protezione degli investimenti. In realtà le basi delle due nozioni (del mercato interno e della politica commerciale comune) sono sostanzialmente uguali e vertenti sull'impegno del capitale e sul controllo di esso e dell'attività. È proprio il livello di controllo necessario a qualificare come diretto l'investimento ad essere elemento di possibili disarmonie: sotto questo riguardo la UE potrebbe adottare il criterio della soglia di controllo al 10% come fissato dal FMI per qualificare un investimento come diretto²²⁹. Tuttavia questo problema perde notevolmente di rilevanza se la UE dovesse, nei futuri accordi di protezione degli investimenti, accogliere una nozione onnicomprensiva includendo anche l'investimento indiretto²³⁰. Di particolare interesse è che, nell'accordo recentemente negoziato con il Canada²³¹ (CETA), si può rinvenire una definizione basata su un elenco di asset con la precisazione iniziale che tali asset devono avere "i caratteri di investimento" e, cioè, l'impegno di capitale o altre risorse, l'aspettativa di guadagno o profitto, l'assunzione del rischio e una certa durata.

Nel diritto dell'UE sono riconosciute altre forme di investimento diverse da quello diretto: l'allegato I della direttiva 361 del 1988 riporta, al punto II, l'investimento in proprietà immobiliare senza alcuna ulteriore specificazione riguardo al fine economico e, quindi, includendo, evidentemente, anche gli acquisti immobiliari per uso personale non economico. Altra forma di investimento ricompresa nell'annesso I è l'investimento di portafoglio che non viene direttamente nominato, ma al quale la direttiva si riferisce indirettamente includendo operazioni in titoli azionari od obbligazionari che si svolgono su mercati di capitali e monetario. Gli investimenti di portafoglio sono, dunque, inclusi nell'ambito della circolazione di capitale e sono destinatari dello stesso trattamento regolatorio degli investimenti diretti; anche per questi, come per tutti i movimenti di capitali nel diritto europeo, la nozione di estraneità è ancorata all'elemento del movimento transfrontaliero ("cross-border") ed è sganciata dalla nazionalità del soggetto che pone in essere le

_

²²⁹ S Woolcock and J Kleinheisterkamp in "The EU approach to international investment policy after the Lisbon Treaty", Study Directorate General for External Policies of the Union (Ottobre 2010), pp 11–12

²³⁰ Angelos Dimopoulos, EU Foreign Investment Law, cap. 1 "The Origins, Definition, and Scope of EU Foreign Investment Law", pag. 43

Articolo 8.1 dell'Accordo comprensivo economico e commerciale (CETA) tra Canada, da una parte, e Unione Europea, dall'altra, firmato nel 2016; testo completo:

operazioni. Ulteriore possibile forma di investimento nel diritto dell'UE è quella costituita da un impegno contrattuale, che nel diritto internazionale generale è considerato come investimento da molti strumenti, collegato alla fornitura di servizi. La libertà di fornire servizi è definita in modo residuale rispetto alla libertà di movimento di beni e capitali e alla libertà di stabilimento e ricomprende anche attività temporanee e retribuite definite dall'articolo 57 TFUE, tuttavia, come anche per il diritto internazionale generale, è importante distinguere i casi in cui viene realmente sostenuto un rischio dai casi in cui il servizio è prestato dietro remunerazione prestabilita: solo nei primi si potrà parlare di investimenti.

Per quanto riguarda la nozione di estraneità delle persone fisiche, essa dipende dalla cittadinanza attribuita secondo la legge dello Stato del quale si afferma di essere cittadini. Per la nazionalità delle persone giuridiche si è detto che essa dipende dallo strumento giuridico internazionale di protezione degli investimenti di volta in volta trattato, ma si muove, comunque, lungo il binario del criterio di incorporazione o di sede sociale, sulla scia consuetudinaria della protezione diplomatica, con l'aggiunta, esempio eccellente ne è la Convenzione ICSID, del criterio del controllo. L'articolo 20 TFEU definisce la cittadinanza dell'Unione per le persone fisiche che si basa e si aggiunge alle cittadinanze dei Paesi membri, mentre l'articolo 54, sulla parità di trattamento tra persone giuridiche comunitarie, stabilisce i criteri di incorporazione e sede effettiva. È escluso il criterio del controllo probabilmente per non escludere dalla parità di trattamento le società controllate da stranieri di Paesi terzi ma costituite nel territorio dell'Unione e per escluderne, invece, in funzione anti-elusiva, le società costituite da cittadini comunitari all'estero²³². Una precisazione importante è che la nozione di estraneità dell'investitore nel sistema comunitario non si risolve nella dicotomia classica tra investimento nazionale e straniero, ma ricomprende anche la distinzione tra investimento da Paese terzo e da altro Paese comunitario. Tale triplice distinzione, tuttavia, rileva, ai fini di questa trattazione, solo per l'ambito della circolazione dei capitali nella cui definizione rientrano i movimenti intra ed extra-UE. Inoltre deve rilevarsi che non tutte le libertà stabilite dal Trattato sono condizionate dalla nazionalità di chi intende esercitarle e, dunque, l'estraneità del proprietario-investitore perde rilevanza²³³, in particolare nel caso della circolazione dei capitali (e dei beni) dato che il loro movimento è considerato per se, mentre mantiene importanza la nazionalità della persona, a cui le operazioni sono riconducibili, nel caso dello stabilimento (e della fornitura dei servizi).

⁻

²³²W Frenz, Handbuch Europarecht: Europaische Grundfreiheiten (2004), pp 764–5.

²³³ Angelos Dimopoulos, EU Foreign Investment Law, cap. 1 "The Origins, Definition, and Scope of EU Foreign Investment Law", pag. 42

3 Altri trattati multilaterali

Diverse definizioni di "investimento" possono essere rinvenute in altri sistemi multilaterali e trattati stipulati da membri di organizzazioni economiche regionali.

3.1 ASEAN

Gli Stati parte dell'"Associazione delle Nazioni del Sud-est asiatico"²³⁴ (ASEAN) hanno stipulato, nel 1987, l'"Accordo sulla promozione e protezione degli investimenti nell'ASEAN"²³⁵ che regolava il trattamento degli investimenti stranieri tra Stati Parti dell'ASEAN. La definizione di "investimento" si rinviene all'articolo 1 e recita: "The term "investment" shall mean every kind of asset and in particular shall include, though not exclusively: a) movable and immovable property and any other proper rights such as mortgages, liens and pledges; b) shares, stocks and debentures of companies or interests in the property of such companies; c) claims to money or to any performed under contract having a financial value; d) intellectual property rights and goodwill; e) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivative, extract, or exploit natural resources²³⁶". Questa è una definizione asset-based espressa da una lista non esaustiva e molto ampia che non prende in considerazione alcun requisito o caratteristica basata sulla scienza economica. Diversa è, invece, la definizione di "investimento" nell'"Accordo comprensivo sugli investimenti ASEAN"²³⁷ del 2009 che ha sostituito l'Accordo del 1987. L'articolo 4 fornisce alcune definizioni e, alla lettera (c), definisce l'investimento per mezzo di una lista asset-based non esaustiva. Tuttavia, vi è un'interessante variazione rispetto al testo del

²³⁴ "Association of South-East Asian Nations" è un'associazione di Stati del Sud-est asiatico fondata nel 1967 con finalità di promuovere interessi e comuni e stabilità.

²³⁵ "Accordo tra il Governo del Brunei Darussalam, la Repubblica dell'Indonesia, Malesia, la Repubblica delle Filippine, la Repubblica di Singapore ed il Regno di Thailandia per la promozione e protezione degli investimenti"; testo completo disponibile a: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5554

²³⁶ "Il termine "investimento" significa ogni tipo di *asset* e, in particolare, include, anche se non esclusivamente: a) proprietà mobile ed immobile ed ogni altro gravame come pegni ed ipoteche;b) quote, azioni ed obbligazioni di società o interessi nella proprietà di queste società ;c) pretese aventi contenuto una somma di denaro o ogni altra prestazione contrattuale avente valore economico;d) diritti di proprietà intellettuale ed avviamento; e) concessioni economiche conferite da legge o da contratto, incluse le concessioni per ricerca, coltura, estrazione e sfruttamento di risorse naturali"

²³⁷ "Accordo Comprensivo ASEAN sugli investimenti"; testo completo disponibile a: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3095

1987: la nota numero 2 cita, infatti, alcuni caratteri dell'investimento come concepito dalla scienza economica. Essa recita: "Where an asset lacks the characteristics of an investment, that asset is not an investment regardless of the form it may take. The characteristics of an investment include the commitment of capital, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk" 238. Sembra, quindi, che l'ASEAN si sia orientato verso una definizione dell" investimento" più aderente alla realtà economica pur mantenendo l'impianto della definizione in senso asset-based. Bisogna rilevare che la lettera della nota non è molto chiara: l'impegno di capitale, l'aspettativa di guadagno ed il rischio vengono "inclusi" (appunto, "the characteristics of an investment include") tra i caratteri di un "investimento" come se vi potessero essere anche altri caratteri che, però, non è dato conoscere. Inoltre, nella parte finale, la congiunzione "or" sembra introdurre la possibilità che i tre caratteri prima citati possano essere presenti alternativamente e che non serva la sussistenza di tutti quanti per esservi sussistenza di un "investimento".

3.2 MERCOSUR

Altro sistema multilaterale in cui possono essere rinvenuti strumenti internazionali in cui si tratta degli investimenti e della loro definizione è l'organizzazione internazionale MERCOSUR ²³⁹. In particolare, vi sono tre accordi stipulati in ambito MERCOSUR particolarmente rilevanti. I primi due sono il "Protocollo di Colonia per la promozione e protezione reciproca degli investimenti nel MERCOSUR"²⁴⁰ e il "Protocollo sulla promozione e protezione degli investimenti provenienti da Stati non parte del MERCOSUR"²⁴¹, entrambi firmati nel 1994. Essi contengono, rispettivamente, le norme sul trattamento degli investimenti stranieri all'interno del MEROSUR e quelli provenienti da Paesi terzi. Questi due protocolli contengono identiche definizioni di "investimento" che hanno una struttura che non si differenzia da quella dei BIT *asset-based* e sono costruite con liste non esaustive *asset-based* con l'aggiunta del requisito del rispetto della legge interna. Il terzo strumento rilevante in ambito MERCOSUR è il "Protocollo di cooperazione e incentivazione degli

²³⁸ "Qualora un *asset* manchi delle caratteristiche di investimento, quell'*asset* non è un investimento, senza riguardo alla forma che può assumere. La caratterizzazione di un investimento include l'impegno di capitale, l'aspettativa di guadagno o profitto e l'assunzione di un rischio"

²³⁹ "Mercado Común Sudamericano", fondato nel 1991, ha come finalità la creazione di un mercato comune

[&]quot;Protocollo di Colonia per la promozione e protezione reciproca degli investimenti nel MERCOSUR"; testo completo disponibile a: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3585

²⁴¹ "Protocollo sulla promozione e protezione degli investimenti provenienti da Stati non parte del MERCOSUR"; testo completo disponibile a: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4779

investimenti intra-MERCOSUR"²⁴² firmato nel 2017. Esso contiene, nella definizione di "investimento" all'articolo 3, numero 3, una lista asset-based non esaustiva, ma è caratterizzata anche da una premessa: ""Inversión" significa una empresa, incluyendo una participación en la misma empresa, en el territorio de un Estado Parte, que un inversionista de otro Estado Parte posee o controla o sobre la cual ejerce un grado significativo de influencia, que tenga las características de una inversión, incluyendo el compromiso de capital, el objetivo de establecer un interés duradero, la expectativa de ganancia o utilidad y la asunción de riesgos. Los siguientes activos de la empresa, entre otros, están cubiertos por el presente Protocolo [...]"²⁴³. Questa premessa è particolare perché, in primo luogo, ricollega la lista di asset ad una impresa che ne dispone: in effetti, la definizione si apre con l'espressione "investimento significa un'impresa" creando un singolare collegamento tra la figura dell'impresa, tipica delle definizioni enterprisebased, ed una lista di asset, ossia attività patrimoniali ("activos") di cui l'impresa dispone. In secondo luogo, l'impresa (non l'asset come nella definizione dell'Accordo ASEAN del 2009) deve essere caratterizzata dai tratti tipici dell'investimento ossia l'impegno di capitale, la durata, l'aspettativa di profitto ed il rischio. Tutti questi caratteri devono sussistere congiuntamente, al contrario di quello che lasciava supporre la non chiara formula dell'Accordo ASEAN del 2009. Altra caratteristica della definizione considerata è la presenza di una lista di esclusioni: in particolare vengono esclusi dal novero degli investimenti i titoli di debito pubblico, gli investimenti di portafoglio. Inoltre vengono escluse anche le pretese aventi come contenuto una somma di denaro che derivino da contratti commerciali di vendita di beni o servizi. Tra le esclusioni viene introdotta anche una dimensione temporale all'articolo 3, numero 3.1, punto (iv), viene stabilita l'esclusione di "cualquier costo u otras obligaciones económicas asumidas por el inversionista o su inversión antes del establecimiento de la inversión, incluso para cumplir con los reglamentos sobre la admisión de capital extranjero u otros límites y condiciones específicas, en los términos de la legislación sobre la admisión de las inversiones en un Estado Parte²²⁴. Viene, quindi, esclusa dalla nozione di "investimento" qualsiasi obbligazione assunta dall'investitore prima dello stabilimento incluse le spese necessarie ad ottemperare a regolamenti sull'ammissione e le spese preparatorie

²⁴² "Protocollo di cooperazione e incentivazione degli investimenti intra-MERCOSUR"; testo completo disponibile a: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5548

²⁴³ ""Investimento" significa un'impresa, inclusa una partecipazione all'impresa stessa, nel territorio di uno Stato Parte, che un investitore di un altro Stato Parte possiede o controlla o sulla quale esercita un grado significativo di influenza, che abbia le caratteristiche di un investimento, incluso l'impegno di capitale, l'obiettivo di stabilire un interesse duraturo, l'aspettativa di guadagno o utilità e l'assunzione di rischio. Le seguenti attività di impresa, tra le altre, sono coperte dal presente Protocollo […]"

²⁴⁴ "Qualunque costo o altre obbligazioni economiche assunte dall'investitore o dal suo investimento prima dello stabilimento dell'investimento, incluse quelle per ottemperare ai regolamenti sull'ammissione di capitale straniero o altri limiti e condizioni specifiche, nei termini della legislazione sull'ammissione degli investimenti in uno Stato Parte"

che, specie nei progetti di grandi dimensioni, possono essere molto considerevoli e dare inizio a contenziosi (vedere capitolo IV, paragrafo 5).

3.3 MIGA

La Agenzia multilaterale di garanzia degli investimenti²⁴⁵ (MIGA) è un istituto del gruppo della Banca Mondiale che si occupa di promuovere il flusso di investimenti verso i Paesi in via di sviluppo ed il suo strumento principale è l'assicurazione dell'investimento contro rischi non commerciali che possono concretizzarsi in alcuni contesti problematici dei Paesi in via di sviluppo. La nozione di "investimento" non ha una definizione generale espressa, ma l'articolo 12 definisce la categoria di "investimento idoneo" o "eleggibile" ("eligible investment"), ossia le operazioni economiche di investimento che possono godere dell'assicurazione MIGA. La nozione di "investimento eleggibile" è, ovviamente, più ristretta di una definizione generale, ma, in questa sede, rileva la definizione offerta dal sistema multilaterale considerato e funzionale al sistema di riferimento, in questo caso la MIGA. La definizione dell'articolo 12 si può scomporre in diverse parti. La prima parte è essenzialmente enterprise-based e recita: "(a) Eligible investments shall include equity interests, including medium- or long-term loans made or guaranteed by holders of equity in the enterprise concerned, and such forms of direct investment as may be determined by the Board. (b) Loans other than those mentioned in Section (a) above are eligible for coverage (i) if they are made to finance or are otherwise related to a specific investment or project in which some other form of direct investment is present, whether or not guaranteed by the Agency and regardless of when such other investment was made, or (ii) as may be otherwise approved by the Board by special majority"²⁴⁶. La prima forma di investimento consiste in un'impresa, in una partecipazione in essa o in un prestito da parte o a beneficio di partecipanti all'impresa. Anche i prestiti possono costituire "investimento" se sono comunque ricollegabili ad un investimento anche non garantito dalla MIGA o a discrezione del Consiglio. Non è chiaro in base a quale definizione debba stabilirsi

^{245 &}quot;Multilateral Investment Guarantee Agency" è stata fondata nel 1985 con la Convenzione di Seul (disponibile a: https://www.miga.org/Documents/MIGA%20Convention%20%28April%202018%29.pdf); la sua funzione è di stimolare in flusso di investimento verso i Paesi in via di sviluppo per mezzo di garanzie contro rischi non commerciali ²⁴⁶ "(a) Gli investimenti eleggibili includono la partecipazione in società, inclusi prestiti a medio-lungo termine compiuti o garantiti dai partecipanti all'impresa considerata e le forme di investimento diretto per come possono essere determinate dal Consiglio. (b) I prestiti diversi da quelli menzionati nella Sezione (a) sono idonei alla protezione (i) se sono compiuti per finanziare o sono altrimenti connessi ad uno specifico investimento progetto nel quale è presente un'altra forma di investimento diretto, garantita o meno dall'Agenzia e senza riguardo a quando tale altro investimento è stato compiuto, oppure (ii) come altrimenti approvato dal Consiglio a maggioranza speciale"

l'esistenza di un investimento (eventualmente non garantito e, quindi, fuori dal sistema MIGA) a cui il prestito da garantire deve essere ricollegato: probabilmente, dovrà entrare in gioco la classica definizione economica. La seconda parte della definizione verte esclusivamente sul concetto di "eleggibilità": "(c) The Board, by special majority, may extend eligibility to any other medium- or long-term form of investment" 247. Anche in questo caso non vengono definite quali possano essere queste "forme di investimento"; inoltre, il richiamo al termine medio o lungo non facilita certamente l'interpretazione visto che, sia secondo la scienza economica che la pratica giurisprudenziale e pattizia, non esistono investimenti "a breve termine". Un aiuto all'interpretazione può ritrovarsi nella pagina web della MIGA dedicata all'eleggibilità di un investimento²⁴⁸. Nella pagina vengono citate, oltre alla partecipazione in una impresa e ai prestiti ad un'impresa, anche le seguenti operazioni: "technical assistance and management contracts, asset securitizations, capital market bond issues, leasing, services, and franchising and licensing agreements"249. La terza parte della definizione dell'articolo 12 tratta una seria di operazioni di investimento ricollegate ad investimenti già esistenti e a cui si estende l'assicurazione. Tale elenco è costruito in base alla concezione transaction-based e ricomprende i trasferimenti in valuta estera per modernizzare l'investimento esistente, l'uso di guadagni che potrebbero essere potenzialmente trasferiti all'estero e, invece, vengono reimpiegati e l'acquisto dell'attività da parte di un nuovo investitore. L'ultima parte della definizione si sposta dall'elencazione delle operazioni economiche e passa alle caratteristiche che deve avere l'investimento per potersi qualificare "eleggibile". Tali caratteristiche consistono in: "(i) the economic soundness of the investment and its contribution to the development of the host country; (ii) compliance of the investment with the host country's laws and regulations; (iii) consistency of the investment with the declared development objectives and priorities of the host country; and (iv) the investment conditions in the host country, including the availability of fair and equitable treatment and legal protection for the investment"²⁵⁰. In particolare, il rispetto delle leggi e dei regolamenti nazionali è una condizione aggiuntiva che si rinviene in altri strumenti pattizi (vedere capitolo II, paragrafo 2); il criterio dello sviluppo dello Stato ospite è stato verrà anche inserito nel "test di Salini" dai tribunali ICSID (vedere capitolo IV, paragrafo 3). La "economic soundness" si riferisce alla fattibilità tecnica e alla sostenibilità

²⁴⁷ "(c) Il Consiglio, a maggioranza speciale, può estendere l'eleggibilità ad ogni altra forma di investimento a medio o lungo termine"

²⁴⁸ Cfr. https://www.miga.org/investment-guarantees/overview/eligibility/

²⁴⁹ "Assistenza tecnica e contratti di gestione, cartolarizzazione di *asset*, emissione di obbligazioni sul mercato dei capitali, *leasing*, servizi, *franchising* e contratti di licenza"

²⁵⁰ "(i) la fattibilità economica dell'investimento ed il suo contributo allo sviluppo del Paese ospite; (ii) rispetto delle leggi e regolamenti del Paese ospite da parte dell'investimento; (iii) coerenza dell'investimento con gli obbiettivi e le priorità dichiarati dal Paese ospite; e (iv) le condizioni dell'investimento nel paese ospite, inclusa la disponibilità di trattamento giusto ed equo e protezione legale dell'investimento"

economica e finanziaria del progetto economico. Molto particolare è il requisito della coerenza con gli obiettivo di sviluppo dichiarati e le priorità dello Stato ospite: tale requisito costituisce una versione rafforzata del requisito del contributo allo sviluppo dello Stato ospite che si giustifica con le specifiche finalità della MIGA.

3.4 Le organizzazioni africane: ECOWAS e SADC

Negli strumenti multilaterali redatti nell'ambito delle organizzazioni economiche africane, in particolare l'ECOWAS²⁵¹ (Economic Community of West African States) e la SADC²⁵² (Southern African Development Community), la nozione di "investimento" è stata definita solo recentemente. Nel Trattato ECOWAS²⁵³ del 1975, che ha fondato l'organizzazione, viene menzionato la necessità di stimolare i flussi di investimenti senza, tuttavia, fornire alcuna definizione esplicita né alcuna altra espressione che potesse aiutare a risalire ad una concezione specifica della nozione di "investimento". Diversamente, 1"ECOWAS Supplementary Act on Investments" firmato nel 2008 e che stabilisce il regime di trattamento e protezione, fornisce una definizione di investimento all'articolo 1, lettera (c): ""investment" means i) a company; ii) shares, stock and other forms of equity participation in a company, and bonds, debentures and other forms of debt interests in a company; iii) contractual rights, such as under turnkey, construction or management contracts, production or revenue-sharing contracts, concessions or other similar contracts; iv) tangible property, including real property; and intangible property, including rights, such as leases, mortgages; liens and pledges on real property; v) rights conferred pursuant to law, such as licences and permits provided that: - such investments are not in the nature of portfolio investments which shall not be covered by this Supplementary Act; - there is a significant physical presence of the investment in the host State; - the investment in the host State is made in accordance with the laws of that host State; - the investment is part or all of a business or commercial operation; and - the investment is made by an investor as defined herein"²⁵⁵. I primi quattro punti sono tipici di una

_

²⁵¹ "Economic Community of West African States" è stata fondata nel 1975 ed ha finalità di cooperazione e sicurezza

²⁵² "Southern African Development Community" è stata fondata nel 1992 con finalità di cooperazione ed integrazione

²⁵³ "Trattato della comunità economica degli Stati dell'Africa Occidentale (ECOWAS)", firmato nel 1975; testo completo disponibile a: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5560

²⁵⁴ "Atto supplementare A/SA.3/12/08 che adotta regole comunitarie sull'investimento e le modalità per la loro implementazione nell'ECOWAS", firmato nel 2008; testo completo disponibile a: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3266

²⁵⁵ ""Investimento" significa i) una società; ii) quote, azioni ed altre forme di partecipazione in una società, obbligazioni ed altre forme di interessi creditizi in una società; iii) diritti contrattuali, come chiavi in mano, contratti di costruzione o gestione, contratti di produzione o ripartizione del gettito, concessioni o altri contratti simili; iv) 76

definizione asset-based. L'ultimo punto ha una funzione di chiusura ed un significato residuale; esso include una serie di requisiti ed un'esclusione che, per la loro posizione all'interno della definizione, sembrerebbero collegati al solo punto quinto, ma che, per il loro contenuto, devono supporsi richiesti in qualsiasi caso. Vengono esclusi, come detto, gli investimenti di portafoglio e viene richiesta la territorialità e il rispetto delle leggi nazionali. Molto particolare è la condizione che richiede che l'investimento sia parte o costituisca fondamento di un'operazione commerciale o di "business". Quest'ultimo requisito è atipico quanto generico: potrebbe costituire un richiamo alla nozione economica di "investimento", ma, in realtà, i termini usati sono così ampi da lasciare spazio, potenzialmente, anche a semplici contratti di vendita aventi ad oggetto alcuni degli asset elencati nei punti precedenti; l'unica restrizione alla potenzialità espansiva di questa espressione è il requisito della territorialità che implica, comunque, un certo grado di impegno dell'operatore economico ed esclude operazioni isolate od estemporanee.

In ambito SADC si rinvengono due strumenti che riguardano gli investimenti e li definiscono nei rispettivi articoli dedicati alle definizioni generali. Il trattato istitutivo²⁵⁶ del 1992 contiene, nell'Annesso numero 1, la definizione di "investimento" all'articolo 1 che recita: ""Investment" means the purchase, acquisition or establishment of productive and portfolio investment assets, and in particular, though not exclusively, includes [...]"²⁵⁷. In questa definizione, gli investimenti di portafoglio sono, non solo inclusi, ma addirittura, posti nell'introduzione alla quale segue una lista asset-based che non presenta alcuna caratteristica particolare. In chiusura di definizione è presente una particolare clausola di esclusione da parte degli Stati che possono scegliere di non considerare "investimento" ai fini SADC alcune operazioni: "Provided that nothing in this definition shall prevent a State Party from excluding short-term portfolio investments of a speculative nature or any sector sensitive to its development or which would have a negative effect on its economy"²⁵⁸. Gli investimenti di portafoglio erano espressamente inclusi nell'introduzione della definizione, mentre sono espressamente esclusi quelli a breve termine ossia quelli che, tipicamente, hanno finalità di

proprietà tangibile, inclusi diritti di proprietà; v) diritti conferiti in base alla legge come concessioni o permessi provvisto che:- tali investimenti non abbiano natura di investimenti di portafoglio che non sono coperti dal presente Atto Supplementare;- vi sia una significativa presenza fisica dell'investimento nel territorio dello Stato ospite;- l'investimento nello Stato ospite sia compiuto nel rispetto delle leggi di quello Stato ospite;- l'investimento sia parte o consista in un'operazione commerciale o di affari; e – l'investimento sia compiuto da un investitore come definito in questa sede"

²⁵⁶ "Testo consolidato del Trattato della Comunità di sviluppo dell'Africa Meridionale", firmato nel 1992; testo completo disponibile a: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3112

²⁵⁷ ""Investimento" significa l'acquisto o lo stabilimento di *asset* produttivi o di portafoglio e, in particolare, anche se non esclusivamente, include […]"

²⁵⁸ "Posto che nulla in questa definizione deve impedire ad uno Stato Parte di escludere gli investimenti di portafoglio a breve termine di natura speculativa o ogni altro settore delicato per il suo sviluppo o che avrebbe un effetto negativo sulla sua economia"

speculazione e non di regolare incasso dei dividendi (l'attività dei cosiddetti "cassettisti"); non è chiaro, tuttavia, quale sia il lasso di tempo di detenzione degli investimenti di portafoglio in base al quale farli rientrare o meno nella definizione di "investimento". Inoltre, è molto particolare la facoltà di esclusione dalla nozione di "investimento" di alcune operazioni economiche che gli Stati considerino non desiderabili o in contrasto con le proprie finalità di sviluppo. Nel 2006 è stato firmato, dagli Stati Parti della SADC, un Protocollo sull'investimento²⁵⁹ che modifica l'Annesso 1 del Trattato del 1992. In esso è formulata una nuova definizione di "investimento", all'articolo 1: ""Investment" means an enterprise within the territory of one State Party established, acquired or expanded by an investor of the other State Party, including through the constitution, maintenance or acquisition of a juridical person or the acquisition of shares, debentures or other ownership instruments of such an enterprise, provided that the enterprise is established or acquired in accordance with the laws of the Host State and registered in accordance with the legal requirements of the Host State. The enterprise may possess assets such as [...]".²⁶⁰. Si osservi come la definizione sia passata dalla tipologia asset-based a quella enterprise-based, almeno nella sua introduzione; a questa apertura segue, però, una lista di asset che possono essere detenuti dall'impresa, lista quasi identica a quella del trattato del 1992. In chiusura di definizione si rinvengono alcune esclusioni: "(a) debt securities issued by a government or loans to a government; (b) portfolio investments; (c) claims to money that arise solely from commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a State Party to an enterprise in the territory of another State Party [...]". Vengono esclusi i titoli di debito pubblico, le pretese aventi come contenuto una somma di denaro scaturenti da contratti commerciali di vendita, ma, soprattutto, è interessante l'esclusione degli investimenti di portafoglio che esprime un cambio di orientamento rispetto alla versione del 1992 in cui gli investimenti di portafoglio erano inclusi nell'introduzione. In questi strumenti si può osservare come la nozione di "investimento" cambi, anche nell'ambito della stessa organizzazione internazionale, nel corso del tempo.

²⁵⁹ "Accordo che emenda l'Annesso 1 (cooperazione sull'investimento) del Protocollo su finanza e investimento", firmato nel 2006; testo completo disponibile a: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5527 ²⁶⁰ "Investimento" significa un'impresa all'interno del territorio di uno Stato Parte stabilita, acquisita o espansa da un investitore di un altro Stato Parte, anche attraverso la costituzione, il mantenimento o l'acquisizione di una persona giuridica o l'acquisto di quote, obbligazioni o altri strumenti di proprietà di tale impresa, posto che l'impresa sia stabilita o acquisita in accordo con le leggi dello Stato ospite e registrata in accordo con i requisiti legali dello Stato ospite. L'impresa può possedere *asset* come: [...]"

²⁶¹ "(a) titoli di debito emessi da un governo o prestiti ad un governo; (b) investimenti di portafoglio; (c) pretese aventi oggetto una somma di denaro che scaturiscano esclusivamente da contratti commerciali per la vendita di beni o servizi da parte di un cittadino od impresa nel territorio di uno Stato Parte ad un'impresa nel territorio di un altro Stato Parte [...]"

3.5 Carta dell'Energia

Molto particolare è la definizione di "investimento" nella Carta dell'Energia²⁶², all'articolo 1, paragrafo 6, che consta di una lista asset-based che non presenta particolarità di rilievo, tuttavia, in chiusura di definizione è presente la seguente formula, nella versione italiana²⁶³: "Il termine "Investimento" si riferisce a qualsiasi investimento associato ad un'attività economica nel settore dell'energia ed a investimenti o categorie di investimenti designati da una Parte contraente nella sua area "Progetti di efficienza della carta" e notificati come tali al Segretariato". Il senso di questa parte finale della definizione è quello di limitare la precedente, e molto ampia, lista asset-based in vista delle finalità e dell'ambito del trattato stesso: la definizione, di per sé ampia, di "investimento" viene, in questo modo riportata nell'alveo delle finalità e degli interessi delle parti che hanno stipulato il trattato stesso. Nello stesso articolo, al paragrafo 5, è chiarito il significato di una "Attività economica nel settore dell'energia": essa consiste in "un'attività economica riguardante le attività di esplorazione, estrazione, raffinazione, produzione, immagazzinamento, trasporto terrestre, trasmissione, distribuzione, commercio, marketing o vendita di materiali e prodotti energetici, tranne quelli di cui all'allegato NI o riguardanti la distribuzione del calore ad una pluralità di immobili". In definitiva l'"investimento" nell'ambito dela Carta dell'Energia consiste in un ampio spettro di asset, ma tutti collegati con l'attività economica oggetto del trattato.

4 La nozione di investimento nelle leggi nazionali

4.1 Alcuni esempi

Il problema della definizione di investimento straniero non è limitato agli strumenti internazionali di protezione, ma molte legislazioni nazionali ricomprendono leggi sul trattamento degli investimenti stranieri; leggi che devono affrontare il nodo cruciale della definizione di investimento straniero esattamente come gli strumenti internazionali. Le leggi nazionali, inoltre, contribuiscono ad esprimere l'autentica posizione dello Stato in questione riguardo al problema

²⁶² Ha la finalità di stabilire una cornice multilaterale per la cooperazione nel settore dell'energia; testo completo: http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf

²⁶³ Testo disponibile a: https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-it.pdf

della definizione di investimento straniero: le soluzioni offerte dai trattati esprimono un compromesso tra diversi punti di vista e una composizione della tensione tra Stati esportatori di capitale, interessati alla più ampia definizione (e tutela) possibile, e Stati importatori di capitale, per i quali gli investimenti rappresentano ossigeno fondamentale nell'economia, ma che sono anche interessati a mantenere l'ambito dei propri obblighi di protezione e devoluzione ad istanze internazionali in margini ben definiti. Le leggi nazionali in materia di investimenti stranieri hanno un contenuto in parte simile a quello dei BIT nel garantire tutele, protezioni ed un livello minimo di trattamento. Anche le leggi nazionali sugli investimenti stranieri si muovono tra le definizioni assetbased ed enterprise-based. Il Pakistan, ad esempio, nel Foreign Private Investment (Promotion and Protection) Act²⁶⁴ del 1976 (atto numero XLII) definisce l'investimento privato straniero nella sezione 2 come: "industry, undertaking or establishment engaged in the production, distribution or processing of any goods, the providing of services specified in this behalf by the Federal Government or the development and extraction of such mineral resources and products as may be specified in this behalf by the Federal Government, but, for the purpose of investment by a person who, being a citizen of Pakistan, k also the citizen of any other country, does not include an undertaking or establishment engaged in providing banking or insurance services"²⁶⁵. Questa definizione, evidentemente enterprise-based, include l'attività in forma imprenditoriale finalizzata alla produzione e distribuzione di beni e servizi e le attività minerarie. Caratteri particolari sono il numero chiuso dei servizi la cui fornitura costituisce investimento, con il conseguente richiamo a successive specificazioni da parte del Governo Federale e la precisazione che esclude dal campo della definizione di investimento straniero, ai fini di questa legge, coloro che svolgano attività bancaria e assicurativa essendo in possesso di doppia nazionalità: anche se si è cittadini stranieri, quindi, avere la nazionalità pakistana è sufficiente a far perdere il carattere di estraneità dell'investitore e a non farlo rientrare nella tutela di questa legge per quanto riguarda queste delicate attività.

Altro esempio di definizione si rinviene nella legge della Somalia numero 19 del 1987²⁶⁶, articolo 2 sulle "forme di investimento straniero": "Foreign investment can be made in any of the following

_

²⁶⁴ Foreign Private Investment (Promotion and Protection) Act, 1976, Atto n. XLII; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/114

²⁶⁵ "industria, impresa o stabilimento impegnato nella produzione, distribuzione o trattamento di qualsiasi bene, nella fornitura di servizi specificati, a tale riguardo, dal Governo Federale o nello sviluppo o estrazione di risorse minerarie specificate, a tale riguardo, dal Governo Federale, ma ai fini di un investimento da parte di una persona che, essendo cittadina del Pakistan, è anche cittadina di un qualsiasi altro Paese non include imprese o stabilimenti impegnati nel fornire servizi bancari o assicurativi"

²⁶⁶ The Foreign Investment Law, Legge N. 19 del 1987; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/65

forms: (1) Convertible currency specified by the Central Bank of Somalia and duly trans-ferred to Somalia; (2) Machinery, equipment, spare parts, installations and current production inputs, whose importation is permitted under the prevailing import legislation; (3) Patent rights, trademarks and licences duly registered in Somalia, provided they are necessary for the activities to be pursued under the approved investment; (4) The amount of foreign currency spent on studies and technical documentation, prepared in connection with the approved investment; (5) Profit reinvested, originating from foreign investment approved in accordance with this law; (6) Said investment shall be made for the purpose of the establishment or the expansion of an enterprise incorporated and registered in Somalia"267. Questa definizione è costruita con un elenco che sembra da considerarsi esaustivo vista l'espressione con cui viene aperto ("any of the following forms") che non lascia spazio alle formule di apertura tipiche delle liste dei BIT. Tale definizione non contiene nella sua apertura nessun accenno generale alla forma di impresa che dovrebbe assumere un investimento, ma, al punto 6, sembra stabilire una condizione generale sulla forma di investimento che deve essere finalizzato allo stabilimento od espansione di una impresa incorporata o registrata in Somalia; in tale condizione, situata in posizione inconsueta nella disposizione e che rischia di creare confusione nell'interprete, sembra rinvenirsi il carattere enterprise-based della definizione somala.

Una definizione inequivocabilmente asset-based si rinviene nella Legge sull'Investimento Straniero dell'Albania²⁶⁸, Legge numero 7496 del 1990, che definisce l'investimento straniero nei seguenti termini all'articolo 1: ""Foreign investment" shall comprise every kind of assets and, in particular, any foreign investment in: a. movable and immovable property and any other property right; b. shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company; c. loans, claims to money or to any performance under contract having an economic value; d. intellectual property rights, including technical process and know how; e. economic rights granted by public law, including the right to search for, extract or exploit natural resources" 269.

²⁶

²⁶⁷ "Gli investimenti stranieri possono essere compiuti in una qualsiasi delle seguenti forme: 1. valuta convertibile specificata dalla Banca Centrale della Somalia e debitamente trasferita in Somalia; 2. macchinari, equipaggiamento, pezzi di ricambio, installazioni e sistemi di produzione di corrente la cui importazione è permessa secondo la legislazione prevalente sulle importazioni; 3. diritti di brevetto, marchi commerciali e licenze debitamente registrate in Somalia, posto che siano necessarie per perseguire le attività dell'investimento approvato; 4. l'ammontare di valuta straniera speso in studi e documentazione tecnica, preparata in connessione con l'investimento straniero; 5. profitto reinvestito, scaturente da un investimento straniero approvato in accordo a questa legge; 6. tale investimento deve essere fatto al fine dello stabilimento o espansione di una impresa incorporata o registrata in Somalia"

²⁶⁸ Foreign Investment Act, Legge N. 7496 del 1990; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/3

²⁶⁹ ""investimento straniero" comprende ogni tipo di *asset* e, in particolare, ogni tipo di investimento straniero in: a) proprietà mobile ed immobile, tangibile ed intangibile o ogni altro diritto di proprietà; b) quote, azioni ed obbligazioni di una società ed ogni altra forma di partecipazione in una società; c) prestiti, pretese di denaro o ad ogni prestazione 81

Si può dare il caso anche di Paesi che cambiano la propria legislazione nel corso del tempo come avvenuto in Argentina passata da una definizione asset-based del 1971 ad una enterprise-based del 1993. La legge argentina numero 19.151 del 1971²⁷⁰ all'articolo 2 stabiliva che: "Investment of foreign capital may take the form of: a) remittances of foreign exchange. b) capital goods and their spare parts. c) capitalization of loans in freely convertible foreign exchange. d) profits from foreign investments which are in a condition to be remitted abroad. d) material goods pursuant to specific legislation"²⁷¹. Con il decreto²⁷² 1853/93 è stata introdotta una definizione enterprise-based, all'articolo 2, mentre l'articolo 3 del decreto mantiene una lista di asset: quello argentino sembra un caso di "definizione mista" con una premessa enterprise-based ed una lista di asset in cui l'invetimento può effettivamente concretizzarsi. All'articolo 2, l'investimento di capitale straniero è definito come: "a) Todo aporte de capital perteneciente a inversores extranjeros aplicado a actividades de índole económica realizadas en el país. b) La adquisición de participaciones en el capital de una empresa local existente, por parte de inversores extranjeros"²⁷³.

Per quanto riguarda la qualificazione dell'estraneità dell'investimento essa oscilla tra la mancanza di definizione e il richiamo alla nazionalità (nel caso, ad esempio, di Somalia, legge 19/1987²⁷⁴, articolo 1) o al domicilio (Argentina, decreto²⁷⁵ 1853/93, articolo 2), mentre definizioni più complesse si rinvengono, ad esempio nelle leggi della Repubblica Democratica del Congo (Codice degli Investimenti²⁷⁶, articolo 2) e dell'Albania (legge 7496/1990²⁷⁷, articolo 1) nelle quali l'investitore straniero è la persona avente nazionalità straniera ma anche cittadina residente all'estero. Si può osservare che gli Stati che si sono dotati di una legge specifica sugli investimenti stranieri, o sugli investimenti in generale, sono, perlopiù, quelli importatori di capitali: esaminando

contrattuale avente valore economico; d) diritti di proprietà intellettuale, inclusi procedimenti tecnologici e *know-how*; e) diritti economici riconosciuti dalla legge, incluso il diritto di cercare, estrarre e sfruttare le risorse naturali" ²⁷⁰ Foreign Investment Act, Legge N. 19.151; testo completo:

http://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/intlm10&id=1208

²⁷¹ L'investimento di capitale straniero può prendere le forme di: a) rimesse di valuta straniera; b) beni capitali e loro parti di ricambio; c) capitalizzazione di prestiti in valuta straniera liberamente convertibile; d) profitti di investimenti stranieri che sono in condizione di essere rimessi all'estero; d) beni materiali secondo legislazione specifica

²⁷² Ley de Inversiones Extranjeras, Decreto 1853/93; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/6

²⁷³ "a) ogni apporto di capitale appartenente ad investitori stranieri impiegato in attività di tipo economico realizzate nel Paese. b) l'acquisizione di partecipazioni nel capitale di una impresa locale esistente da parte di un investitore straniero"

²⁷⁴ The Foreign Investment Law, Legge N. 19 del 1987; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/65

²⁷⁵ Ley de Inversiones Extranjeras, Decreto 1853/93; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/6

²⁷⁶ Code des Investissements, Legge N. 004/2002, 21 febbraio 2002; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/133

²⁷⁷ Foreign Investment Act, Legge N. 7496 del 1990; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/3

il database della Commissione delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo si può rilevare che sono dotati di leggi sugli investimenti stranieri circa la metà degli Stati dell'America Meridionale ed il Messico mentre l'altra metà ha nel proprio ordinamento una legge sugli investimenti in generale (tranne il Brasile); quasi tutti i Paesi africani si sono dotati di leggi sugli investimenti, tra cui la Somalia anche sugli investimenti stranieri. Tra i Paesi del G7 nessuno ha una legge dedicata specificamente agli investimenti e, tra i Paesi Occidentali, solamente la Spagna ha una legge sugli investimenti stranieri. Questa situazione può, forse, aiutare a spiegare il perché, nel complesso delle leggi nazionali, siano numericamente prevalenti le definizioni *enterprise-based*: gli Stati importatori di capitale, come già detto, hanno un interesse, opposto a quelli esportatori, a definire l'investimento straniero nella forma più circoscritta e precisa possibile in modo da proteggere solo le attività di stranieri che realmente portino un valore aggiunto alle loro economie lasciando fuori della tutela particolare della legge le attività di speculazione o la semplice proprietà in sé considerata.

4.2 Casi particolari

Alcuni casi particolari di definizione di investimento in leggi nazionali meritano di essere menzionati in quanto non rientrano nella suddivisione generale *asset-based* o *enterprise-based* oppure aggiungono specificazioni o suddivisioni ulteriori nei tipi di investimento. Interessante è la legge russa²⁷⁸ del 1999 numero N160-FZ sugli investimenti stranieri, all'articolo 2 essa definisce l'investimento distinguendo tra "investimento straniero" ed "investimento straniero diretto"; tale distinzione non è affatto comune né nelle leggi nazionali, né nei trattati di protezione degli investimenti. L'investimento estero "*means the investment of foreign capital in an object of entrepreneurial activity in the territory of the Russian Federation in the form of objects under the civil law owned by the foreign investor unless trading in such objects under the civil law is prohibited or limited in the Russian Federation under federal laws, including money, securities (denominated in foreign currency and the currency of the Russian Federation), other property, exclusive rights to the results of intellectual activities having pecuniary value (intellectual property) as well as services and information"²⁷⁹. Questa prima definizione dell'investimento è asset-based e*

²⁷⁸ Federal Law on Foreign Investments, Legge N. N 160-FZ del 1999; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/87

²⁷⁹ "significa investimento di capitale straniero in attività economica nel territorio della Federazione Russa in forma di oggetti di proprietà, secondo il diritto civile, di un investitore straniero, a meno che il commercio di tali oggetti secondo il diritto civile sia proibito o limitato nella Federazione Russa da leggi federali, [tali oggetti] includono denaro, 83

contiene un richiamo al rispetto delle leggi nazionali comune a molti trattati di protezione degli investimenti. La seconda definizione che si rinviene è più particolare e definisce l'investimento estero diretto come: "The acquisition by a foreign investor of at least 10 per cent stake [...] of a commercial organization set up or being set up on the territory of the Russian Federation in the form of an economic partnership or company under the civil legislation of the Russian Federation; the investment of capital in the fixed assets of a branch of a foreign legal entity being set up on the territory of the Russian Federation; the pursuance of financial leasing (leasing) of the equipment [...] having a customs value of at least 1 million rubles by a foreign investor as lessor" 280. La parte più importante della definizione è la prima che fissa un valore oggettivo per distinguere l'investimento diretto dall'investimento di portafoglio, lo stesso valore proposto dal Benchmark dell'OCSE.

Una particolare definizione di investimento si rinviene nello "Zimbabwe Investment Authority Act" (legge 4/2006) che provvede allo stabilimento di un'Autorità per l'autorizzazione e la promozione degli investimenti. Bisogna precisare che l'oggetto principale di tale legge non è direttamente il trattamento dell'investimento straniero, tuttavia è presente una definizione di investimento all'articolo 2: "(a) an investment in Zimbabwe or a proposal therefor which will necessitate the expenditure of convertible foreign currency; or (b) any other investment or proposal therefor of a class specified by the Minister [...]" 1282. In questa legge la definizione citata pertiene all'" investimento", ma, dal suo contenuto, sembra riferirsi all'investimento straniero in una qualificazione scarna nella lettera (a), con il riferimento alla spesa in valuta straniera convertibile, e del tutto particolare nel suo rinvio a future specificazioni da parte del Ministro dell'Industria o del Commercio Internazionale o da qualsiasi altro Ministro (secondo la definizione stessa di "Ministro"). Altro Stato che ha adottato una definizione particolarmente dettagliata di investimento straniero nella propria legge interna è l'Angola con la legge 283 numero 14/15, all'articolo 4: "e.

titoli (denominati in valuta straniera e in valuta della Federazione Russa), altre proprietà, diritti esclusivi ai risultati di attività intellettuali aventi valore economico (proprietà intellettuale) così come servizi e informazione"

280 "L'acquisizione da parte di un investitore straniero di almeno il 10% di partecipazione[...]nel capitale di una

organizzazione commerciale costituita o in fase di costituzione nel territorio della Federazione Russa nella forma di una partnership economica o una società secondo il diritto civile della Federazione Russa; l'investimento di capitale in un dato asset di un ramo di un ente legale straniero in fase di stabilimento nella Federazione Russa; il conseguimento di un leasing finanziario di attrezzature specificate[...]aventi valore di imposta doganale di almeno 1 milione di rubli, con un investitore straniero nella posizione di concedente ("lessor")"

²⁸¹ Zimbabwe Investment Authority Act, Legge 4/2006; testo completo: http://www.cfuzim.org/index.php/legal-the-law/367-zimbabwe-investment-authority-act-chapter-1430

²⁸² "(a) un investimento in Zimbabwe o una proposta di un investimento che necessita la spesa di moneta straniera convertibile; oppure (b) ogni altro investimento o proposta di investimento di una classe specificata dal Ministro ai fini di questa definizione [...]"

²⁸³ Private Investment Law, Legge N. 14/15; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/InvestmentLaws/laws/11

Private investment: the use in Angolan territory of capital, technology and know-how, capital goods and other goods, in specific economic projects, or the use of funds for the setting-up of new companies, groups of companies or another form of corporate representation of private companies, either national or foreign, as well as the acquisition of all or part of existing companies organized under Angolan law, with a view to implementing or continuing a given economic activity in accordance with the relevant corporate purpose; [...] g. National investment: the implementation of the project by using assets held by residents for foreign exchange purposes, which assets may consist of, other than monetary funds, technology, know-how or capital goods, or originate in financing whether or not obtained abroad [...]; h. Foreign investment: the implementation of the project by using assets held by non-residents for foreign exchange purposes, which assets may consist of, other than monetary funds, technology, know-how or capital goods; i. Direct investment: all national and foreign investments taking any form which does not come within the definition of indirect investment; j. Indirect investment: all national or foreign investments which separately or cumulatively take the form of loans, shareholder loans, supplementary capital contributions, patented technology, technical processes, industrial secrets and models, franchising, registered trademarks and other forms of access to the use thereof, either on an exclusive basis or through licensing limited to geographical areas or industrial and/or commercial sectors"²⁸⁴. La legge angolana offre una definizione di investimento articolata in sottogruppi di definizioni che si combinano tra loro: la prima definizione, alla lettera e, è la più generale e verte sull'investimento privato nel territorio statale ed è asset-based. L'investimento privato si divide in due sottodefinizioni sull'investimento nazionale e straniero, con il criterio della residenza usato come elemento di estraneità dell'investitore; l'investimento privato, che sia nazionale o straniero, può distinguersi in diretto ed indiretto: ulteriore tratto speciale di questa legge è il fatto che viene definito, in modo asset-based, il solo investimento indiretto mentre all'investimento diretto è lasciato un significato residuale. Riguardo alla definizione di estraneità si è già detto che per le

²⁸⁴ "e. investimento privato: l'uso nel territorio angolano di capitale, tecnologia e *know-how*, beni capitali e altri beni, in progetti economici specifici, o l'uso di fondi per la fondazione di nuove società, gruppi di società o altra forma di rappresentanza sociale di società private, nazionali o straniere, così come l'acquisizione di tutta o parte di società esistenti secondo la legge angolana, con il fine di implementare o continuare un'attività economica in accordo con il fine sociale rilevante;[...]g. investimento nazionale: l'implementazione del progetto usando *asset* detenuti da residenti ai fini di conversione in valuta estera, i quali *asset* possono consistere in, oltre a fondi in denaro, tecnologia, *know-how* o beni capitali, o originarsi da un finanziamento che sia ottenuto all'estero o meno; h. investimento straniero: l'implementazione del progetto usando *asset* detenuti da non residenti ai fini di conversione in valuta estera, i quali *asset* possono consistere in, oltre a fondi in denaro, tecnologia, *know-how* o beni capitali; i. investimento diretto: ogni investimento azionale e straniero che prenda una qualsiasi forma che non rientra nella definizione di investimento indiretto; j. investimento indiretto: tutti gli investimento nazionali o stranieri che separatamente o cumulativamente prendono la forma di prestiti, prestiti per gli azionisti, apporti supplementari di capitale, tecnologia brevettata, procedimenti tecnici, segreti e modelli industriali, *franchising*, marchi registrati e altre forme di accesso ad essi su base esclusiva o attraverso licenze limitate ad aree geografiche o settori industriali o commerciali"

persone fisiche vale il criterio della residenza, mentre per quanto riguarda le società straniere sono anch'esse, come l'investimento diretto, definite in via residuale, in questo caso rispetto alle società angolane, senza riguardo al principio di incorporazione: "c. Angolan company: the duly incorporated single-shareholder or multiple-shareholder company with registered offices in national territory, whose share capital is held, in 51% or more, by Angolan citizens; d. Foreign company: any company which does not fall within the definition set out in subparagraph (c) above"285. Una società angolana, per definirsi tale deve, dunque, essere detenuta al 51% del capitale da cittadini angolani (nel caso delle persone giuridiche è la nazionalità e non la residenza dei soci a rilevare) e deve avere uffici registrati sul territorio (in ossequio ad un principio parallelo di territorialità), se i cittadini angolani non arrivano a possedere almeno tale percentuale, la società sarà considerata straniera senza riguardo all'effettiva influenza dei soci stranieri che potrebbe essere trascurabile in caso di proprietà frazionata opposta ad un solido blocco di minoranza di cittadini angolani che potrebbe riuscire, potenzialmente a mantenere la gestione della società nell'inerzia della maggioranza dei soci stranieri. Questa definizione di estraneità della società è particolare perché non tiene in nessun conto il "velo sociale".

5 Unità dell'operazione di investimento

Come si è visto, l'asset è il fulcro della definizione di investimento nei trattati di protezione degli investimenti ed anche nelle leggi nazionali, intendendosi, con questa parola inglese, una serie di posizioni giuridiche attive attribuibili ad uno o più soggetti: gli investitori. Nella realtà pratica, però, possono essere diverse posizioni giuridiche, di uno o più investitori, a gravitare intorno ad una operazione economica complessa di investimento. In altre parole, in caso di definizione asset-based, esiste la concreta possibilità che l'operazione economica consista in molte posizioni giuridiche; il tribunale che si trova a decidere sull'esistenza o meno dell'investimento dovrà prendere come punto di riferimento il singolo asset oppure considerarlo parte di un'unica operazione economica a cui si estende la caratterizzazione di "investimento"? Il problema è stato affrontato dalla giurisprudenza in modo uniforme e vi sono due casi particolarmente significativi che sono stati trattati da istituzioni diverse e a grande distanza di tempo l'uno dall'altro.

²⁸⁵ "c. società angolana: la società unipersonale o pluripersonale debitamente incorporata, con uffici registrati sul territorio nazionale, il cui capitale azionario sia detenuto, per il 51% o più, da cittadini angolani; d. società straniera: ogni società che non rientra nella definizione posta nel sotto-paragrafo *c* sopra"

Il primo caso molto risalente che tratta la problematica tra singolo asset e totalità dell'operazione di investimento è la controversia tra Germania e Polonia, nota come "caso della fabbrica a Chorzów, trattata dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale²⁸⁷. Lo stabilimento Chorzów era un impianto di nitrati situato nell'Alta Slesia, area che, a fine Prima Guerra Mondiale, è passata dalla Germania alla Polonia, secondo il Trattato di Versailles²⁸⁸ che, all'articolo 256, stabiliva il passaggio alla Polonia di proprietà e possedimenti dello Stato tedesco. Nel dicembre del 1920 la proprietà venne trasferita dietro compenso dallo Stato tedesco alla neo-costituita società Oberschlesische Stickstoffwerke, mentre nel luglio del 1922 la Corte polacca di Huta Krolewska annullò la registrazione del trasferimento alla Oberschlesische in ottemperanza all'articolo 256 del Trattato di Versailles poiché tale società era posseduta totalmente dallo Stato e rientrava nella fattispecie di "proprietà dell'Impero tedesco". Lo stabilimento era stato costruito ed era gestito dalla società privata Bayerische Stickstoffwerke dal marzo del 1915, la quale riceveva un compenso per la sua gestione, che veniva condotta in base agli stessi criteri delle fabbriche di proprietà della medesima Bayerische Stickstoffwerke. Dopo il ricorso alle vie interne, il caso venne portato dalla Germania davanti alla Corte Permanente di Giustizia Internazionale per ottenere un risarcimento del danno a favore delle due società per violazione dell'articolo 6 dell'Accordo di Ginevra²⁸⁹ che tutelava le proprietà dei cittadini tedeschi dell'Alta Slesia.

La Corte ha evidenziato come l'espropriazione mirata al solo diritto di proprietà (dello Stato tedesco) della terra e degli immobili, che costituivano solo una parte dell'impresa, si rifletteva, però, anche su interessi privati i quali, insieme alla proprietà fisica dello stabilimento, costituiscono un'unica e complessa impresa: "The question is whether, by taking possession of the Chorzów factory [...] Poland has unlawfully expropriated the contractual rights of that Company [...] it is clear that the rights of the Bayerische to the exploitation of the factory and to the remuneration fixed by the contract for the management of the exploitation and for the use of its patents, licences, experiments, etc., have been directly prejudiced by the taking over of the factory by Poland'' Può

²⁸⁶ Caso riguardante alcuni interessi tedeschi nell'Alta Slesia polacca, sentenza n. 6 del 25 agosto 1925 (testo completo: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.08.25_silesia.htm) e n. 7 del 25 maggio 1926 (testo completo: http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-

justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf)

²⁸⁷ Fondata nel 1922 nell'ambito della Società delle Nazioni, fu sostituita nel 1946 dalla Corte di Giustizia Internazionale

²⁸⁸ Uno dei trattati di pace che misero fine alla Prima Guerra Mondiale firmato dalla Germania e dai vincitori nel 1919; testo completo: https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000002-0043.pdf

²⁸⁹ Accordo tra Germania e Polonia sulla Slesia Orientale del 1922, il suo obiettivo era regolare lo status dell'Alta Slesia dopo il passaggio alla Polonia a seguito di un referendum nel 1921

²⁹⁰ Pagina 44 della decisione n. 7 del 1926; "La domanda è se, prendendo possesso dello stabilimento Chorzów [...], la Polonia ha illegalmente espropriato i diritti contrattuali di quella società [...] è chiaro che i diritti di Bayerische allo sfruttamento dello stabilimento e alla remunerazione fissata dal contratto per la gestione e lo sfruttamento e per l'uso 87

osservarsi che, nel caso dello stabilimento di Chorzów, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale ha riconosciuto che la lesione dell'asset, consistente nella proprietà immobiliare e dei terreni, era sufficiente a considerare danneggiata l'intera operazione complessa di investimento. In altre parole la lesione ad un singolo asset di una operazione complessa di investimento si estende all'intera operazione ed il risarcimento deve essere calcolato secondo i valori dell'intera operazione di investimento perché tutta l'operazione di investimento è stata vanificata. Questo giudizio, come è ovvio, si è svolto in un'epoca antecedente alla nascita del diritto internazionale moderno sulla protezione degli investimenti, tuttavia il modo in cui le diverse posizioni giuridiche, che si rivolgono intorno alla stessa operazione economica, è rappresentativo di un approccio che non è stato più abbandonato.

Anche nella più recente giurisprudenza ICSID, anche se la controversia deve sorgere direttamente da un investimento, come stabilisce l'articolo 25 della Convenzione di Washington, non è necessario che ogni singolo *asset*, il cui danno viene allegato dall'investitore-ricorrente, sia qualificabile in sé come investimento: per stabilire che un investimento è stato danneggiato è sufficiente che l'*asset* danneggiato sia parte di una singola operazione complessa di investimento.

Proprio di un tribunale ICSID è la decisione di un caso più moderno: *Joy Mining Machinery Limited contro Repubblica Araba dell'Egitto*²⁹¹ (ICSID Caso N. ARB/03/11). Questo caso ICSID verte su un contratto tra la società inglese Joy Mining e l'impresa di Stato egiziana IMC per la fornitura di macchinari destinati ad attività minerarie per l'estrazione di fosfato. La società inglese aveva fornito i macchinari che dovevano essere testati dalla parte egiziana e, come da contratto, aveva fornito una garanzia bancaria presso la Banca di Alessandria. IMC non era rimasta soddisfatta delle prestazioni dei macchinari e si era rifiutata di rilasciare la garanzia a Joy Mining che ha fatto, così, ricorso all'ICISD. Le garanzie bancarie potevano essere, infatti, incluse, secondo il Ricorrente, nella definizione di "investimento" del BIT Regno Unito-Egitto²⁹² del 1975, all'articolo 1, (a), (i) ("ipoteche, pegni e garanzie"). Il Ricorrente si è richiamato al caso Salini in cui un contratto di costruzione, per il quale erano state prestate garanzie bancarie, era stato considerato un'operazione unica di investimento, come anche il caso Fedax²⁹³ (che verrà affrontato più avanti) in cui strumenti finanziari erano stati considerati investimenti. Il tribunale ha precisato: "Several of these cases are also invoked in support of the proposition that, even if one or more

di brevetti, licenze, esperimenti ecc. sono stati direttamente pregiudicati dall'impossessamento dello stabilimento da parte della Polonia"

²⁹¹ ICSID Caso N. ARB/03/11; testo completo della decisione:

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C229/DC647_En.pdf

²⁹² ICSID Caso N. ARB/97/4

²⁹³ ICSID Caso N. ARB/96/3

activities might not be considered to be an investment, it is the overall operation that has to be taken into account, assessing the various factors globally"²⁹⁴. Il tribunale ha proseguito enumerando i principi del test di Salini e, a proposito della loro applicazione al caso concreto, ha specificato: "The requirement mentioned above, that a given element of a complex operation should not be examined in isolation because what matters is to assess the operation globally or as a whole, is a perfectly reasonable one in the view of the Tribunal. Accordingly, it has undertaken an examination of the Contract as a whole in order to determine whether it could qualify as an investment under Article 25 of the Convention, although as explained the Tribunal is only called to determine the status and implications of the bank guarantees"²⁹⁵. In questo caso, quindi, il tribunale ICSID, pur essendo stato interpellato solo sulla questione del rilascio delle garanzie bancarie e, di conseguenza, sulla possibilità di considerarle "investimento", ha scelto di esaminare il quadro completo dell'operazione in modo unitario²⁹⁶. Questo tipo di approccio è indubbiamente vantaggioso per l'investitore che vede aumentate le possibilità che il tribunale riconosca l'esistenza di un'operazione di "investimento" grazie all'ampliamento dello spettro dell'esame sulla giurisdizione ratione materiae, ma porta con sé il rischio di incertezza sull'ampiezza totale da attribuire all'operazione unitaria: per un ampliamento della tutela si rinuncia ad un po' di certezza giuridica. Ogni operazione di investimento è composta da una serie operazioni ed asset che hanno una diversa importanza ed un diverso grado di sostituibilità: resta il problema di stabilire quanto deve essere centrale ed insostituibile un asset od un rapporto affinchè una diatriba che lo riguardi venga considerata estesa a tutta l'operazione²⁹⁷. Certamente si può osservare che la nozione di unità dell'operazione economica gioca in favore di un'espansione della nozione di "investimento" dato che aumenta le probabilità che "allargando la prospettiva" sull'operazione si scorga, nel suo insieme, il carattere di "investimento".

_

²⁹⁴ Paragrafo 40 della decisione; "Molti di questi casi sono stati anche invocati [dal Ricorrente] a supporto dell'idea che, anche se una o più attività potrebbero non essere considerate investimento, è l'operazione complessiva che deve essere tenuta in conto, accertando i vari fattori globalmente"

²⁹⁵ Paragrafo 54 della decisione; "La condizione, sopra menzionata, che un dato elemento di una complessa operazione non debba essere esaminato isolatamente perché ciò che importa è qualificare l'operazione globalmente o come unica, è una condizione perfettamente ragionevole nell'opinione del tribunale. Di conseguenza, ha intrapreso un esame unitario del Contratto per determinare se si può qualificare come investimento secondo l'articolo 25 della Convenzione, nonostante, come spiegato, il tribunale sia stato chiamato solo a determinare lo status e i risvolti della garanzia bancaria"

²⁹⁶ Il tribunale ha poi respinto il ricorso di Joy Mining per mancanza di giurisdizione perché l'operazione di fornitura dei macchinari, nel suo complesso non era caratterizzabile a sufficienza, secondo i criteri di Salini, come "investimento" ²⁹⁷ Cfr. Jan Hasmus Bischoff, Richard Happ, "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 519

CAPITOLO IV: la nozione di investimento alla luce della Convenzione di Washington e della giurisprudenza dei tribunali ICISD

- 1 Convenzione di Washington: la redazione
- 2 Approccio soggettivo e oggettivo: il caso Salini
- 2.1 L'approccio oggettivo e il caso Salini
- 3 I criteri del test di Salini
- 3.1 Il conferimento
- 3.2 La durata
- 3.3 Il rischio
- 3.4 Lo sviluppo dello Stato ospite
- 3.5 Critiche alla decisione del caso Salini
- 3.6 Un ulteriore requisito: la buona fede
- 4 Approccio soggettivo
- 5 Le spese pre-investimento
- 6 Decisioni giudiziarie ed arbitrali
- 7 I diritti di proprietà intellettuale nei trattati di protezione degli investimenti
- 8 Debiti e crediti in denaro e acquisto di titoli di stato esteri

CAPITOLO IV: la nozione di investimento alla luce della Convenzione di Washington e della giurisprudenza dei tribunali ICISD

1 Convenzione di Washington: la redazione

Un sistema multilaterale importantissimo, che non prevede direttamente tutele sostanziali ma solamente procedurali per gli investimenti stranieri e svolge un ruolo fondamentale nella loro promozione è il sistema dell'ICSID (International Centre for the Settlement of Investment Disputes), istituto del gruppo della Banca Mondiale. Creato su impulso della Banca Mondiale, la partecipazione ad esso è aperta solo agli Stati Membri della Banca stessa e il suo scopo è di mettere a disposizione di essi e dei loro investitori meccanismi di risoluzione delle controversie alternativi ai metodi di risoluzione classici come la protezione diplomatica ed il ricorso ai tribunali interni; è proprio in questa possibilità che si sostanzia l'attività di stimolo degli investimenti da parte di privati, persone fisiche e giuridiche straniere, che possono contare su un sistema di risoluzione delle controversie imparziale e, soprattutto, che garantisca loro locus standi nelle controversie contro lo Stato ospite dell'investimento in sede di arbitrato internazionale. Gli unici organi permanenti dell'ICSID sono il Consiglio di Amministrazione ed il Segretariato mentre le commissioni di conciliazione ed i tribunali arbitrali vengono nominati al sorgere di una specifica controversia²⁹⁸. Oggi l'ICSID, dopo la fine del comunismo e della Guerra Fredda, è diventato il più importante centro internazionale arbitrale per la risoluzione di controversie relative ad investimenti tra Stati ed investitori stranieri e la sua giurisprudenza, pur con le diverse correnti interne che verranno approfondite in seguito, è un punto di riferimento nell'evoluzione della nozione di investimento straniero. La Convenzione ICSID è stata firmata a Washington il 18 marzo del 1965, mentre al 18 settembre 1962 risale una risoluzione²⁹⁹ del Consiglio dei Governatori della Banca Mondiale che invitava i Direttori Esecutivi a considerare l'opportunità di istituire meccanismi per la risoluzione di controversie e di sottoporre una bozza di accordo su tale materia ai governi. L'attuale Convenzione ICSID è il risultato di diverse versioni precedenti che sono state scartate o modificate. Dall'esame di tali modifiche è possibile risalire ai tentativi di definire l'"investimento" ed i requisiti per considerare "straniero" l'investimento stesso: tentativi che hanno poi lasciato spazio all'attuale silenzio, almeno per quanto riguarda la nozione di "investimento", dell'articolo 25.

Il primo passo importante verso l'attuale Convenzione istitutiva dell'ICSID è il "Working Paper in the form of a Draft Convention"³⁰⁰ per la risoluzione delle controversie tra Stati e cittadini di altri Stati, risalente al 5 giugno 1962³⁰¹, che consisteva in sette articoli commentati con un articolo

²⁹⁸ Convenzione ICSID, testo completo: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-final.pdf

²⁹⁹ Risoluzione n. 174 del Consiglio dei Governatori del 18 settembre 1962; testo completo in "History of ICSID Convention Volume II-1", p. 51; disponibile a:

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

³⁰⁰ Id n 19

³⁰¹ Cfr. Antonio R. Parra in "The History of ICSID", prima ed., 2012, pp. 30-37

introduttivo che identificava il fine della Convenzione nel "to promote the resolution of disputes arising between Contracting States and nationals of other Contracting States by encouraging and facilitating recourse to international conciliation and arbitration"302. La finalità della Convenzione, come rileva uno studioso³⁰³, era quella di consentire ad un soggetto privato di ricorrere direttamente contro uno Stato, sostituendo, così la necessità della protezione diplomatica. La giurisdizione è trattata nell'articolo IV che, nella prima sezione, recita: "The jurisdiction of the Center shall be limited to disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States and shall be based on consent" 304; la seconda sezione stabilisce che il consenso deve essere dato preventivamente per iscritto o, secondo la regola del forum prorogatum, tramite accettazione di una parte dopo il ricorso dell'altra. Si osservi che non vengono menzionate controversie relative ad investimenti ("investment disputes"), ma solo, genericamente, controversie ("disputes"), restando il consenso delle parti unico metro di misurazione della giurisdizione con unico limite oggettivo esplicito il valore della controversia (motivata anche dai costi delle procedure di risoluzione delle controversie) che avrebbe dovuto ammontare ad almeno 100.000 dollari statunitensi³⁰⁵, secondo il commento della sezione 3. Si trattava, tuttavia, di un limite dispositivo che poteva superarsi con l'eventuale consenso delle parti³⁰⁶. Certa dottrina³⁰⁷ ha sostenuto che tale minimo fosse inutile in quanto, vista l'entità dei costi dell'arbitrato ICSID, solo in caso di operazioni economiche molto consistenti si sarebbe ricorso a questa forma di tutela. e L'articolo II, sezione 1, tratta del consenso: "The provisions of this Article shall apply to any undertaking in writing to have recourse to conciliation or arbitration pursuant to the provisions of this Convention for the resolution of any existing or future dispute between a Contracting State and a national of another Contracting State"308. Come si vede, anche in questo caso manca totalmente qualsiasi riferimento all'investimento come materia di controversia e un commento a questo articolo aiuta a capirne il motivo: nel commentario dell'articolo viene fatto notare l'assenza di limitazioni alla natura della controversia, anche se viene esplicitato che la Convenzione ed il Centro sono pensati per risolvere,

_

³⁰² "Promuovere la risoluzione di controversie scaturenti tra uno Stato Contraente e i cittadini di altri Stati Contraenti incoraggiando e favorendo il ricorso all'arbitrato e alla conciliazione internazionale".

³⁰³ Cfr. Antonio R. Parra in "The History of ICSID", prima ed., 2012, p. 35

³⁰⁴ "La giurisdizione del Centro deve essere limitata alle controversie tra Stati Contraenti e cittadini di altri Stati Contraenti e deve essere basata sul consenso"

³⁰⁵ Più di 810.000 dollari del 2017

³⁰⁶ Tra l'altro, la libertà del consenso non si limitava solamente alla definizione del campo della giurisdizione in una controversia, ma ogni disposizione della Convenzione aveva carattere dispositivo essendo superabile da un diverso accordo (articolo II, sezione 6, lett. c).

³⁰⁷ Cfr. Jan Asmus Bischoff e Richard Happ in "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 512

³⁰⁸ "Le disposizioni di questo Articolo devono applicarsi ad ogni accordo scritto sul ricorso alla conciliazione o all'arbitrato secondo le disposizioni di questa Convenzione per la risoluzione di ogni controversia esistente e futura tra uno Stato Contraente e un cittadino di un altro Stato Contraente"

principalmente, controversie su investimenti. Tuttavia non viene rilevata la necessità di specificarlo nel testo dell'articolo, lasciando libertà alle parti di delimitare l'ambito delle controversie da devolvere al Centro; inoltre "it is difficult to define the term "investment dispute" with the precision required to avoid disagreements arising as to the applicability of the Convention to a given undertaking. And uncertainty on this score would tend to undermine the primary objective of Article II, namely to give confidence that undertakings to have recourse to conciliation or arbitration will be carried out" Si preferiva, quindi, lasciare piena libertà alle parti di delimitare i limiti della giurisdizione del Centro per non rischiare che un limite oggettivo alla giurisdizione non chiaro diminuisse l'affidabilità dell'intero sistema: la nozione di "investimento" era, quindi, così sfuggente che neppure veniva nominata nel "Working Paper" della Convenzione nel 1962. Il sistema che prefigurava si inquadrava, insomma, come rilevato anche dalla dottrina 10, in una "cornice estremamente flessibile e aperta", vista la mancanza di definizione di "investimento" e la libertà lasciata alle parti in controversia. Per quanto riguarda la nozione di estraneità, il "Working Paper" del 1962 stabiliva che le definizioni di "parte" e "cittadino" si sarebbero trovate all'articolo X senza, però, fornirne alcuna.

Al 15 ottobre 1963 risale la "Preliminary Draft" che conteneva 11 articoli divisi in 65 sezioni con commenti esplicativi e portava il titolo che sarebbe rimasto definitivo di "Convenzione sulla risoluzione delle controversie di investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati" in questa fase dei lavori le disposizioni sono state riordinate in modo più logico come viene rilevato in uno studio 313. In questa bozza veniva fornito un limite esterno oggettivo alla giurisdizione, sempre, comunque, basata sul consenso, e veniva superato il generalizzato carattere dispositivo delle disposizioni della Convenzione; quest'ultimo è il cambiamento più significativo secondo certa dottrina 314 per ciò che riguarda il consenso alla giurisdizione. La giurisdizione era limitata alle "controversie di carattere giuridico su investimenti", esistenti e future, intercorrenti tra Stati, nel caso di surroga nei diritti del proprio cittadino, o tra uno Stato e il cittadino di un altro Stato.

⁻

³⁰⁹ "è difficile definire l'espressione "controversie di investimento" con la precisione necessaria ad evitare disaccordi scaturenti dalla questione dell'applicazione della Convenzione al consenso considerato. L'incertezza in questo campo tenderebbe a minare l'obiettivo primario dell'Articolo II, cioè di fare affidamento sul fatto che gli accordi sul ricorso alla conciliazione o all'arbitrato saranno portati a compimento"

³¹⁰ Cfr. Antonio R. Parra in "The History of ICSID", prima ed., 2012, p. 34

³¹¹ Bozza Preliminare di una Convenzione sulla risoluzione delle controversie su investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati; testo completo in "History of ICSID Convention Volume II-1", p. 184; disponibile a:

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

³¹² Cfr. Antonio R. Parra in "The History of ICSID", prima ed., 2012, p. 46

³¹³ *Id.* p. 44

³¹⁴ *Id.* p. 59

Nella "Preliminary Draft" del 1963, sempre all'articolo X sono definite le espressioni "cittadino di uno Stato Contraente" e "cittadino di un altro Stato Contraente". La nazionalità di uno Stato Contraente deve sussistere al momento del consenso, di cui all'articolo II, sezione 2, e riguarda: la persona fisica, cittadina dello Stato in questione secondo le regole interne di quest'ultimo, e la persona giuridica, cittadina secondo la legge nazionale, o una qualsiasi società di cui i cittadini di detto Stato esercitino il controllo. Da segnalare che nel termine "società" ("company") sono incluse la associazioni di persone, fisiche o giuridiche, anche se non beneficiano del riconoscimento della personalità giuridica secondo la legge interna; inoltre la seconda sezione dell'articolo stabilisce che viene considerato "cittadino di un altro Stato Contraente" il cittadino di uno Stato diverso da quello parte della controversia anche se in possesso di doppia cittadinanza di Stato terzo alla Convenzione o, addirittura, dello Stato parte in controversia.

Anche nella "Preliminary Draft" del 1963 si può osservare che la giurisdizione viene delimitata ad una categoria di controversie, ma non viene definita poiché, come esplicitato dal commento, una definizione avrebbe aumentato divisioni e incertezze sull'applicabilità della Convenzione ad ogni specifico accordo di protezione. L'unica definizione delle controversie in oggetto è fornita in via negativa con l'esclusione delle controversie politiche, economiche o puramente commerciali: nel rispetto di questo limite esterno, le parti sono libere di definire la "propria" nozione di investimento o, comunque, di scegliere le operazioni, appartenenti a tale non meglio definito ambito ("investment disputes"), da includere nella clausola o accordo di devoluzione. Il limite minimo di valore della controversia è stato eliminato sia perché una controversia può essere di valore relativamente esiguo, ma implicare importanti questioni di principio, sia perché il valore può risultare difficilmente accertabile, come quando uno Stato pone limiti all'ingresso di personale straniero in violazione di un accordo su investimenti, oppure non accertabile affatto, come quando un investitore non ottempera all'obbligo di istruire il personale locale.

L'importante passo successivo nel cammino verso la versione definitiva della Convenzione di Washington è la "First Draft" dell'11 settembre 1964³¹⁶ la quale fissa la giurisdizione del Centro all'articolo 26, sezione 1: "The jurisdiction of the Center shall extend to all legal disputes between a Contracting State (or one of its political subdivisions or agencies) and a national of another Contracting State, arising out of or in connection with any investment, which the parties to such

³¹⁵ Bozza di Convenzione sulla risoluzione delle controversie su investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati; testo completo in "History of ICSID Convention Volume II-1", p. 610; disponibile a:

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

³¹⁶ Cfr. Antonio R. Parra in "The History of ICSID", prima ed., 2012, pp. 70-71

disputes have consented to submit to it"³¹⁷. La novità, destinata a perdersi nella redazione definitiva, si trova nell'articolo 30, sezione 1, dedicata alla definizione dell'investimento: ""Investment" means any contribution of money or other asset of economic value for an indefinite period or, if the period be defined, for not less than five years"³¹⁸. Il termine "conferimento" ("contribution") richiama il lessico del diritto societario, forse perché le operazioni di investimento sono operate primariamente attraverso la costituzione di società in loco, mentre la definizione in sé non sembra interessare in alcun modo la forma che il conferimento può prendere nel Paese ospite: non vi è alcuna lista di asset e questa definizione sembra corrispondere al modello transaction-based.

Nella sezione III, lettera (a) del medesimo articolo 30 della Bozza è presente anche una diversa definizione di "cittadino di un altro Stato Contraente", in sostanza i criteri per identificare la nazionalità dell'investitore: "Any natural person who possessed the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to jurisdiction of the Center in respect of that dispute as well as on the date on which proceedings were instituted pursuant to this Convention"³¹⁹. Nella definizione della nazionalità dell'investitore persona fisica si può osservare l'aggiunta del requisito della nazionalità al momento dell'istituzione del procedimento, regola che permane nell'odierno articolo 25, sezione 2, lettera (a); inoltre la definizione non si estende più, espressamente, a ricomprendere le persone fisiche in possesso di doppia nazionalità di cui una del Paese parte alla controversia. Nella "Preliminary Draft" precedente (del 1963) il requisito della nazionalità doveva sussistere ed essere puntualmente verificato al momento del consenso, ora, nella "First Draft" del 1964, deve sussistere a partire dal consenso fino all'inizio della procedura. Per quanto riguarda le persone giuridiche, viene definita "cittadina di un altro Stato Contraente" all'articolo 30, sezione III, lettera (b) "any juridical person which possessed the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to the jurisdiction of the Center in respect of that dispute, and any juridical person which the parties have agreed shall be treated as a "national of another" Contracting State""320. È stata abbandonata la norma della "Preliminary Draft" che poneva il

³¹⁷ "La giurisdizione del Centro deve estendersi a tutte le controversie legali tra uno Stato Contraente (o una sua suddivisione interna o agenzia) e un cittadino di un altro Stato Contraente, scaturenti da un investimento o ad esso connesse, che le parti di tale controversia abbiano acconsentito a sottoporgli"

³¹⁸ "Investimento significa ogni conferimento di denaro o altro *asset* di valore economico per un periodo indefinito o, se il periodo è definito, per non meno di cinque anni"

³¹⁹ "Ogni cittadino persona fisica che possedeva la nazionalità di uno Stato Contraente, diverso dallo Stato parte nella controversia, alla data nella quale le parti hanno acconsentito alla giurisdizione del Centro rispetto a quella controversia così come alla data nella quale è stato istituito il procedimento secondo le regole della Convenzione"

³²⁰ "Ogni persona giuridica che possedeva la nazionalità di uno Stato Contraente, diverso dallo Stato parte nella controversia, alla data nella quale le parti hanno acconsentito alla giurisdizione del Centro rispetto a quella controversia ed ogni persona giuridica che le parti abbiano concordato che debba essere trattata come un "cittadino di un altro Stato Contraente"

controllo da parte di cittadini di uno Stato Parte diverso da quello in controversia come criterio di nazionalità, per essere sostituita dalla possibilità di considerare, convenzionalmente, la persona giuridica come "cittadina di un altro Stato Contraente" in base al puro e semplice accordo delle parti senza requisiti oggettivi particolari. Nel testo oggi in vigore della Convenzione sono richiesti sia il controllo straniero che il consenso specifico a riconoscere tale condizione³²¹, come si è già visto nel paragrafo dedicato al concetto di estraneità dell'investitore.

Di interesse è anche l'articolo 29 della "First Draft" del 1964 che stabilisce che uno Stato Contraente può, in ogni momento, trasmettere al Segretario Generale quali sono le categorie di controversie alle quali deve ritenersi limitato il suo consenso.

Sulla definizione di investimento si aprì un dibattito³²² tra gli esperti dei Paesi in via di sviluppo, che premevano per una definizione più precisa nella preoccupazione della tutela della sovranità specie in ambito economico e fiscale, ed altri esperti che preferivano un approccio più aperto. Gli esperti del primo gruppo ritenevano che la giurisdizione del Centro dovesse essere limitata alle controversie che fossero sorte da un contratto di investimento stipulato con lo Stato ospite o da obbligazioni di garanzia da parte del medesimo Stato rispetto ad un investimento in particolare. Secondo un esperto³²³ non sarebbe bastata la limitazione del consenso da parte dello Stato a certe controversie, delimitando in tal modo la nozione di investimento, perché ciò avrebbe innescato una concorrenza al ribasso tra gli Stati in via di sviluppo che necessitavano di accogliere investimenti stranieri per il proprio sviluppo economico. Una soluzione mediana è stata proposta da un esperto³²⁴ che ha avanzato l'ipotesi di eliminare, dall'articolo sulla giurisdizione, l'espressione "in connessione con" ("in connection with", nel testo in lingua francese "indirectement") e di lasciare la sola espressione "scaturente da" ("arising out") a cui nel testo definitivo si aggiungerà "direttamente" ("directly"). Altri esperti rilevavano i difetti della definizione di investimento della "First Draft" che avrebbe lasciato scoperti gli investimenti di durata definita inferiore ai cinque anni, ma di ingente valore e, dunque, di interesse per qualsiasi economia.

Alcuni altri esperti³²⁵ osteggiavano la presenza di una qualsiasi definizione, anche se evidentemente generica come quella della "First Draft", in favore di una piena libertà degli Stati di definire la nozione di investimento, in modo sostanzialmente indiretto, al momento della prestazione del

³²¹ Art. 25 (2) (b)

³²² Cfr. Antonio R. Parra in "The History of ICSID", prima ed., 2012, pp. 79-83

³²³ Mr. Bigay, dalla Repubblica Centraficana, cfr. "History of ICSID Convention Volume II-2", pp. 823, 824

³²⁴ *Id.,* p. 707

³²⁵ Mr. Burrows, dal Regno Unito, e Mr. Quill, dalla Nuova Zelanda, cfr. "History of ICSID Convention Volume II", pp. 702,703

consenso alla giurisdizione includendovi solo le tipologie di operazioni "gradite", senza le limitazioni e gli inevitabili equivoci derivanti da una definizione convenzionale espressa. Nell'ambito del Gruppo di Lavoro IV l'olandese van Santen, per venire incontro alle preoccupazioni dei Paesi importatori di capitale, ha proposto di offrire la possibilità agli Stati Parti non solo di segnalare per quali tipi di operazioni dovesse ritenersi limitato il consenso alla devoluzione, ma, per maggiore tutela della propria sovranità, anche i tipi di operazioni escluse da esso³²⁶. Dopo svariate discussioni nei gruppi di lavoro per raggiungere un consenso sull'opportunità della presenza (e sul contenuto) di una descrizione puntuale delle controversie coperte dalla giurisdizione del Centro, vinse ai voti l'approccio aperto, senza precisa definizione della natura delle controversie.

Nella "Revised Draft" dell'11 dicembre 1964, redatta dal Comitato Legale sulla Risoluzione delle Controversie sugli Investimenti, è presente, all'articolo 25, un dispositivo praticamente identico a quello dell'articolo 25 definitivo non contenendo alcuna definizione di investimento; l'unica differenza, però, è che l'articolo 25 definitivo ricomprende anche la definizione della nazionalità situata, invece, all'articolo 28 della Bozza Rivisitata. Allo stesso 11 dicembre 1964 risale anche il Rapporto del Presidente del Comitato Legale sulla Risoluzione delle Controversie sugli Investimenti nel quale viene illustrata la "Revised Draft". In particolare viene spiegato che l'articolo 25 riassume in sé le disposizioni degli articoli 26 e 29 della "First Draft" (dell'11 settembre precedente) e, come anzidetto, vengono riportate le differenze di vedute tra fautori di una definizione chiara dello scopo della Convenzione (l'identificazione delle controversie comprese nella giurisdizione del Centro) ed i fautori di un approccio aperto che avrebbe rimesso la definizione dell'oggetto della giurisdizione al consenso espresso dalle parti. A prevalere sono stati, come detto, i fautori di un approccio aperto e, dunque, la definizione di investimento e delle controversie da investimento sono rimasti concetti non identificati e, in sostanza, lasciati all'apprezzamento della giurisprudenza. Nel Rapporto del Presidente è riportata parte della bozza, alternativa al futuro articolo 25, e che non ha avuto successo in sede di votazione³²⁸: "The jurisdiction of the Centre shall extend to the settlement of any legal dispute between a Contracting State and a National of another Contracting State which directly refers to an investment and has as its object (a) compliance with obligations arising out of a contract between that State and a

³²⁶ Mr. Van Santen, dall'Olanda, cfr. "History of ICSID Convention Volume II", p. 830

³²⁷ Bozza Rivisitata di Convenzione sulla risoluzione delle controversie su investimenti tra Stati e cittadini di altri Stati; testo completo in "History of ICSID Convention Volume II-2", p. 911; disponibile a:

https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-2.pdf

³²⁸ *Id.*, pp. 940-941

National of another State; (b) compliance with guarantee obligation which a State may have given to specific investments; (c) to determine the indemnity to be granted for acts taken by the State in violation of rights lawfully acquired by the National of the other State, provided however, that such acts do not result from (i) the correct application of the laws in force in the territories of the State at the time the investment was made or (ii) the correct application of laws of a general character enacted after that time which do not annul or reduce the benefits expressly recognized to the national investor"³²⁹. Questa disposizione non tocca direttamente la nozione di investimento definendola una volta per tutte, seppur vagamente, come, invece, faceva l'articolo 30 della "First Draft" (dell'11 settembre 1964), ma identifica, sostanzialmente, le fasi e gli aspetti del tipico rapporto di investimento dai quali possono scaturire le controversie che possono essere rimesse alla giurisdizione del Centro. Pur non essendo tale disposizione una precisa definizione della nozione di investimento, essa avrebbe lasciato agli Stati, in particolare quelli importatori di capitale, la possibilità di conoscere, al momento della prestazione del consenso, sotto quale rispetto una controversia da investimento sarebbe stata sottoposta al Centro. La definizione di investimento, eliminata nel testo definitivo della Convenzione era quella dell'articolo 30 della "First Draft". Come rilevato da certa dottrina³³⁰ e come si vedrà oltre, la lacuna della definizione di "investimento" viene costantemente colmata dalla giurisprudenza dei tribunali ICSID e dalle definizioni dei trattati in cui è contenuta la clausola compromissoria per l'arbitrato ICSID. In particolare la dottrina³³¹ ha identificato diverse "correnti" ("trend") basate sul raffronto della diversa ampiezza con cui è stata accolta la nozione di "investimento" nei casi sottoposti ai tribunali ICSID. La prima tendenza giurisprudenziale è quella "liberale" i cui esempi più importanti³³² sono i casi ICSID Salini Costruttori S.p.A. contro Regno del Marocco³³³, SGS contro Repubblica delle

[&]quot;La giurisdizione del Centro deve estendersi alla risoluzione di ogni controversia legale, tra uno Stato Contraente e un Cittadino di un altro Stato Contraente, che si riferisca direttamente ad un investimento ed ha come oggetto: (a) il rispetto di obbligazioni scaturenti da un contratto tra quello Stato e il cittadino di un altro Stato; (b) il rispetto di obbligazioni di garanzia che uno Stato può aver concesso per specifici investimenti; (c) la determinazione dell'indennizzo da garantire per atti compiuti dallo Stato in violazione i diritti legalmente acquisiti dal cittadino dell'altro Stato posto che, comunque, tali atti non risultino da: (i) l'applicazione corretta di leggi in vigore in quello Stato al momento in cui veniva compiuto l'investimento oppure (ii) l'applicazione corretta di leggi a portata generale attuate dopo quel momento che non annullano né riducono i benefici riconosciuti all'investitore"

330 Cfr. Paolo Vargiu, "Beyond Hallmarks and Formal Requirements: a "Jurisprudence Constante" on the Notion of Investment in the ICSID Convention", the Journal of World Investment & Trade, N. 753, 2009, pp. 753-754

³³¹ Su tutti cfr. Mauro, "Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID", Rivista di diritto internazionale privato e processuale, Anno XLII N. 1, CEDAM, 2006, pp. 75-80

³³² *Id.* pp. 75-76

³³³ *ICSID Caso N. ARB/00/4* testo completo della decisione sulla giurisdizione: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf 98

Filippine³³⁴ e, soprattutto, Tokio Tokéles contro Ucraina³³⁵ nel quale la discrezionalità delle parti nella delimitazione della nozione di "investimento" è stabilita in modo esplicito³³⁶. La discrezionalità delle parti si esprime nei BIT (che contengono, come già detto, definizioni molto ampie) e, a questo proposito, può riportarsi il caso *Československa obchodní banka*, a.s. contro Republica Slovacca³³⁷. La tendenza "liberale" si è interrotta³³⁸ con il caso ICSID Mihaly International Corporation contro Repubblica Democratica Socialista di Sri Lanka³³⁹ (vedere paragrafo 5), in cui si è introdotta una restrizione alla nozione di "investimento", e con l'introduzione del già esaminato "test di Salini", in particolare a partire dal caso Fedax contro Venezuela³⁴⁰ in cui vengon menzionati i quattro caratteri base del test di Salini. Tuttavia, viene ancora osservato³⁴¹ che i parametri di Salini non sempre vengono presi in considerazione e la nozione di "investimento" continua ad espandersi anche ad opera della giurisprudenza che deve tenere il passo dell'espansione delle operazioni economiche nell'economia internazionale e la loro sempre più ampia varietà. L'espansione giurisprudenziale della nozione di "investimento" è funzionale alla maggiore tutela possibile degli "investitori"; un'espansione eccessiva che superi il significato ordinario del termine "investimento" porterebbe a gravi danni alla ricerca del significato giuridico e all'ICSID che ne risulterebbe profondamente snaturato. 342

2 Approccio soggettivo e oggettivo: il caso Salini

Si è discusso nel paragrafo precedente del fatto che la Convenzione, all'articolo 25 sulla giurisdizione, non include alcuna definizione del termine "investimento". Tale mancanza di definizione deriva, come si è visto, dalla impossibilità di raggiungere una definizione condivisa per

²²⁴

³³⁴ *ICSID Caso N. ARB/02/6*; testo completo della decisione sulla giurisdizione: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6/DC657 En.pdf

³³⁵ ICSID Caso N. ARB/02/18; testo completo della decisione sulla giurisdizione:

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C220/DC639_En.pdf

³³⁶ *ld.* paragrafo 82

³³⁷ ICSID Caso N. ARB/97/4; testo completo della decisione sulla giurisdizione disponibile a: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C160/DC556 En.pdf

³³⁸ Cfr. Mauro, "Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID", Rivista di diritto internazionale privato e processuale, Anno XLII N. 1, CEDAM, 2006, p. 78
³³⁹ ICSID Caso N. ARB/00/2; testo completo:

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C189/DC606_En.pdf

³⁴⁰ ICSID Caso N. ARB/96/3; testo completo della decisione sulla giurisdizione:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf

³⁴¹ cfr. Mauro, "Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID", Rivista di diritto internazionale privato e processuale, Anno XLII N. 1, CEDAM, 2006, p. 80 ³⁴² *Ibid*.

una nozione tanto sfuggente; nonostante ciò, il Rapporto³⁴³ dei Direttori Esecutivi della Banca Mondiale ha cercato di coprire e giustificare questa lacuna affermando che: "No attempt was made to define the term "investment" given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre", 344. Il desiderio degli Stati di giungere ad una definizione condivisa di "investimento" viene riscontrata nei lavori preparatori anche da certa dottrina che attribuisce la mancanza di definizione nella Convenzione all'impossibilità di trovare un accordo³⁴⁵. Questa stessa dottrina rileva il fatto che la seconda parte del Rapporto sopracitato viene spesso omessa: "The jurisdiction of the Centre is further limited by reference to the nature of the dispute and the parties thereto "346. Tale frase dà luogo, secondo lo stesso autore dello studio³⁴⁷, ad una contraddizione difficilmente conciliabile con la prima parte, quella che viene più spesso citata e che sembra, invece, sancire la libertà delle parti nello scegliere la definizione più conveniente: un'espressione diplomatica per esprimere la reale impossibilità di raggiungere un effettivo consenso. Uno studioso³⁴⁸ considera diverse cause per spiegare l'assenza di una definizione di "investimento" nella Convenzione. Il primo fattore da considerare è che nell'istituzione di un meccanismo arbitrale la definizione della giurisdizione non è strettamente necessaria³⁴⁹. Il secondo è stato, appunto, l'impossibilità di raggiungere un accordo tra gli Stati partecipanti. Il terzo sarebbe consistito nella volontà di non definire l'investimento per mantenere una flessibilità in vista di future nuove forme di investimento.

I tribunali ICSID si trovano ad affrontare il problema della definizione di investimento caso per caso in assenza di una definizione nella Convenzione. Per colmare questa lacuna la giurisprudenza ICSID si divide in due filoni³⁵⁰ nell'affrontare la questione della propria giurisdizione.

-

³⁴³ "History of the ICSID Convention", Volume II-1, pp. 1069 e ss.

³⁴⁴ *Id.* p. 1078 "Nessun tentativo è stato fatto per definire il termine "investimento" dato l'essenziale requisito del consenso delle parti delle controversie e il meccanismo tramite il quale gli Stati Contraenti possono rendere noto in anticipo, se lo desiderano, le classi di controversie che intendono o meno sottoporre al Centro"

³⁴⁵ Cfr. Sebastien Manciaux, "The Notion of Investment: New Controversies", the Journal of World Investment & Trade, N. 6, 2008, pp. 445 e ss.

³⁴⁶ "La giurisdizione del Centro è ulteriormente limitata dal riferimento alla natura della controversia e delle sue parti"
³⁴⁷ Cfr. Sebastien Manciaux, "The Notion of Investment: New Controversies", the Journal of World Investment &
Trade, N. 6, 2008, p. 446

³⁴⁸ Walid Ben Hamida, "Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control *Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo"*, Journal of International Arbitration 24(3), pp. 287–306, 2007

³⁴⁹ George R. Delaume, "ICSID and the Transnational Financial Community", 1 ICSID Rev. 237, 1986

³⁵⁰ Cfr. Mahnaz Malik, Best practices series Bulletin 1 "Definition of investment in international investment agreements", pp. 5-10; http://www.iisd.org/pdf/2009/best_practices_bulletin_1.pdf 100

Il primo filone giurisprudenziale è definito "soggettivo" (o "consensuale") e poggia le proprie basi logiche, almeno in parte, sul Rapporto sopracitato: l'assenza di una definizione di investimento nella Convenzione non sarebbe causata dalle difficoltà nel raggiungere un accordo in sede di Convenzione, ma sarebbe finalizzata alla piena libertà degli Stati che hanno stipulato un trattato che contiene una clausola ICSID, di scegliere, per mezzo della definizione offerta dal trattato quale nozione di investimento accogliere; spetterà al tribunale ICSID verificare la corrispondenza tra la definizione offerta dal trattato (nella maggior parte dei casi un BIT) e l'operazione economica oggetto della controversia.

Il secondo filone è definito "oggettivo" (o "restrittivo") e si basa sulla ricerca di una nozione di "investimento" che non sia influenzabile dalla volontà delle parti a beneficio della certezza giuridica e della salvaguardia delle funzioni dei tribunali arbitrali senza forzature che potrebbero snaturarne le funzioni con conseguente perdita di credibilità. Tale nozione oggettiva non può che avere basi principalmente giurisprudenziali, anche se i tribunali, nella propria ricostruzione, si appoggiano di frequente alla principale dottrina giuridica. Bisogna rilevare, come è stato sottolineato da certa dottrina dottrina dottrina giuridica oggettivo porta il rischio di lasciare l'investitore senza tutele, qualora il tribunale stabilisca che l'operazione non soddisfa i requisiti oggettivi che, non essendo fissati univocamente, sono, comunque, oggetto di apprezzamento soggettivo dei giudici.

La base dell'approccio oggettivo è il cosiddetto "caso Salini": *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contro Regno del Marocco*³⁵² (*ICSID Caso N. ARB/00/4*). In questa decisione, un tribunale ICSID ha rinvenuto (come si approfondirà più avanti) i caratteri dell'investimento in conferimento, durata, profitto e sviluppo dello Stato ospite. Tali criteri hanno costituito la base della ricerca della nozione di "investimento" nei casi successivi oppure sono stati espressamente messi da parte in ossequio all'approccio soggettivo.

Un autore³⁵³ ha aggiunto anche una ulteriore suddivisione tra diversi criteri. Oltre agli approcci "consensuale" e "restrittivo" ha identificato, in base alla giurisprudenza ICSID, anche quello per "caratteristiche tipiche" ("typical characteristics approach"). Tale terzo approccio consisterebbe, sostanzialmente, in una fusione degli altri due: il consenso delle parti in controversia costituirebbe

³⁵¹ Cfr. Jan Asmus Bischoff e Richard Happ in "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 508

³⁵² ICSID Case No. ARB/00/4; testo completo della decisione sulla giurisdizione:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf

³⁵³ Cfr. Michail Dekastros, "Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention", The Journal of World Investment & Trade N. 14, 2013, pp. 295 e ss. 101

una presunzione relativa di sussistenza dell'investimento che può essere rigettata dal tribunale in base a caratteri oggettivi considerati come semplici "linee guida".

2.1 L'approccio oggettivo e il caso Salini

L'approccio giurisprudenziale oggettivo è basato sul presupposto che l'ICSID è un'organizzazione internazionale ed i suoi tribunali hanno una giurisdizione predefinita e limitata dalla Convenzione di Washington. Ogni controversia deve, dunque, superare un duplice test ("double test" o "two-fold test") ratione materiae: deve vertere su un investimento sia per come le parti hanno scelto di intendere questa nozione, sia per ciò che può essere oggettivamente considerato investimento dall'ICSID stessa. Secondo uno studioso, 354 "ICSID jurisdiction is limited by the nature of the operation at hand" e "if ICSID is chosen, the claimant must show evidence of the existence of an investment not only within the meaning of the investment treaty or legislation providing for the consent of the State but also within the sense of the Washington Convention, la giurisdizione, cioè, non è conferita dalle parti in controversia, ma è preesistente alla controversia stessa e va accettata con le sue caratteristiche ed i suoi limiti che non possono essere, neanche consensualmente, violati dalle parti per accogliere una nozione di investimento che esula dai suoi limiti oggettivi; ancora viene osservato³⁵⁶ che la giurisdizione dei tribunali ICSID non è una "inter partes matter", non è, quindi, nella disponibilità delle parti. Un importante studioso³⁵⁷ argomenta a favore della concezione oggettiva basandosi sulle "Institution Rules". La Regola numero 2 (1) (e), in particolare, richiede che le parti in controversia alleghino alla domanda di conciliazione o arbitrato le informazioni che indichino la sussistenza di una controversia su un investimento. Dunque, è chiaro che le parti possono descrivere l'operazione economica come "investimento", ma non possono spingersi a qualificare come tale un'operazione che sia troppo distante dal significato oggettivo di "investimento". Secondo molti studiosi, ed anche molti tribunali ICSID (come si vedrà oltre) la giurisdizione dell'ICSID deve ancorarsi ad una nozione oggettiva di "investimento"; resta,

⁻

³⁵⁴ Philippe Kahn, "L'extension de la notion d'investissement, in Les Investissements Français dans le Tiers-Monde" (J. Bourrinet ed., 1984).

³⁵⁵ W. Ben Hamida, "L'arbitrage transnational unilateral: Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique", 2003, p 325 (tesi non pubblicata, University Pantheon-Assas Paris II); "se l'ICSID viene scelta, il Ricorrente deve dimostrare l'esistenza di un investimento non solo nell'ambito di significato del trattato o legge di protezione che fornisce il consenso, ma anche nel senso della Convenzione di Washington"

³⁵⁶ K.V.S.K. Nathan, The ICSID Convention 130 (2000).

³⁵⁷ Cfr. Christoph H. Schreuer, "The ICSID Convention a Commentary, seconda ed., 2009, p. 117 102

però, il problema della mancanza di definizione nella Convenzione assenza di definizione espressa all'articolo 25 della Convenzione. Si deve, quindi, ripiegare su criteri oggettivi fissati dalla giurisprudenza dei tribunali e che rispecchiano la nozione economica di investimento e che sono: impegno di capitale, durata, rischio, aspettativa di profitto e significatività per lo sviluppo dello Stato ospite. In particolare, secondo uno studioso³⁵⁸, i primi quattro requisiti sono stati mutuati dalla scienza economica, mentre quello dello sviluppo dello Stato ospite sarebbe frutto di un particolare approccio della dottrina³⁵⁹ che ha assunto, come unica base di ricerca della nozione, il Preambolo della Convenzione in cui viene menzionato lo sviluppo economico. Tale criterio oggettivo, basato sulla fusione dei criteri economici e dello sviluppo dello Stato ospite ha, come esempio eccellente, il caso *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contro Regno del Marocco*³⁶⁰ (ICSID Caso N. ARB/00/4), che ha aperto la strada a questo criterio di definizione e che è stato rinominato, di conseguenza, come "regola (o "criterio") di Salini". Il caso *Salini* non ha rappresentato il primo impiego di approccio oggettivo, ma è il caso, nella cui decisione sulla giurisdizione, un tribunale ICSID si è espresso in modo estremamente chiaro sul senso dell'approccio oggettivo e sul significato dei caratteri dell'investimento³⁶¹.

Nella decisione sulla giurisdizione, il tribunale ICSID afferma³⁶² che la propria giurisdizione dipende dall'esistenza di un investimento sia nel significato del BIT (in questo caso Italia-Marocco³⁶³) che in quello della Convenzione di Washington. Il tribunale ha dovuto affrontare questi due aspetti della nozione di "investimento": prima secondo il BIT e poi secondo la Convenzione di Washington. La nozione secondo il BIT non presenta articolari difficoltà: il BIT tra Italia e Marocco presenta una definizione di investimento *asset-based* e a lista aperta; nel caso di specie, le imprese italiane avanzavano pretese di contenuto economico derivanti da un singolo contratto di

_

³⁵⁸ Gaillard, "International investment law for the 21st century essays in honour of Christoph Schreuer", a cura di Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch e Stephan Wittich, Oxford University Press, prima edizione, 2009, p. 406

³⁵⁹ G. Delaume, "Le Centre International pour le règlement des differénds relatifs aux investissements (CIRDI)", Journal de droit international N. 775, 1982, p. 801

³⁶⁰ ICSID Case No. ARB/00/4; testo completo della decisione sulla giurisdizione: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf

³⁶¹ In questa controversia si scontrano le due società italiane Salini Costruttori S.p.a. ed Italstrade S.p.a., da una parte, ed il Marocco, dall'altra. La Società Nazionale Autostrade del Marocco ("ADM"), creata nel 1989 come società a responsabilità limitata, ha lo scopo di costruire, manutenere e gestire autostrade e lavori stradali, secondo l'Accordo di Concessione concluso con il Ministro delle Infrastrutture che agisce per conto dello Stato. Nell'ambito di tale Accordo, nell'agosto del 1994 l'ADM bandì un appalto internazionale per la costruzione di un'autostrada che collegasse Rabat a Fès. Le due imprese italiane sottoposero un'offerta congiunta per costruire 50 km di autostrada e vinsero l'appalto e il contratto venne firmato il 17 ottobre 1995. La controversia sorse a causa di mancati pagamenti alle imprese italiane dovuti in base al contratto ed in violazione, secondo queste ultime, del BIT tra Italia e Marocco del 1990 in particolare in relazione alle previsioni sul trattamento giusto ed equo e contro le espropriazioni indirette.

³⁶² Paragrafo 44 della decisione sulla giurisdizione

³⁶³ Fra la Repubblica italiana e il Governo del Regno del Marocco sulla promozione e protezione degli investimenti, firmato nel 1990; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1699 103

costruzione. Per quanto riguarda la qualificazione di investimento secondo il BIT, le disposizioni rilevanti si rinvengono all'articolo 1, lettere c, e, g: "c) crediti finanziari, compresi i redditi da investimento reinvestiti, nonché i diritti a prestazioni contrattuali aventi un valore economico; e) ogni diritto di natura economica conferito per legge o per contratto, nonché ogni licenza e concessione rilasciata in conformità a vigenti disposizioni per l'esercizio di attività economica, comprese quelle di prospezione, coltivazione, estrazione e sfruttamento di risorse naturali; g) gli elementi menzionati sopra in (c)[...]ed (e) devono essere l'oggetto di contratti approvati dall'autorità competente". In questo caso i ricorrenti godevano di un beneficio contrattuale di contenuto economico (il diritto al compenso) come da lettera (c) e di un diritto di natura economica (un diritto al risarcimento) come da lettera (e). La parte più importante della decisione sulla giurisdizione è quella relativa alla nozione di investimento secondo l'articolo 25 della Convenzione di Washington su cui la giurisdizione dell'ICSID è basata. Il tribunale cita il Rapporto dei Direttori della Banca Mondiale, (citato in precedenza) e secondo il quale la nozione di investimento è lasciata indeterminata a beneficio della libertà di definizione da parte degli Stati Contraenti, liberi di scegliere quale significato attribuire alla nozione e quali categorie della nozione, da loro stessi definita, sottoporre all'ICSID. Come sottolineato dal Tribunale, in quasi tutti i casi di giurisprudenza, la questione della nozione di investimento ai sensi dell'articolo 25 viene sollevata dalle parti in controversia. Tuttavia, nonostante, una tale mancanza di univocità di significato, di cui il sollevamento di obiezioni alla giurisdizione su base regolare è sintomo, "it would be inaccurate to consider that the requirement that a dispute be "in direct relation to an investment" is diluted by the consent of the Contracting Parties. To the contrary, ICSID case law and legal authors agree that the investment requirement must be respected as an objective condition of the jurisdiction of the Centre"³⁶⁴. Rilevato che l'investimento non è compiutamente definito dall'articolo 25 della Convenzione, che tale mancanza di definizione non è finalizzata alla definizione soggettiva degli Stati Contraenti e che, quindi, la transazione da cui origina la controversia sottoposta all'ICSID deve avere carattere di investimento, restano da trovare i caratteri oggettivi che distinguono l'investimento dalle altre operazioni economiche: caratteri che devono essere positivi, ossia che l'investimento ha e le altre operazioni no, e che sono difficili da indentificare, nell'ambito ICSID, visto che sono poche le sentenze che non affrontano il tema della nozione di "investimento" in modo solo superficiale, ma lo approfondiscono³⁶⁵. Il tribunale del caso Salini sceglie un percorso

³⁶⁴ Paragrafo 52 della decisione sulla giurisdizione; "sarebbe inappropriato considerare il requisito, per il quale la controversia sia "in diretta relazione con un investimento" come diluito dal consenso delle Parti Contraenti. Al contrario, la giurisprudenza ICSID e gli autori giuridici concordano che il requisito dell'investimento deve essere rispettato come condizione obiettiva della giurisdizione del Centro"

³⁶⁵ Cfr. paragrafo 52 della decisione sulla giurisdizione

logico per giungere alla definizione dei caratteri che, inevitabilmente, porta la nozione giuridica di investimento molto vicino a quella economica: sceglie di ricercare i caratteri "derived from cases in which the transaction giving rise to the dispute was considered to be an investment without there ever being a real discussion of the issue"366. In altre parole le caratteristiche dell'investimento vengono ricostruite induttivamente da casi precedenti le cui operazioni su cui verteva la controversia erano state, prima facie, considerate "investimento" senza un particolare approfondimento; queste operazioni, considerate ictu oculi come investimento, sono caratterizzate, secondo il tribunale, da un conferimento, una certa durata della prestazione contrattuale ed una partecipazione ai rischi dell'operazione stessa. È evidente che, se questi sono i caratteri che accomunano le operazioni che non hanno dato luogo a dubbi sulla loro natura di "investimento" è perché essi sono i caratteri dell'investimento nel senso economico del termine. In aggiunta a questi, il tribunale pone anche il requisito del contributo allo sviluppo dello Stato ospite dedotto dal Preambolo della Convenzione di Washington: "Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein" 367. Questi caratteri possono essere considerati globalmente, visto che possono dipendere l'uno dall'altro (ad esempio è la presenza di un conferimento a determinare presenza ed entità del rischio), oppure possono essere esaminati uno alla volta ed è quest'ultima la soluzione scelta dal tribunale in questo caso³⁶⁸.

Riguardo al primo carattere, le imprese italiane ricorrenti hanno fornito "contributi" in industria, in natura e in denaro. Esse hanno usato il proprio *know-how*, hanno trasferito e impiegato *in loco* attrezzature e personale qualificato, hanno contratto prestiti e fornito garanzie bancarie per il 3% del valore del contratto.

La durata del contratto avrebbe dovuto essere di 32 mesi e si è allungata a 36, comunque al di sopra del minimo periodo di durata che la dottrina³⁶⁹ ed alcuni strumenti internazionali fissano a 2-5 anni.

Il rischio, invece, risulta insito nel tipo di contratto di cui si tratta: vengono enumerati i rischi citati dai Ricorrenti e riconosciuti dal tribunale. Il primo di essi è la facoltà di ADM³⁷⁰, e sostanzialmente del Marocco, di porre fine prematuramente al contratto e di imporre variazioni all'opera, entro certi

³⁶⁶ Paragrafo 52 della decisione; "derivati da casi in cui l'operazione da cui è sorta la controversia è stata considerata essere un investimento senza che ci fosse una reale discussione sulla questione"

³⁶⁷ "Considerato il bisogno di cooperazione internazionale per lo sviluppo economico ed il ruolo dell'investimento privato straniero in tale ambito"

³⁶⁸ Cfr. paragrafo 52 della decisione sulla giurisdizione

Nella decisione vengono citati: D. Carreau, Th. Flory, P. Juillard in "Droit International Economique" terza ed., 1990, pp. 558-578.; Schreurer in "Commentary on the ICSID Convention: ICSID Review-FILJ, vol. II, 1996,2, pp. 318-493)
 La Società Nazionale Autostrade del Marocco che aveva bandito l'appalto internazionale
 105

limiti, senza modificare i criteri di calcolo del prezzo; altro rischio, sempre derivante dai rapporti di forza contrattuali non favorevoli alle imprese italiane, era il cambiamento della legislazione marocchina con conseguente aumento del costo del lavoro. La prima classe di rischi identificati discende dalla diversa forza contrattuale delle parti. Dalle caratteristiche dell'opera, invece, derivavano il rischio di incidenti e danni alle proprietà e alle infrastrutture presenti sul luogo, il rischio di insorgenza di difficoltà di coordinamento con altre opere coeve, il rischio di un qualunque incidente che non potesse rientrare nella categoria della forza maggiore e che non avrebbe portato ad alcun compenso e, infine, il rischio di variazione del volume di lavoro non eccedente il 20% del prezzo che, secondo il contratto, non avrebbe portato ad una compensazione. Il tribunale ha precisato, inoltre, che non rilevava il fatto che questi rischi fossero stati presi liberamente fin dall'inizio, né che la remunerazione non fosse legata allo sfruttamento dell'opera: non importa se le imprese italiane non dovevano, effettivamente, affrontare il rischio di un insuccesso dell'opera una volta compiuta ed offerta al mercato. In generale un'opera di costruzione che si prolunga per anni presenta di per sé ovvi rischi per il costruttore, anche senza un rischio successivo di gestione.

Viene dato praticamente per scontato il contributo allo sviluppo dello Stato ospite, dato che in molti Paesi le opere di costruzione di questo tipo sono condotte direttamente dallo Stato, come parte dei suoi compiti, o da altre autorità pubbliche proprio per l'indubbia importanza di un buon sistema di trasporto stradale³⁷¹. A ciò si deve aggiungere, sempre secondo il tribunale, il fatto che le imprese hanno fornito al Marocco, in corso d'opera, il *know-how* relativo a questo genere di realizzazioni (di per sé conferimento) e che anch'esso è un contributo allo sviluppo del Paese ospite.

I caratteri del conferimento, della durata, del rischio e del contributo allo Stato ospite sono esplicati nella decisione sulla giurisdizione del caso Salini, ma essi, lungi dal sorgere dal nulla in questo caso, hanno una solida base nella dottrina, nei trattati internazionali sugli investimenti e nei precedenti giurisprudenziali dell'ICSID in cui sono stati declinati in vario modo. Può essere utile esaminare come questi caratteri sono stati declinati dall'ICSID in altri casi di giurisprudenza che hanno contribuito a costruire il canonico "test di Salini". L'esame dei casi è di particolare importanza visto che, pur essendo citati in alcuni trattati di tutela degli investimenti stranieri, i caratteri di Salini non vengono mai definiti se non, appunto, dalla giurisprudenza.

3 I criteri del test di Salini

³⁷¹ Cfr. paragrafo 57 della decisione sulla giurisdizione

3.1 Il conferimento

Il conferimento, così come il conferimento in società da parte di un socio, può prendere tre forme, tutte citate nel caso Salini: monetario, in natura (ossia in forma di beni) o in industria (ossia in forma di servizi). Il conferimento in denaro è la forma più ovvia con cui dare vita ad un investimento, consiste nell'impegno di denaro da parte dell'investitore per reperire mezzi (nel caso dell'investimento diretto) o acquistare quote. La forma di conferimento in natura è quella cui si richiamano i numerosissimi trattati internazionali (BIT innanzitutto) asset-based che contengono liste principalmente di beni e proprietà e che si espandono anche a diritti di proprietà intellettuale et similia. Anche il conferimento in industria assume forme variegate: un caso importante in cui è stato trattato il conferimento in industria è Holiday Inns S.A. ed altri contro Marocco³⁷², già affrontato in precedenza a proposito dell'estraneità dell'investitore, e nel quale il conferimento consisteva nel know-how, nell'esperienza e, persino, nella fama dell'investitore nella creazione e gestione di alberghi di lusso. In questo caso, infatti, gli investitori avevano ottenuto in loco tutti i mezzi necessari, inclusi finanziamenti agevolati dallo Stato, alla realizzazione del progetto apportando, dall'estero allo Stato ospite, solo la propria esperienza ammonta, secondo il tribunale ICSID, ad un conferimento in industria. In questo caso, tra l'altro anche molto risalente, si può constatare la propensione della giurisprudenza ad interpretare in modo espansivo i caratteri oggettivi dell'investimento. Il caso Holiday Inns è molto antecedente al test di Salini, ma il carattere del "conferimento" è stato già identificato ed interpretato in un modo tanto espansivo da lasciarlo quasi senza significato. È stata considerato "conferimento" l'esperienza dell'investitore, come detto, che, tuttavia, è un concetto non apprezzabile in modo oggettivo e di certo non misurabile con ragionevole certezza. Ogni operatore economico porta con sé un bagaglio di esperienze più o meno ampio. Possono l'esperienza o il talento personale di un operatore economico contribuire a renderlo "investitore"? L'insistere sulla distinzione tra operatori economici con esperienza o meno potrebbe portare a conclusioni diverse sulla sussistenza o meno di un "investimento" a parità di tutte le altre condizioni.

3.2 La durata

³⁷² ICSID Case No. ARB/72/1

Il carattere della durata viene trattato, in alcuni aspetti problematici, nel caso Jan de Nul N.V. e Dredging International N.V. contro Repubblica Araba d'Egitto³⁷³ (ICSID Caso N. ARB/04/13). La controversia si basava da un progetto di dragaggio per l'ampliamento del Canale di Suez. Nel 1992 le due società ricorrenti vinsero una gara di appalto per i lavori bandita dalla SCA ("Suez Canal Authority"), agenzia pubblica fondata con legge nel 1975. Le due società belghe vincitrici e la SCA stipularono un contratto per l'approfondimento e l'allargamento di alcuni tratti meridionali del Canale. I lavori vennero iniziati, ma le due imprese appaltatrici incontrarono difficoltà di esecuzione per la distribuzione degli strati rocciosi duri diversa e più estesa di quanto preventivato e richiesero un compenso addizionale che venne rifiutato dalla SCA. Prima di ricorrere all'ICSID, le imprese si rivolsero, come da clausola contrattuale sulla risoluzione delle controversie, alla giustizia interna egiziana, senza successo, per dichiarare la nullità del contratto per frode od errore. Il procedimento davanti alla giustizia interna in primo grado si protrasse per dieci anni, poi i ricorrenti appellarono e, cinque mesi dopo, ricorsero all' ICSID. Come anticipato, la decisione del tribunale ICSID si caratterizza in questo caso per la particolare attenzione e cura argomentativa riguardo al requisito della durata rispetto agli altri tre caratteri del test di Salini sui quali l'Egitto non ha obiettato. Ciò che rende il problema particolarmente interessante è che le parti in controversia avevano concordato in udienza sul fatto che la durata minima, affinchè un investimento si possa considerare tale, è di due anni³⁷⁴, ma mancava unità di visione sul metodo di calcolo della durata stessa. L'esecuzione dei lavori si era svolta da ottobre del 1992 al 5 maggio 1994. L'Egitto ha osservato che "if one starts from the date of the contract, that is 29 July 1992, to the delivery of the works, i.e. in June 1994, this amounts to a little less than two years"³⁷⁵. Secondo i ricorrenti "in the construction industry an investment starts from pre-qualification, as the investor starts spending money and making expenditures when preparing the offer and deciding whether to pre-qualify or not. Thus, in the present case the investment covers a period beginning with "the pre-tender or the tender stage" and lasting throughout "the contractual period of the works, [and] the subsequent period of the works" until "autumn 1994, when the two ships went back to Europe". Since the pre-qualification was initiated in March 1991, the Claimants consider that "the duration of the works is approximately three years [...] [which] is in line with standard BIT case law"³⁷⁶.

_

³⁷³ ICSID Case No. ARB/04/13; testo completo della decisione sulla giurisdizione: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0439.pdf

³⁷⁴ Cfr. paragrafo 93 della decisione sulla giurisdizione

Paragrafo 94 della decisione sulla giurisdizione; "se si comincia dalla data del contratto, che è il 29 luglio 1992, fino alla consegna dei lavori, in questo caso giugno 1994, ciò ammonta a poco meno di due anni"

³⁷⁶ Paragrafo 94 della decisione sulla giurisdizione; "nell'industria delle costruzioni un investimento comincia dalla fase di qualificazione, quando l'investitore comincia a spendere soldi e fare spese preparando l'offerta e decidendo se 108

Dato che la qualificazione è iniziata nel marzo 1991, i ricorrenti hanno affermato che "la durata dei lavori è, approssimativamente, di tre anni". Il tribunale adotta una posizione flessibile: calcola l'inizio della durata dell'investimento a partire dalla firma del contratto il 29 luglio 1992, ma, nonostante ciò, la durata, inferiore ai due anni, è considerata sufficiente ("sufficient")³⁷⁷. Evidentemente, questo tribunale ICSID ha scelto di mostrare flessibilità sull'entità del termine di durata dato che l'operazione presentava tutti gli altri caratteri di investimento al massimo grado, che non sono stati contestati dal Resistente. Se il tribunale avesse disconosciuto il carattere di investimento all'operazione per due mesi in meno su una durata minima dell'operazione di due anni, termine, tra l'altro, non espressamente fissato da alcuno strumento giuridico vincolante e rilevante in questa controversia, avrebbe mostrato una rigidità eccessiva ed ingiustificata e cozzato con un ovvio senso di giustizia; il tribunale avrebbe, forse, potuto riconoscere il carattere di investimento all'operazione in questione senza rinnegare il requisito oggettivo (presidio di certezza giuridica) dei due anni minimi di durata, ma, per fare ciò, avrebbe dovuto anticipare il dies a quo per la "durata" anche alla fase della gara e della preparazione dei lavori. Anticipando l'inizio del termine di durata dell'operazione ad una fase la cui individuazione può risultare ostica si sarebbe creato un danno molto più grave per la certezza giuridica rispetto all'introduzione di un certo grado di flessibilità nell'apprezzamento della lunghezza del termine della durata. Il requisito della durata è, probabilmente quello più delicato da stabilire: dato che il tempo trascorso è una misura oggettiva, si rischia di "irrigidire" questo requisito. In altre parole, operazioni economiche molto simili tra loro potrebbero essere riconosciute come "investimento" o meno in base alla loro durata che può eccedere o mancare di poco un termine temporale scelto da un tribunale. In questo caso, il tribunale ha fissato un termine di durata minimo di due anni, ma tale durata resta orientativa. Una tale flessibilità è stata sviluppata in occasione di questa decisione mentre il tribunale del caso Salini non aveva posto né dovuto risolvere particolari problematiche sulla durata visto che eccedeva ampiamente i due anni.

3.3 Il rischio

_

qualificarsi o meno. Così nel presente caso, l'investimento copre un periodo che inizia con la fase di gara o pre-gara e dura per tutto il periodo contrattuale dei lavori, "fino all'autunno 1994, quando le due navi [impiegate per il dragaggio] sono tornate in Europa. Dato che la pre-qualificazione era stata iniziata nel marzo 1991, i Ricorrenti ritengono che "la durata dei lavori è approssimativamente di tre anni [...] [il che] è in linea con i precedenti giurisprudenziali sui BIT"

³⁷⁷ Cfr. paragrafo 95 della decisione sulla giurisdizione

Il carattere del rischio che determina l'esistenza di un investimento è stato trattato in modo interessante nel caso Romak S.A. contro Repubblica dell'Uzbekistan³⁷⁸ (PCA Caso N. AA280), iniziato nel 2006. Questo caso non è stato trattato dall'ICSID, ma dalla Corte Permanente di Arbitrato³⁷⁹, secondo le regole di procedura fissate dall'UNCITRAL³⁸⁰ e merita un approfondimento, oltre che in punto di "rischio" dell'investimento, anche per l'applicazione di tale requisito da parte di un tribunale arbitrale diverso dall'ICSID, fatto che merita una piccola parentesi di discussione nella disamina dei criteri di Salini. Dopo la dissoluzione dell'Unione Sovietica l'Uzbekistan attraversava un periodo di crisi e rischio di emergenza alimentare ed alcune società a maggioranza statale o da esse create stipularono un contratto con la società svizzera Romak S.A. per la vendita di grano. Da quanto risultava dal "Protocol of Intention" la relazione sarebbe dovuta durare anni e consistere in svariate forniture di grano da parte di Romak all'Uzbekistan, ma solo la partita iniziale di grano venne inviata prima che Romak si trovasse davanti al mancato pagamento di quanto pattuito. Essa ottenne un arbitrato a proprio favore dalla *Grain and Feed Trade* Association³⁸¹ senza riuscire ad ottenerne l'esecuzione: si rivolse, allora, alla Corte Permanente di Arbitrato per violazione del BIT tra Svizzera e Uzbekistan del 1993. Il tribunale si è trovato ad affrontare la questione della giurisdizione ed il punto della definizione di investimento; secondo il ricorrente la definizione di investimento che l'operazione doveva soddisfare era esclusivamente quella, molto ampia, contenuta nel BIT e non anche la definizione di Salini che era un prodotto ed un requisito peculiare dell'ICSID. Il tribunale non ha concordato con questa visione ³⁸² sulla base del fatto che l'articolo 9 del BIT sulla risoluzione delle controversie menziona sia l'arbitrato UNCITRAL che l'arbitrato ICSID e, dunque, non è logico variare la tutela sostanziale in ragione del meccanismo di risoluzione della controversia scelto e le restrizioni all'accesso della giurisdizione ICSID (come la doppia nazionalità) non riguardano la definizione di investimento. Non vi era, dunque, alcun motivo specifico per inferire una differenza tra la nozione di investimento nel BIT in questione e la nozione offerta dalla giurisprudenza ICSID; la Corte Permanente di Arbitrato, al contrario dell'ICSID, è vincolata ai fini della giurisdizione alla sola nozione di investimento nello strumento internazionale che le devolve la controversia. Nel caso del BIT in questione, la definizione è ampia e asset-based e non ci sono motivi per ritenere che si discosti dal

³⁷⁸ PCA Caso N. AA280; testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0716.pdf

³⁷⁹ Organizzazione internazionale fondata nel 1899 ha sede all'Aja ed offre servizi di arbitrato internazionale

³⁸⁰ Commissione delle Nazioni Unite sullo Sviluppo del Diritto Commerciale Internazionale, stabilita dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 2205 (XXI) del 17 dicembre 1966, si occupa di armonizzazione e sviluppo del diritto del commercio internazionale

³⁸¹ Organizzazione non governativa nata nel 1971 ha la finalità di promuovere il commercio internazionale di grano offrendo anche servizi di arbitrato

³⁸² Cfr. paragrafo 194 della decisione

significato ordinario del termine "investimento". Se le parti avessero voluto conferire al termine "investimento" del BIT un significato inusuale, e finanche assurdo, avrebbe potuto farlo e la Corte Permanente di Arbitrato ne sarebbe stata comunque vincolata, al contrario dell'ICSID, in quanto unico parametro di giurisdizione interamente nella disponibilità delle parti. Questa possibilità non si è verificata in questo caso e "the point of departure for the Arbitral Tribunal remains the ordinary meaning of the term "investment" 383. Il tribunale ha elencato, poi, i caratteri che afferiscono al significato ("inherent meaning") di "investimento" nel BIT, al di là del ricorso o meno all'ICSID, e che sono il conferimento, la durata ed il rischio: proprio gli stessi elementi del test di Salini (ad eccezione dello sviluppo dello Stato ospite), in questo caso ripresi da un tribunale arbitrale non ICSID non in quanto parte della giurisprudenza ICSID, ma in quanto universalmente ritenuti caratteri necessari di un investimento. Particolarmente chiarificatrice, in questo caso, è la discussione dell'elemento di rischio. La società Romak S.A. sostiene la sussistenza del rischio per il solo fatto di aver iniziato una relazione contrattuale "public entities of a state in relation to which international observers have alerted foreign investors to the absence of true financial security" 384, proprio questo rischio di mancato pagamento si è effettivamente concretizzato ed ha iniziato la controversia. Il tribunale ha superato l'argomentazione del ricorrente riconoscendo che "all economic activity entails a certain degree of risk"385, poiché in tutti i tipi di contratto esiste la possibilità-rischio di inadempimento della controparte: questo rischio è di tipo commerciale, deriva, in un certo senso, dalla controparte ("counterparty risk") e caratterizza "il fare affari in generale" ("doing business generally"). Questo tipo di rischio generico manca, quindi, della capacità di distinguere l'investimento dalle altre operazioni economiche dato che è comune a tutte queste ultime. Il rischio di investimento è diverso e consiste nell'incertezza del quantum delle spese finali di in un progetto e/o dell'an e del quantum del ritorno economico di esso: un simile tipo di rischio sussisterebbe anche nel caso teorico in cui si avesse la certezza matematica che tutte le controparti adempiranno alle proprie obbligazioni³⁸⁶. Questo sviluppo del requisito del rischio è in perfetta armonia con la nozione economica di "investimento": nessun operatore economico può avere la certezza che tutte le controparti con cui verrà in contatto adempiranno alle proprie obbligazioni. L'investitore, invece, per essere tale, deve avere un'incognita in più: deve rischiare anche che i beni o servizi che distribuirà non "vendano" abbastanza e non lo facciano rientrare della propria spesa.

⁻

³⁸³ Paragrafo 206 della decisione; "il punto di partenza del Tribunale Arbitrale rimane il significato ordinario del termine investimento"

³⁸⁴ Paragrafo 228 della decisione; "con entità pubbliche di uno Stato in relazione al quale gli osservatori internazionali avevano allertato gli investitori stranieri dell'assenza di vera sicurezza finanziaria"

³⁸⁵ Paragrafo 2229 della decisione; "tutte le attività economiche involgono un certo grado di rischio"

³⁸⁶ Cfr. paragrafo 230 della decisione

3.4 Lo sviluppo dello Stato ospite

Un'occasione, invece, in cui viene trattato con particolare cura il requisito del contributo allo sviluppo dell'economia dello Stato ospite è la decisione sull'annullamento³⁸⁷, del 1° novembre 2006, della decisione ICSID del 9 febbraio 2004 del caso Patrick Mitchell contro Repubblica Democratica del Congo³⁸⁸ (ICSID Caso N. ARB/99/7). Un cittadino statunitense, Patrick Mitchell, aveva aperto uno studio di consulenza legale nella Repubblica Democratica del Congo. Il 5 marzo 1999 agli stabili occupati dallo studio erano stati apposti sigilli, alcuni documenti erano stati sequestrati, i dipendenti costretti ad andarsene e due avvocati arrestati per ordine della Corte Militare. Patrick Mitchell, in qualità di investitore, si è rivolto all'ICSID per far valere il BIT tra USA e DRC³⁸⁹, firmato nel 1984 ed in vigore dal 1989, per violazione delle regole sull'espropriazione. Ha ottenuto ragione e la condanna dello Stato ad un risarcimento, ma la Repubblica Democratica del Congo ha richiesto l'annullamento della sentenza per, tra le altre, "manifest excess of powers with regard to the Arbitral Tribunal's jurisdiction in respect of the definition of investment" 390. Per quanto riguarda la decisione sulla giurisdizione nella prima decisione, che sarebbe affetta da manifesto eccesso di potere, si deve rilevare che il tribunale ha liquidato la questione dei requisiti oggettivi dell'investimento (test di Salini) in poche e veloci battute. Davanti all'obiezione del resistente sulla sussistenza del conferimento e del contributo allo sviluppo economico, il tribunale ha risposto che questi elementi, anche se spesso presenti nei progetti di investimento, non erano richiesti ai fini di qualificare un'operazione come investimento e, a meno che non vi fossero restrizioni specifiche nello strumento internazionale rilevante, venivano qualificati "investimenti" anche operazioni "piccole" ("smaller")³⁹¹, di breve durata e con limitati benefici all'economia dello Stato ospite. Proprio questo rifiuto, così evidente, del tribunale di riconoscere l'importanza del test di Salini senza rendere conto adeguatamente degli argomenti dello Stato contribuirà al riconoscimento del manifesto eccesso di potere e all'annullamento della

_

³⁸⁷ ICSID Caso N. ARB/99/7, decisione sull'annullamento; testo completo:

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0537.pdf

³⁸⁸ ICSID Caso N. ARB/99/7; testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1195.pdf

³⁸⁹ Trattato tra gli Stati Uniti d'America e la Repubblica dello Zaire riguardante la reciproca incentivazione e protezione degli investimenti, firmato nel 1984; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/828

³⁹⁰ Paragrafo 15 della decisione sull'annullamento; "manifesto eccesso di potere con riguardo alla giurisdizione del tribunale arbitrale nel rispetto della definizione di investimento"

³⁹¹ Cfr. paragrafo 56 della decisione

sentenza da parte del Comitato ad hoc. Il Comitato per l'annullamento ha ricordato che il resistente ha affermato l'essenzialità dell'elemento del contributo allo sviluppo economico proprio per obiettare la mancanza di giurisdizione per il non soddisfacimento dei requisiti oggettivi di qualificazione dell'operazione come investimento. Il ricorrente non dubitava della necessità del carattere del contributo allo sviluppo, ma sosteneva fosse "una condizione supplementare usata, finora, per giustificare l'allargamento del concetto di investimento e, in qualche modo, doppione del [requisito del] conferimento da parte dell'investitore. In sostanza, il Ricorrente sosteneva che il contributo allo sviluppo economico dello Stato ospite fosse stato uno stratagemma argomentativo ed un "falso requisito" per allargare la nozione di "investimento" ad operazioni che non presentavano in modo evidente gli altri (veri) requisiti oggettivi di Salini. Il Comitato, per parte sua, ha ricordato che nel Preambolo della Convenzione di Washington viene menzionato lo sviluppo economico delle Parti ("considerato il bisogno di cooperazione internazionale per lo sviluppo economico e il ruolo degli investimenti privati in esso"); questa menzione, in unione con il fatto che l'articolo 25 non offre alcuna definizione di investimento, dà al contributo allo sviluppo economico dell'investimento piena dignità di requisito oggettivo necessario e, anzi, come sostenuto da Schreuer "the only possible indication of an objective meaning" 392 del termine "investimento" ed i requisiti oggettivi della giurisdizione ICSID prevalgono sulle definizioni dei BIT. Tale supremazia non necessitava neppure di essere fatta valere in questo caso dato che lo sviluppo economico è citato anche nel Preambolo di tutti i BIT stipulati dagli Stati Uniti, incluso quello concluso con la Repubblica Democratica del Congo (e nel Model BIT degli USA del 2004). Il Comitato passa ad esaminare direttamente questo requisito necessario, ma non sufficiente, precisando che il contributo non deve necessariamente essere di notevole entità o riuscire con successo; il concetto ha un significato molto ampio che può variare caso per caso. Secondo il Comitato, insomma, l'operazione, per qualificarsi "investimento" deve essere tendenzialmente idonea ad apportare un contributo positivo, in senso lato, all'economia dello Stato ospite, ma senza che il tribunale ICSID debba verificare il successo dell'operazione e l'andata a buon fine di questo contributo. Nel caso della società di consulenza legale di Patrick Mitchell, il Comitato ha rilevato che tale operazione non è prontamente riconoscibile³⁹³ ("readily recognizable") come investimento, era la prima volta che un'operazione di tal fatta costituiva fonte di controversia davanti all'ICSID e, inoltre, lo Stato Resistente ha contestato la sussistenza dell'investimento per mancanza di contributo allo sviluppo economico. Poiché era la prima volta³⁹⁴ che lo stabilimento di una società di consulenza veniva qualificata come

_

³⁹² Paragrafo 31 della decisione sull'annullamento; "l'unica possibile indicazione di significato oggettivo"

³⁹³ Cfr. paragrafo 34 della decisione sull'annullamento

³⁹⁴ *Ibid*.

"investimento", vi era la necessità di soddisfare i requisiti oggettivi in modo particolarmente preciso ed evidente. Per il riconoscimento del requisito del contributo allo sviluppo economico sarebbe stato, dunque, necessario provare che la società aveva assistito direttamente la Repubblica Democratica del Congo o aveva, con le sue consulenze, contribuito a portare nuovi investitori nel Paese: su questi punti la decisione era incompleta o oscura e, per questo motivo tra gli altri, viene annullata. Si può osservare come il Comitato considerasse questo ultimo requisito di Salini, se non implicito, comunque degno di trattazione estremamente sommaria in due gruppi di casi: il primo in cui l'operazione soddisfi ictu oculi i primi tre requisiti (un investimento diretto nel settore primario o secondario con stabile conferimento di capitali, gestione diretta e produzione in loco, ad esempio); altro gruppo di casi è quello in cui il contributo allo sviluppo sia immediatamente evidente per il settore particolare in cui l'operazione si svolge rispetto alle esigenze del Paese (l'importanza del Canale di Suez per l'Egitto nel caso Jan de Nul N.V. e Dredging International N.V. contro Repubblica Araba d'Egitto, ad esempio). La decisione sull'annullamento della decisione Mitchell lascia perplessi per l'approccio restrittivo alla nozione di investimento. La prima osservazione da fare è che il contributo allo sviluppo dello Stato ospite consiste in un indotto per l'economia generale e non possono pretendersi servizi direttamente rivolti all'apparato statale come la commissione per l'annullamento sembra sostenere. La seconda osservazione è da farsi è che, pur essendo vero che il criterio dello sviluppo economico è stato difeso dalla dottrina in base al Preambolo, ma è anche vero che un suo importante promotore³⁹⁵ lo impiegava come criterio unico e non in unione con i criteri di derivazione economica. Tale differenza di orientamenti è particolarmente stridente in questo caso visto che la mancata soddisfazione di questo criterio (peraltro interpretato in modo molto stringente e finanche distorto) ha "vanificato" la presenza dei criteri economici escludendo dalla tutela pattizia un'operazione che avrebbe potuto essere considerata "investimento" secondo normali canoni interpretativi. Secondo un autore³⁹⁶, il carattere del contributo allo sviluppo economico sarebbe il carattere fondamentale ("the core element") degli investimenti. La prima osservazione, di carattere generale, che viene compiuta è che gli Stati stipulano trattati di contenuto economico e sugli investimenti perché ogni Stato ha come scopo principale e come stessa "raison d'être" lo sviluppo ed il benessere economico dei cittadini. In secondo luogo, passa ad esaminare alcuni trattati di protezione degli investimenti in cui si rinvengono disposizioni che richiamano direttamente lo sviluppo economico dello Stato ospite. Il primo strumento internazionale richiamato è la Convenzione di Washington della quale viene

⁻

³⁹⁵ Delaume

³⁹⁶ Omar E. García-Bolívar, "Defining an ICSID Investment: Why Economic Development Should be the Core Element", Investment Treaty News (International Institute for Sustainable Development), 13 aprile 2012 114

ricordato, oltre al Preambolo, anche gli articoli 12 e 13 del Rapporto dei Direttori Esecutivi: "12. ... [a]dherence to the Convention by a country would provide additional inducement and stimulate a larger flow of private international investment into its territories, which is the primary purpose of the Convention. 13. ... [t]he provisions of the Convention maintain a careful balance between the interests of investors and those of host States". Viene, inoltre osservato che l'ICSID è un'istituzione della Banca Mondiale che ha la finalità di favorire lo sviluppo economico. Altri strumenti richiamati sono la Carta dell'Energia il cui Preambolo recita: "Wishing to implement the basic concept of the European Energy Charter initiative which is to catalyse economic growth by means of measures to liberalize investment and trade in energy", mentre l'articolo 2 ribadisce: "This Treaty establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter³⁹⁸. Viene richiamato anche il preambolo del Model BIT degli Stati Uniti del 2004: "agreement on the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the parties" ³⁹⁹ e "a stable framework for investment will maximize effective utilization of economic resources and improve living standards" ⁴⁰⁰. Alcuni trattati di libero scambio come il NAFTA, che trattano settori economici e del commercio molto variegati non citano la finalità di sviluppo economico nella parte relativa all'investimento, ma nell'introduzione generale vengono proposte finalità di sviluppo più generiche che andranno applicate anche al capitolo sugli investimenti. Lo stesso autore si sofferma sul problema dell'apprezzamento oggettivo del contributo allo sviluppo economico. Vengono proposti, come criteri per riscontrare il contributo allo sviluppo economico: il beneficio per l'interesse pubblico, l'eventuale trasferimento di tecnologia e know-how da parte dell'investitore allo Stato ospite, il grado di aumento del PIL grazie causato dall'investimento e l'impatto positivo o meno sullo sviluppo (in senso generale) dello Stato ospite.

3.5 Critiche alla decisione del caso Salini e metodi di definizione alternativi

³⁹⁷ "desiderando implementare il fine basilare dell'iniziativa della Carta Europea dell'Energia che è di catalizzare la crescita economica attraverso misure di liberalizzazione degli investimenti e nel commercio dell'energia"

³⁹⁸ "questo trattato stabilisce una cornice legale per promuovere la cooperazione di lungo periodo nel campo dell'energia, basatosu complementarietà e mutui benefici, in accordo con gli obbiettivi e principi della Carta"

³⁹⁹ "accordo sul trattamento da accordarsi all'investimento stimolerà il flusso di capitale private e lo sviluppo economic delle Parti"

⁴⁰⁰ "una cornice stabile massimizzerà l'effetto di utilizzazione delle risorse economiche e migliorare gli standard di vita"

In generale l'applicazione dei quattro requisiti ("hallmarks") del test Salini è definita, come detto, "approccio oggettivo", ma ciò non significa che tali criteri ed il modo in cui vengono applicati sia indiscusso ed esente da critiche. Persino il caso Salini, che dà il nome ai principi stessi, è caratterizzato da una interpretazione che viene considerata, da certa dottrina, come "liberale" per il modo in cui la sussistenza dei caratteri è stata riconosciuta all'operazione stessa. Non vengono criticati i parametri in sé ma il fatto che, almeno alcuni, siano stati riconosciuti pertinenti al caso Salini con eccessiva "generosità" e larghezza argomentativa. Sono in particolare i caratteri del conferimento, nei suoi diversi aspetti, e del rischio ad aver sollevato dubbi di "liberalismo" del giudizio del tribunale. In particolare Farouk Yala⁴⁰¹ muove una serie di critiche alla decisione del caso *Salini*.

Per quanto riguarda il conferimento in industria, le imprese costruttrici hanno impiegato il proprio *know-how* (come afferma il tribunale "*used*"), ma non vi è stato alcun trasferimento di tale *know-how* al proprio cliente. Viene rilevato che non è stato stipulato, come spesso avviene in questi casi, alcun contratto di trasferimento di tecnologie o proprietà intellettuale sui procedimenti manifatturieri anche perché questo genere di contratti deve necessariamente avere un tempo di sviluppo molto lungo affinchè le conoscenze vengano assorbite dagli ingegneri e maestranze locali. Inoltre, come affermato da un altro studioso "*what is really significant is not the geographical localization of a technique, but its political and material mastery*" ⁴⁰². Prova che anche da parte del tribunale vi è la consapevolezza che nessun trasferimento di conoscenze tecniche di alto livello si è verificato nel corso dei lavori è che nella decisione sulla giurisdizione viene affermato che i ricorrenti avevano inviato "*qualified personnel for the accomplishment of the works*" ⁴⁰³: ai lavoratori locali sono state lasciate le mansioni di più basso livello. In definitiva la sussistenza del conferimento in industria ("*in industry*") viene criticata, da un ponto di vista oggettivo, pur essendo stata riconosciuta dal tribunale, e viene messa in dubbio proprio per il fatto che le imprese investitrici hanno fatto uso delle proprie conoscenze per eseguire il contratto di costruzione, ma non

_

⁴⁰¹ Farouk Yala in "The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? *Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly", Journal of International Arbitration 22(2), 2005, pp. 105-126*⁴⁰² Philippe Kahn in "*Typologie des contrats de transfert de technologie, in* Transfert de Technologie et Développement", 1977, pp. 436-437; "realmente significativa non è la localizzazione geografia [dell'impiego di] una tecnica, ma il suo controllo politico e materiale"

⁴⁰³ Cfr. paragrafo 53 della decisione sulla giurisdizione; "personale qualificato per il completamento dei lavori" 116

hanno di esse fatto contributo al progetto di investimento nella sua integralità anche in un senso di prospettive per il futuro del progetto stesso⁴⁰⁴.

Altra forma di conferimento la cui sussistenza viene messa in dubbio è il conferimento in natura: le imprese hanno, secondo il tribunale, fornito il necessario equipaggiamento ed attrezzi, tuttavia senza specificarne il valore e, soprattutto, senza specificare la sorte di queste attrezzature e se verranno o meno rimpatriate. Viene citato da Farouk Yala, per esplicare le riserve sul riconoscimento del carattere del conferimento, l'esempio di un muratore che viene pagato per effettuare un lavoro, porta con sé i propri utensili per lavorare, viene pagato e riporta via i propri strumenti dopo il lavoro: non ha effettuato un "conferimento" né un investimento nella casa in cui ha lavorato⁴⁰⁵. Il senso di queste critiche alla sussistenza del carattere del conferimento in industria ed in natura può essere meglio compreso se si ricorda che, come detto in precedenza, il termine conferimento ("contribution") è un derivato del lessico societario e richiama, dunque, l'immagine del socio-investitore che "conferisce" un bene (anche in forma di know-how) ad una società per realizzare un progetto: la padronanza tecnica ("mastery") nell'uso dei beni o del know-how conferiti passa alla società. Nel caso Salini, invece, l'impresa-investitrice non conferisce beni o know-how per la realizzazione di un progetto nel suo complesso e nelle sue finalità (un collegamento funzionale tra Rabat e Fès), ma se ne serve solo per eseguire un singolo contratto di costruzione.

Anche la sussistenza del terzo aspetto del conferimento, quello in denaro, viene messa in dubbio: le imprese italiane hanno contratto prestiti per condurre i lavori e pagare gli operai ed hanno offerto, al termine della gara d'appalto, garanzie bancarie per un 3% del valore del contratto. Una garanzia bancaria di valore così esiguo rispetto al valore totale dell'opera difficilmente può consistere in "substantial amounts".

Il secondo carattere problematico, secondo Farouk Yala, riconosciuto al caso Salini, è quello del "rischio" che denota un forte carattere di "liberalismo" nel riconoscimento della nozione di investimento da parte dell'ICSID. L'argomentazione del tribunale a favore del riconoscimento del rischio si divide in due parti (vedere paragrafo 1.2): in primo luogo, viene statuito dal tribunale che il rischio discende "naturalmente dal contratto in questione", cioè un contratto di costruzione, e, in secondo luogo, vengono enumerati svariati rischi specifici, già esaminati in precedenza. Tali rischi

⁴⁰⁴ Destanne de Bernis e Byè sono arrivati arditamente ad ipotizzare che questa modalità di procedere da parte delle

imprese straniere potrebbe contribuire a creare dipendenza di un Paese da servizi di ingegneria, una sorta di neocolonialismo tecnologico da parte di grandi imprese; Cfr. "Relations Économiques Internationales", 1977, p. 994 ⁴⁰⁵ Farouk Yala in "The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly", Journal of International Arbitration 22(2), 2005, p. 111

non sono caratteristici del contratto in questione, ma, anzi, si rinvengono in molti tipi di contratti a lungo termine che non hanno per oggetto un investimento; viene portato ad esempio il rischio di cambiamenti nella legge interna di uno Stato che può incidere su contratti di fornitura di beni e servizi di una certa durata: è diffuso anche l'uso di una clausola di stabilizzazione per proteggersi da questo rischio, una clausola che non è esclusiva dei contratti di investimento. Ulteriore caratteristica anomala del "rischio" riconosciuto dal tribunale consiste nel fatto che non importa che la remunerazione del Contraente non era collegata allo sfruttamento del lavoro completo; questa espressione richiama l'elemento del profitto considerato da molti giuristi ed economisti come parte integrante di un investimento e strettamente collegato al rischio: il "rischio" consiste, normalmente, nella possibilità di non avere ritorni economici dal conferimento di capitale per l'insuccesso dell'operazione di investimento presso il pubblico dei consumatori, mentre il profitto viene considerato, dal punto di vista economico, una sorta di "compenso" per il rischio corso. Nel caso Salini il compenso per l'opera di costruzione si avvicina più ad un prezzo prefissato per un contratto di costruzione "chiavi in mano"; vi sarebbero stati un rischio ed un profitto se le imprese italiane non solo avessero costruito le autostrade, ma si fossero assunte anche il rischio, appunto, di un insuccesso commerciale dell'opera, ricevendo, per esempio, il proprio compenso in base ai futuri ed incerti proventi dei pedaggi. Carreau e Juillard affermano che "operations for the sale of equipment cannot qualify as investment operations if the investor's remuneration is the mere payment of a price, even when this price is not definite, but determinable, and even when its payment is not instantaneous but spread out over a certain period. These operations could qualify as investments only when the investor's remuneration consists, for one part, in the payment of a price, and for another part, in installments calculated according to the financial budget results of the project [...] the investor should not only invest, but he should also commit himself. 406: in altre parole, l'investitore deve "scommettere" sulla riuscita del progetto dal punto di vista del "successo di pubblico".

Nonostante tutte le critiche che potrebbero essergli mosse, il test di Salini resta il punto di rifermento dei tribunali arbitrali che, quando non lo applicano, lo mantengono come punto di riferimento o, comunque, argomentano la mancata applicazione con cura (vedere caso Abaclat più in basso al par. 6). Gli argomenti importanti per mantenere il test di Salini nelle future decisioni,

⁴⁰⁶ D. Carreau & P. Juillard in "Droit International Économique", 2003; "operazioni per la vendita di attrezzature non possono qualificarsi operazioni di investimento se la remunerazione dell'investitore è il mero pagamento di un prezzo, anche quando il prezzo non è definito, ma determinabile, ed anche quando esso non è istantaneo ma distribuito in un certo lasso di tempo. Queste operazioni possono qualificarsi come investimenti solo quando la remunerazione dell'investitore consiste, per una parte, nel pagamento di un prezzo e, per un'altra parte, in rate calcolate secondo i risultati di fatturazione del progetto [...] l'investitore non deve solo investire, ma deve anche prendersi un impegno" 118

secondo uno studioso⁴⁰⁷, sono almeno due. Il primo, che riguarda principalmente il quarto requisito, è basato sul testo della Convenzione di Washington, precisamente nel già citato Preambolo in cui viene menzionato lo sviluppo economico degli Stati partecipanti che consisterebbe in un importante aggancio testuale, anche se alcuni tribunali considerano tale richiamo un semplice auspicio che non si può trasformare in una limitazione della giurisdizione. Il secondo argomento è di carattere pratico e poggia sulla necessità di limitare l'imprevedibilità delle decisioni sulla giurisdizione che finirebbe per danneggiare lo scopo dell'ICSID di incentivazione degli investimenti. Altri metodi di definizioni sono stati proposti⁴⁰⁸: alcuni tratti dalla giurisprudenza arbitrale, altri estrapolati da trattati di protezione. Nel primo tipo rientra la definizione di uno studioso secondo il quale gli elementi della durata e dello sviluppo dello Stato ospite sono troppo "soggettivi" e, dopo un esame di alcuni casi, ritiene di doverli escludere dal test di Salini⁴⁰⁹. Nella seconda categoria di definizioni si colloca quella di Devashish Krishan⁴¹⁰ che sostiene che la definizione basata sul test di Salini è "ideological" e, dunque, pericolosa. Propone una definizione basata sulla suddivisione operata dal FMI⁴¹¹ (Fondo Monetario Internazionale). Tale suddivisione consiste in investimenti diretti, investimenti di portafoglio ed altri tipi di investimento (categoria residuale che varia a seconda dello strumento di protezione considerato). Anche i FTA⁴¹² (Free Trade Agreement) possono essere presi come riferimento come propone, per esempio, Mavluda Sattorova⁴¹³, riferendosi, in particolare al trattato⁴¹⁴ di libero scambio tra il Mesico e l'EFTA⁴¹⁵. L'articolo 45 di questo trattato si riferise alla definizione di "investimento" nei seguenti termini: "For the purpose of this Section, investment made in accordance with the laws and regulations of the Parties means direct investment, which is defined as investment for the purpose of establishing lasting economic relations with an undertaking such as, in particular, investments which give the possibility of exercising an effective

_

⁴⁰⁷ Cfr. Alex Grabowski in "The Definition of Investment under the ICSID

Convention: A Defense of Salini", Chicago Journal of International Law, Vol 15, N. 1, Article 13, p.303

⁴⁰⁸ Cfr. Laurence Burger in "The Trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test)", ASA Bulletin Vol. 31, N. 3/2013 (settembre), pp. 530 e ss.

⁴⁰⁹ Cfr. Zachary Douglas in "The International Law of Investment Claims", prima ed., 2009, pp. 189 e ss.

⁴¹⁰ Devashish Krishan in "A notion of ICSID investment", in Todd Weiler (ed.), Investment Treaty Arbitration and International Law (Vol. 1, JurisNet LLC 2008), p. 61.

⁴¹¹ Il Fondo Monetario Internazionale è un'istituzione di Bretton Woods, nato nel 1944, aveva la funzione di stabilizzare il sistema monetario internazionale durante il periodo dei cambi fissi, oggi si occupa di prestiti di emergenza a Stati in difficoltà finanziarie. Ha un patrimonio netto costituito da apporti di tutti gli Stati partecipanti in rapporto alla loro forza economica

⁴¹² I "Free Trade Agreement" o "Accordi di libero scambio" sono trattati per mezzo dei quali due o più Stati o gruppi di essi si accordano per ridurre o eliminare le barriere commerciali tra loro

⁴¹³ Mavluda Sattorova in "Defining investment under the ICSID Convention and BITs: of ordinary meaning, telos, and beyond", Asian Journal of International Law, Vol. 2/Issue 2, luglio 2012, pp. 267-290, 286.

⁴¹⁴ Accordo di libero scambio tra gli Stati EFTA e gli Stati Uniti Messicani, firmato nel 2000; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2501

⁴¹⁵ "European Free Trade Association" è un'organizzazione internazionale fondata nel 1960 che promuove il libero scambio. I suoi membri oggi sono Islanda, Norvegia e Svizzera

influence on the management thereof '⁴¹⁶. Si può osservare come questa definizione sia incentrata sull'investimento diretto richiedendo una presenza imprenditoriale stabile e un'influenza sulla gestione.

Due autori⁴¹⁷ hanno fornito una serie di mezzi da utilizzare congiuntamente per ricostruire la nozione di investimento assumendo come punto di riferimento la Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, in particolare l'articolo 31. Il primo è il significato ordinario che è stato ricercato su dizionario inglese⁴¹⁸, francese⁴¹⁹ e spagnolo⁴²⁰ che porta ad una nozione molto ampia che includa anche l'investimento di portafoglio. Il secondo metodo è lo studio dello scopo del trattato in esame; in questo caso deve esaminarsi il Preambolo della Convenzione di Washington in cui viene richiamato il fine dello sviluppo economico senza ulteriori restrizioni di significato. Il terzo metodo è lo studio del contesto in cui è maturata la disposizione da interpretare e, anche in questo caso, si deve ricorrere al Preambolo e al Rapporto dei Direttori Esecutivi da cui è evidente l'ampiezza di significato che si può attribuire al termine "investimento". Il quarto metodo è l'esame della successiva pratica ("subsequent practice"): molti dei seguenti BIT⁴²¹ sono caratterizzati da una definizione molto ampia e dalla clausola compromissoria ICSID: è, dunque, evidente, secondo questi autori, che la pratica successiva degli Stati Parte dell'ICSID avalla un significato ampio di "investimento". L'ultima via per la ricerca della nozione di "investimento" consiste nell'esame dei lavori preparatori e, a questo proposito, gli autori si richiamano ad un autorevole studio 422 nel quale viene sostenuta la teoria che la mancanza di definizione esplicita di "investimento" sia da attribuire ad una precisa scelta degli Stati.

_

⁴¹⁶ "Ai fini di questa Sezione, l'investimento fatto secondo le leggi e i regolamenti delle Parti significa investimento diretto, che è definita come investimento al fine di stabilire una relazione duratura con una impresa come, in particolare, gli investimenti che danno la possibilità di esercitare un'influenza effettiva sulla gestione della stessa"

⁴¹⁷ Bartum Legum, Caline Mouawad, "The meaning of 'investment' in the ICSID Convention" in "Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts" a cura di Peter H F Bekker, Rudolf Dolzer e Michael Waibel, Cambridge University Press 2010, p. 327

⁴¹⁸ "1: an expenditure of money for income or profit or to purchase something of intrinsic value: capital outlay [...] 2: the commitment of funds with a view to minimizing risk and safeguarding capital while earning a return- contrasted with speculation 3: the commitment of something other than money to a long-term interest or project"; Webster's Third New International Dictionary (Webster-Merriam, 1971) p. 1190

⁴¹⁹ "Investir: placer des fonds /Investir des capiteux dans une enterprise […] Investissement: Nouveau moyen de production /Placement des fonds", Petit Larousse Illustré (Paris: Librarie Larousse 1968) p. 555

⁴²⁰ "Inversión: acción y efecto de invertir… Invertir: hablando de caudales- empearlos en aplicaciones productivas" Diccionario General Ilustrado de la Lengua Española (SPES, Barcelona 1953).

⁴²¹ Vengono indicati i Model BIT di Burundi, Francia, Germania, Malesia e Regno Unito

⁴²² Julian D Mortenson, "The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law", Harvard International Law Journal, Vol. 51, N. 1, 2010 120

Un altro studio⁴²³ suggerisce un approccio diverso. Viene riconosciuto che la definizione giuridica è una "lotta senza fine" e viene assunta come base la nozione economica. Si sostiene che non è appropriato lasciare completamente ai giuristi la ricerca della nozione di "investimento", ma che la nozione ricostruita dalla scienza economica e dalle organizzazioni economiche internazionali dovrebbe essere sempre considerata. Viene considerata la definizione del Fondo Monetario Internazionale che consiste, in breve, "in any present expenditure (monetary or not) for the production of goods or services for future consumption"424 e su moltissimi asset.

Un ulteriore requisito: la buona fede

Le critiche enumerate nel paragrafo precedente dimostrano che il dibattito sui criteri di Salini continua e, con la decisione del 2009 del caso Phoenix Action Ltd contro Repubblica Ceca⁴²⁵ (ICSID Caso N. ARB/06/5), il tribunale costituito ha espresso un nuovo criterio, o requisito: la "buona fede".

Il ricorrente era una società israeliana, fondata e interamente posseduta dal cittadino ceco Vladimir Beno; tale società, la Phoenix Action Ltd. aveva acquistato la Benet Praha (BP) e la Benet Group (BG), due società ceche. Le due società in questione BP e BG svolgevano attività complementari di acquisto all'estero, rivendita e circolazione all'interno della Repubblica Ceca di leghe ferrose. La Phoenix divenne la sola proprietaria di BP e BG il 26 ottobre 2002. Il rapporto tra il Ricorrente, socio unico della israeliana Phoenix che aveva acquisito le due imprese ceche, non è cominciato nel 2002, ma aveva un antefatto piuttosto complesso che è importante cercare di riassumere. La società Benreal s.r.o., proprietaria di BP fino al 2002 era interamente di proprietà di Vladimira Beno, moglie di Vladimir il quale era stato un alto dirigente di BP stessa. Ad aprile 2001 venne aperta un'indagine per evasione fiscale e doganale, un ordine di arresto venne emesso per Vladimir Beno, documenti e registri contabili di BP vennero sequestrati e diversi conti congelati. Vladimir Beno riuscì a sfuggire all'arresto e a fuggire in Israele, Paese di cui ottenne la cittadinanza e in cui ha poi fondato la Phoenix per comprare la BP, di proprietà della Benreal, a sua volta di proprietà della moglie per 4000 dollari e la BG dalla società Yugo Alloys, quest'ultima, invece, di proprietà della

⁴²³ Cfr. Michail Dekastros, "Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention", The Journal of World Investment & Trade N. 14, 2013

⁴²⁵ ICSID Caso N. ARB/06/5; testo completo:

figlia. Nel 2008, ad azione già iniziata davanti all'ICSID, ma prima della sentenza, Beno ha rivenduto, a sua volta, BP alla società della moglie per lo stesso prezzo di 4000 dollari a cui l'aveva acquistata. Vladimir Beno ha ricorso all'ICSID per far valere la violazione del BIT Israele-Repubblica Ceca⁴²⁶ (entrato in vigore nel 1999) a causa del congelamento continuato di fondi e conti correnti e del sequestro dei conti della società BP. Con riguardo alla sussidiaria BG, il ricorso era motivato dai ritardi della giustizia civile nella decisione di una controversia tra questa società ed un cittadino ceco riguardo alla proprietà di una società di comodo e di una fonderia.

Nella parte di decisione relativa alla giurisdizione, il tribunale ICSID ha elencato i criteri di Salini aggiungendovi, però, il rispetto delle leggi locali e la buona fede nell'effettuazione dell'investimento⁴²⁷ ed è proprio a questo requisito che è utile porre attenzione. Nel discutere il requisito della buona fede, bisogna ricordare che il tribunale lo ha posto in un elenco in cui esso è, molto chiaramente, parificato dal punto di vista qualitativo ai criteri di Salini ed al rispetto delle leggi interne ceche: questo elenco si trova al paragrafo 114 ed il punto 6 recita "assets invested bona fide". Per verificare che l'investimento fosse stato realizzato in buona fede, il tribunale è passato ad esaminare diversi fatti relativi all'investimento stesso. Sono due le tipologie di fatto che il tribunale ha esaminato per stabilire la sussistenza o meno del criterio della buona fede.

In primo luogo ha esaminato le tempistiche 428 del preteso investimento e dell'azione davanti all'ICSID ed ha rilevato che l'investimento (ossia l'acquisto delle società) era stato effettuato in un momento in cui le indagini penali, i sequestri e i procedimenti davanti ai tribunali civili delle due società ceche acquistate dalla Phoenix erano già in svolgimento da un tempo compreso tra i quattordici e i venti mesi ed il supposto danno da esse subite si era già verificato ed era in fase di svolgimento: la Phoenix, per sua stessa ammissione risultante dai verbali di udienza, ha inteso presentare all'ICSID una controversia "preesistente". Altro aspetto del tempismo dell'azione considerato è che la Ricorrente Phoenix ha presentato una notifica alla Repubblica Ceca per l'inizio dell'azione davanti all'ICSID dopo soli due mesi dalla conclusione del contratto di acquisto delle due società ceche e prima di effettuare la registrazione del passaggio di proprietà. Qualsiasi danno alle società ceche acquistate, in particolare la violazione del trattamento giusto ed equo stabilito dal BIT, si è verificato prima dell'acquisto ed aveva già colpito le società ceche acquistate. Qualunque fosse l'ingiustizia ai danni delle due società ceche, la società straniera ricorrente che le ha acquistate

-

⁴²⁶ Accordo tra il Governo della Repubblica Ceca e il Governo dello Stato di Israele per la reciproca incentivazione e protezione degli investimenti, firmato nel 1997; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/943

⁴²⁷ Cfr. paragrafo 114 della decisione

⁴²⁸ Cfr. paragrafi 136- 138 della decisione

l'ha subita per soli due mesi: è ovvio che un ricorso all'ICSID per un ritardo della giustizia interna (in violazione del BIT), dopo soli due mesi dall'effettuazione dell'investimento straniero si riferisce, in realtà ai danni e alle violazioni subite dalle società locali prima dell'operazione di investimento.

È stata descritta dal tribunale la sostanza della transazione 429 in questa operazione economica in cui Vladimir Beno ha comprato le società che erano, sostanzialmente, di proprietà della moglie e della figlia e le ha rivendute dopo qualche tempo per lo stesso prezzo mostrando che, dietro lo schermo dell'estraneità della società israeliana, si nasconde una semplice "redistribuzione di *asset* all'interno della famiglia Beno". È stata messa in dubbio dal tribunale la natura di investimento dell'operazione: nessuna attività economica è stata realizzata da Phoenix, nessun piano di rifinanziamento o obiettivi economici sono stati perseguiti; soprattutto il prezzo molto basso ed uguale sia per l'acquisto che per la rivendita ha insospettito il tribunale riguardo la genuinità dell'operazione di investimento. Questo prezzo, però, non solo era squilibrato rispetto al valore di mercato delle società, ma anche rispetto al risarcimento richiesto dall'acquirente, immediatamente dopo l'operazione, per il danno agli *asset* delle società.

Gli elementi citati hanno portato il tribunale alla conclusione che l'acquirente non avesse effettuato alcun investimento, ma solo eseguito una redistribuzione di *asset* interna alla propria famiglia, senza che nessun interesse realmente straniero vi fosse entrato, al solo fine di ammantare di estraneità una controversia interna contro lo Stato ceco per poter traslare la controversia davanti all'ICSID. L'intera operazione, spacciata dal Ricorrente come "investimento", era uno stratagemma per accedere alla giurisdizione ICSID; tale comportamento consiste in un "détournement de procédure" che consiste nella "Claimant's creation of a legal fiction in order to gain access to an international arbitration procedure to which it was not entitled" 1.

L'impressione finale è che, in questo giudizio, il tribunale ICSID, avendo rilevato un evidente uso abnorme della tutela offerta dal BIT tra Israele e la Repubblica Ceca e dalla Convenzione di Washington, non abbia ritenuto l'investitore degno di tutela e sia ricorso alla creazione di un criterio supplementare ricavato dai principi generali di buona fede e divieto di abuso di diritto; nel fare ciò avrebbe, forse, sarebbe stato opportuno non mischiare in uno stesso elenco i quattro elementi del test di Salini, che qualificano un'operazione come "investimento", con la necessità di evitare di trattare ricorsi fraudolenti per la protezione di investimenti stranieri effettuati al solo scopo di

⁴²⁹ Cfr. paragrafi 139-143 della decisione

⁴³⁰ Paragrafo 143 della decisione; "creazione, da parte del Ricorrente, di una finzione legale per guadagnare l'accesso ad un arbitrato internazionale al quale non ha diritto"

usufruire della tutela dell'ICSID (in cui si sostanzia il requisito della buona fede). Tali investimenti stranieri, pur non meritando una tutela giurisdizionale ICSID, restano pur sempre, di fatto, "investimenti stranieri". Il requisito della buona fede ricostruito in questo caso sembra, in realtà, un meccanismo di "autodifesa" del tribunale per bloccare le azioni che costituiscano abuso di diritto

4 Approccio soggettivo

Un esempio di approccio soggettivo da parte dell'ICSID è *MCI Power Group LC and New Turbine Incorporated contro Ecuador*⁴³¹ (*ICSID Caso N. ARB/03/6*)⁴³². Davanti al tribunale ICSID, l'Ecuador eccepì la giurisdizione dello stesso per il fatto che, tra gli altri, l'operazione di Seacoast (società in *joint-venture* con le Ricorrenti e che si occupava di fornitura di elettricità) non poteva definirsi investimento per due ragioni. In primo luogo, secondo l'Ecuador né la Convenzione ICSID né il BIT USA-Ecuador⁴³³ definivano compiutamente l'investimento e, pur riconoscendo l'ampiezza di significato che la giurisprudenza ha riconosciuto a questa nozione, ha contestato anche qualsiasi ricostruzione che alteri in modo troppo profondo il significato (economico) del termine che richiede un progetto duraturo, l'attesa di profitto, l'assunzione di un rischio, l'esistenza di un impegno sostanziale di capitale e la significatività per lo sviluppo dell'economia dello Stato ospite. La durata era incerta, vista la situazione di emergenza (una crisi energetica era in corso), gli

⁴³¹ ICSID Caso N. ARB/03/6; testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0500.pdf ⁴³² Nel corso di una crisi energetica in Ecuador nel 1995, l'INECEL (Istituto Elettricità dell'Ecuador) firmò un contratto con la Seacoast, una società fondata in Texas controllata dalla Briggs-Cockerham LLC. Tale contratto, della durata di sei mesi, prevedeva l'istallazione di due impianti di produzione di energia elettrica in Ecuador e la vendita all'INECEL dell'energia prodotta. Dopo la firma del contratto, i proprietari della Seacoast decisero di iniziare una joint-venture con tre società statunitensi: la M.C.I. Power Group L.C. (MCI), la New Turbine Inc. e la Old Dominion Electric Cooperative (ODEC); sarà proprio tale joint-venture il collegamento che darà legittimazione ad agire alle prime due società, non direttamente parti del contratto. Alla fine del 1995 le tre società investitrici fondarono due società a responsabilità limitata secondo il diritto della Virginia, definite nelle Memorie come "Power Ventures", le quali, a loro volta, fondarono la sussidiaria di diritto ecuadoriano Power Services Ecuador Ecuapower Cia. Ltda (Ecuapower). Le frizioni cominciarono a sorgere all'inizio del 1996 tra l'INECEL e la Seacoast riguardo la data di inizio, la durata del contratto, il pagamento nella forma "prendere o pagare", il rimborso dei costi del carburante e l'imposizione di penali e multe. Il 12 aprile la Seacoast sospese le operazioni nei due impianti sulla base di mancati pagamenti che sarebbero stati dovuti in base al contratto mentre, poco tempo dopo, la INECEL dichiarò risolto il contratto per scadenza dei termini. Successivamente gli investitori originari si ritirarono e la Seacoast e la Ecuapower rimasero sotto il controllo congiunto delle tre società americane sopracitate e il 12 luglio 1996 le partecipazioni negli impianti di Seacoast vennero vendute ad Ecuapower mentre Seacoast mantenne i crediti poi ceduti ad M.C.I. Power Group L.C. e New Turbine Inc (la ODEC trasferì i propri diritti e obblighi nell'ambito della joint-venture alle altre due società). Bisogna aggiungere che, dopo la fine del contratto con Seacoast, l'Ecuador firmò un nuovo contratto con Ecuapower della durata di tre anni.

⁴³³ Trattato tra gli Stati Uniti d'America e la Repubblica dell'Ecuador riguardante l'incentivazione e la reciproca protezione degli investimenti, firmato nel 1993; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1065

impianti erano stati trasferiti tal quali nel Paese e Seacoast produceva l'energia richiesta dietro la promessa di un compenso prefissato in una fattispecie di compravendita commerciale senza rischio da investimento. In secondo luogo, sempre secondo l'Ecuador, la definizione estremamente ampia di investimento che offriva il BIT non rilevava, in quanto tale trattato era entrato in vigore dopo lo svolgimento dei fatti rilevanti per il giudizio e dopo che la Seacoast aveva ceduto i propri asset materiali ad Ecuapower (sussidiaria locale). Gli unici fatti di rilievo avvenuti dopo l'entrata in vigore del BIT erano i negoziati per la chiusura del contratto, i negoziati per risolvere la controversia tramite arbitrato e il ritiro, da parte dell'Ecuador, del permesso di operare a Seacoast: nulla che potesse costituire un investimento secondo l'Ecuador. I ricorrenti hanno poggiato la propria controdeduzione sull'esistenza dell'investimento sul fatto che, al momento dell'entrata in vigore del BIT, la Seacoast era titolare di asset intangibili, nella specie, il permesso di operare, i propri diritti contrattuali da soddisfare e una ramificazione (Ecuapower) che operava in Ecuador. Il BIT USA-Ecuador includeva le domande aventi ad oggetto somme di denaro e i diritti contrattuali e i "licences or permits" includevano il permesso di operare in Ecuador. Vengono, inoltre, citati dai ricorrenti i casi Československa obchodní banka (CSOB) contro Slovacchia⁴³⁴, Fedax contro Venezuela⁴³⁵ e Tokios Tokèles contro Ucraina⁴³⁶ come precedenti in cui la definizione di investimento è stata rimessa alla volontà delle parti. Per parte sua il tribunale non ha esaminato neppure la questione della sussistenza o meno dei caratteri dell'investimento come elencati dal Resistente, ma "from a simple reading of Article 25(1), the Tribunal recognizes that the ICSID Convention does not define the term "investments". The Tribunal notes that numerous arbitral precedents confirm the statement in the Report of the Executive Directors of the World Bank that the Convention does not define the term "investments" because it wants to leave the parties free to decide what class of disputes they would submit to the ICSID",437. In un successivo paragrafo 438 il tribunale ha affermato che i caratteri del rischio, della durata, dell'aspettativa di profitto, dell'impegno del capitale e dello sviluppo dello Stato ospite sono "meri esempi" non sempre richiesti per la presenza di un investimento. In forza di questa affermazione, il tribunale ha deciso che la definizione del BIT (in questo caso asset-based e molto ampia) dimostra la volontà delle parti di considerare i reclami di denaro e, in generale, gli asset immateriali come inclusi nella definizione

_

⁴³⁴ ICSID Caso N. ARB/97/4

⁴³⁵ ICSID Caso N. ARB/96/3

⁴³⁶ ICSID Caso N. ARB/02/18

⁴³⁷ Paragrafo 159 della decisione; "da una semplice lettura dell'articolo 25 [...] riconosce che la Convenzione ICSID non definisce il termine investimento. Il Tribunale nota che numerosi precedenti arbitrali confermano l'affermazione nel Rapporto dei Direttori Esecutivi della Banca Mondiale che la Convenzione non definisce il termine "investimento" perché vuole lasciare le parti libere di decidere che tipo di controversie sottoporre all'ICSID".

⁴³⁸ Paragrafo 165 della decisione

di investimento. Dalla decisione sulla giurisprudenza nel caso appena esaminato si comprende come, la "soggettività" risieda, tipicamente, nella relatività del concetto di investimento che viene, di volta in volta, fornito dallo strumento internazionale di tutela su cui poggia il consenso alla giurisdizione degli Stati contraenti e, dunque, sono gli Stati contraenti a decidere quanto ampia sarà, nelle future controversie, la nozione di investimento su cui gli investitori potranno fare affidamento per ricorrere all'ICSID. L'essenza dell'approccio soggettivo è stata anche espressa molto efficacemente in un passaggio della decisione Biwater Gauff (Tanzania) Limited contro Repubblica Unita della Tanzania⁴³⁹ (ICSID Caso N. ARB/05/22). In questo caso è stato statuito che "in the Tribunal's view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five Salini criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law", 440. I criteri, insomma, "do not appear in the ICSID Convention [...] given that the Convention was not drafted with a strict, objective, definition of "investment", it is doubtful that arbitral tribunals sitting in individual cases should impose one such definition which would be applicable in all cases and for all purposes"⁴⁴¹. Viene anche citato un autore⁴⁴² secondo il quale "there is no multilateral grant of authority over objective interpretation granted to individual tribunals sitting in cases of particular investor-State disputes",443.

5 Le spese pre-investimento

Un'ultima puntualizzazione è necessaria per ricostruire la base della nozione di investimento straniero accolta dall'ICSID ed è sul problema della qualificazione delle spese antecedenti l'operazione di investimento. Un'azienda straniera, ad esempio, può incorrere in spese ingenti per la preparazione di un'offerta in una gara d'appalto per un'opera pubblica in un Paese straniero; se la gara viene vinta, ma le trattative vengono interrotte per causa non imputabile al vincitore e

⁴³⁹ICSID Caso N. ARB/05/22

Paragrafo 312 della decisione; "secondo l'opinione del tribunale, non vi è una base per un'applicazione meccanica o troppo ristretta dei cinque criteri di Salini in ogni caso. Questi criteri non sono fissati o vincolanti secondo diritto"
 Paragrafo 313 della decisione; "non appaiono nella Convenzione ICSID [...] visto che la Convenzione non è stata redatta con una definizione ristretta ed obiettiva di "investimento", si dubita che i tribunali arbitrali, decidendo su casi singoli debbano imporre una tale definizione unica che sarebbe applicabile in tutti i casi e a tutti i fini"
 Lischan in ""A Notion of ICSID Investment" in Investment Treaty Arbitration: A Debate and Discussion" di T.
 Weiler, ed. 2008

⁴⁴³ "non vi è un suggello multilaterale di un'autorità su un'interpretazione oggettiva fissata su per tutti i tribunali che deliberano su singole controversie Stato-investitore"

l'investimento non si realizza, può l'investitore, o aspirante tale, rivolgersi all'ICSID per il risarcimento di quanto speso? Il caso in cui viene affrontato e risolto questo problema è *Mihaly International Corporation contro Repubblica Democratica Socialista di Sri Lanka*⁴⁴⁴ (ICSID Caso N. ARB/00/2).

La società statunitense Mihaly aveva vinto una gara per la costruzione di una centrale elettrica in Sri Lanka secondo lo schema BOT (*build-operate-transfer*), ossia per costruire, operare e poi, dopo un certo periodo di tempo, trasferire la proprietà di un dato impianto. Le lettere di intenti dello Stato stabilivano un certo periodo di negoziati esclusivi fissandone anche i principi generali, mentre la società americana incorreva già in spese per la preparazione dell'offerta per la realizzazione di un progetto così complesso. Dopo alcuni mesi i negoziati sono stati interrotti e la società esclusa. Quest'ultima ha ricorso all'ICSID per violazione del BIT Stati Uniti- Sri Lanka⁴⁴⁵ del 1991, in particolare sotto il riguardo del trattamento giusto ed equo che include il diniego di giustizia.

Il tribunale non ha esaminato il modo in cui il denaro è stato speso e se, in pratica, le spese che sono state effettuate sul territorio possono essere considerate investimento a sé stante, ma si è basato sugli scambi di documenti tra le parti.

Il ricorrente chiedeva che le spese precedenti all'operazione di investimento venissero considerate parte dell'investimento stesso in ragione della loro essenzialità per il progetto stesso e poiché l'inclusione delle spese preparatorie nei costi dell'investimento era pratica generale dei governi e dei creditori⁴⁴⁶.

Il resistente non contestava l'inclusione delle spese preliminari nel computo totale dell'investimento (in caso si fosse realizzato), ma osserva che è necessario un "agreement or consent of the host government to receive or admit the investment in question" Mihaly non poteva, quindi, considerare parte dell'investimento le spese preparatorie poichè era mancato sia l'accordo finale con il Governo dello Sri Lanka sulla realizzazione dell'investimento, sia la realizzazione dell'investimento stesso. Secondo il resistente, per poter sussistere il consenso alla giurisdizione, si deve dare il caso di un investimento ai sensi del BIT interessato. In questo caso, secondo il Governo dello Sri Lanka, le lettere di intenti, di accordo e di estensione scambiate con la controparte non

⁴⁴⁴ ICSID Caso N. ARB/00/2; testo completo:

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C189/DC606 En.pdf

⁴⁴⁵ Trattato tra gli Stati Uniti d'America e la Repubblica Democratica Socialista dello Sri Lanka riguardante la reciproca incentivazione e protezione degli investimenti, firmato nel 1991; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2295

⁴⁴⁶ Paragrafo 34 della decisione

⁴⁴⁷ Paragrafo 35 della decisione; "l'accordo o il consenso del governo dello Stato ospite a ricevere o ammettere l'investimento in questione"

costituivano un "investment agreement" né "investment authorization granted by Sri Lanka's foreign investment authority" come, invece, è richiesto dal BIT, ai fini della sussistenza di una controversia su un investimento dall'articolo VI, paragrafo 1, lettere (a) e (b) rispettivamente.

Secondo il ricorrente, il consenso alla giurisdizione poteva essere ricostruito in base all'articolo VI, paragrafo 1, lettera (c) del BIT secondo il quale una controversia da investimento può consistere in "an alleged breach of any right conferred or created by this Treaty with respect to an investment" il diritto relativo ad un investimento è stabilito nell'articolo 2 del BIT e consiste nel trattamento giusto ed equo, nella piena protezione e sicurezza e nel trattamento rispettoso degli standard del diritto internazionale.

Secondo il tribunale le Lettere scambiate tra le parti tra il 1993 e 1994 non contenevano obbligazioni vincolanti né per lo Stato né per il Ricorrente e non vi era alcuna accettazione o avallo da parte del Governo dello Sri Lanka per le spese preparatorie e la loro considerazione come investimento. Il tribunale non poteva accettare "as a valid denomination of "investment", the unilateral or internal characterization of certain expenditures by the Claimant in preparation for a project of investment", 451.

Il ricorrente si richiamava al BIT, ma, secondo il tribunale, esso si applicava agli investimenti già posti in essere, ad essi andava garantito il trattamento giusto ed equo, non alle spese preparatorie che un investitore ha scelto autonomamente di affrontare per un investimento mai venuto alla luce e sulla base di uno scambio di scambi di intenti non vincolanti e che non provano l'ammissione dell'investimento stesso come richiesto dal BIT. Nelle battute finali il tribunale puntualizza che, pur essendo il ricorso infondato, esso non è futile, temerario o in malafede (*"frivolous, vexatious or malicious"*) e che il Ricorrente, pur non avendo accesso all'ICSID, non ha preclusa qualsiasi altra azione che egli possa intraprendere davanti ad organi di giustizia nazionali o internazionali.

In questo caso il tribunale non esclude in assoluto che le spese preparatorie di un investimento possano essere considerate parte integrante dell'investimento stesso, ed essere assieme ad esso tutelate, tuttavia deve essere posta attenzione al requisito del consenso dello Stato ospite che deve sussistere e riguardare ogni fase del progetto: un investitore non può unilateralmente, in assenza di impegni vincolanti discendenti da un contratto di investimento o di un'autorizzazione dello Stato ospite, scegliere di "anticipare" la fattispecie tutelata dell'"investimento" alla fase preparatoria. In

128

⁴⁴⁸ Paragrafo 52 della decisione; "accordo di investimento"

⁴⁴⁹ Id. "un'autorizzazione concessa dall'autorità degli investimenti stranieri dello Sri Lanka"

⁴⁵⁰ "una supposta violazione di qualsiasi diritto conferito o creato da questo Trattato in relazione ad un investimento"

⁴⁵¹ Paragrafo 61 della decisione; "come una valida denominazione di "investimento" la caratterizzazione interna e unilaterale di certe spese del Ricorrente in preparazione di un progetto di investimento"

questo caso il tribunale nega la sussistenza di un "investimento" per la mancanza del consenso allo svolgimento dell'investimento stesso. In casi come questo, difficilmente le spese preparatorie possono essere considerate "investimento" né attraverso l'approccio soggettivo né attraverso quello oggettivo. Nel caso dell'applicazione dell'approccio soggettivo, non ci sono trattati, in particolare BIT, che anticipino la tutela alla preparazione, mentre nel caso dell'approccio oggettivo è praticamente impossibile che le spese preparatorie soddisfino il test di Salini, in particolare il requisito della durata

6 Decisioni giudiziarie ed arbitrali

Un problema che bisogna porsì a causa della generale tendenza all'espansione della nozione di investimento, sia da parte dei trattati che da parte della giurisprudenza, è quello della possibilità di qualificare le decisioni giudiziarie ed arbitrali in materia commerciale, come "investimenti" al di là delle fattispecie giuridiche incluse nel giudicato. Può una decisione, se favorevole ad un soggetto e se non eseguita, costituire un investimento da proteggere, a sua volta, davanti alle corti internazionali o a qualunque istanza stabilita da un trattato di protezione degli investimenti applicabile? Bisogna tenere a mente che una risposta positiva avrebbe effetti dirompenti in virtù della Convenzione di New York sul Riconoscimento e l'Esecuzione degli Arbitrati Stranieri del 1958 che renderebbe una decisione arbitrale esecutiva in qualunque Stato parte della Convenzione di pagina alla definizione di investimento del Model BIT del 2012, la numero 3, che recita: "The term "investment" does not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action" des not include an order or judgment entered in a judicial or administrative action" del model Bit di concenta possono essere citati due casi in cui due tribunali sono giunti a conclusioni parzialmente diverse del vierse del concenta di conclusioni parzialmente diverse del concenta del vierse del diverse del concenta di conclusioni parzialmente diverse del concenta del vierse del concenta di conclusioni parzialmente diverse del concenta del vierse del concenta del vierse del concenta del conce

⁻

⁴⁵² Convenzione sul riconoscimento ed esecuzione degli arbitrati stranieri, firmata nel 1958; testo completo: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf

⁴⁵³ A meno che la decisione arbitrale non sia stata annullata da una corte interna dello Stato in cui si è svolto il procedimento arbitrale; cfr. Jan Asmus Bischoff e Richard Happ, "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 540

 ⁴⁵⁴ Stati Uniti Model BIT del 2012; testo completo: https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf
 455 "Il termine investimento non include ordini o giudizi ottenuti in un'azione giudiziaria o amministrativa"

⁴⁵⁶ Secondo Jan Asmus Bischoff e Richard Happ ("International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 540) un investitore potrebbe, ad esempio, ricorrere all'ICSID contro uno Stato per costringerlo ad eseguire un arbitrato od una decisione che ha coinvolto una entità sub-statale. Lo Stato ha più *asset* (anche all'estero) su cui soddisfarsi e le conseguenze, anche politiche, di una mancata esecuzione di una decisione ICSID sarebbero assai più gravi rispetto alla mancata esecuzione di un arbitrato di altra istituzione che condannasse un'entità sub-statale.

Il problema viene trattato dalla Corte Permanente di Arbitrato nel caso Romak S.A. contro Repubblica dell'Uzbekistan⁴⁵⁷ (PCA Caso N. AA280) (iniziato nel 2006), che si è già esaminato a proposito del carattere del rischio di un investimento: il ricorso alla Corte Permanente di Arbitrato, in questo caso, seguiva, infatti, ad un arbitrato del GAFTA (Grain and Feed Trade Association) a favore dell'investitore. Secondo il ricorrente il lodo arbitrale favorevole consisteva in un investimento in quanto unione di ben due elementi della lista asset-based del BIT⁴⁵⁸ applicabile ossia, al punto (c) ed (e), un "right to money" e una "decision of the authority in accordance with the law" 459. Il tribunale ha statuito che "the GAFTA Award is so inextricably linked to the Romak Supply Agreement that any determination as to whether Romak holds an investment under the BIT cannot be made without reference to the entire economic transaction that is the subject of these arbitral proceedings"460. In osservanza della concezione unitaria dell'investimento, quindi, il tribunale è riuscito ad evitare una trattazione diretta del problema: invece di stabilire se il singolo asset costituiva un "investimento", ha esaminato l'intera operazione che ha dato luogo alla controversia davanti al GAFTA. Alla fine del paragrafo 211 il tribunale ha fatto un'importante precisazione: "The GAFTA Award merely constitutes the embodiment of Romak's contractual rights (as determined by the GAFTA Arbitral Tribunal) stemming from the wheat supply transaction entered into by Romak. If the underlying transaction is not an investment within the meaning of the BIT, the mere embodiment or crystallization of rights arising thereunder in an arbitral award cannot transform it into an investment', 461. Questo tribunale, quindi, non ha affrontato direttamente il problema ed ha incluso il lodo nell'insieme unitario dell'operazione che di per sé non costituiva un "investimento".

Un caso ICSID in cui è stata negata la natura di "investimento" di un lodo arbitrale, in base ad un argomento più complesso, è *GEA Group Aktiengesellschaft contro Ucraina*⁴⁶² (*ICSID Caso N. ARB/08/16*). Nel 1995 venne concluso un contratto tra una società tedesca, la New Klöckner, ed una

⁴⁵⁷ PCA Caso N. AA280; testo completo: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0716.pdf

⁴⁵⁸ Accordo tra la Confederazione svizzera e la Repubblica dell'Uzbekistan sull'incentivazione e la reciproca protezione degli investimenti, firmato nel 1993; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2328

⁴⁵⁹ Cfr. paragrafo 209 della decisione

⁴⁶⁰ Paragrafo 211 della decisione; "il lodo GAFTA è così inestricabilmente collegato al contratto di fornitura di Romak che ogni determinazione riguardo a se Romak detiene un investimento secondo il BIT non può prescindere dal riferimento all'intera transazione economica che è oggetto di questo procedimento arbitrale"

⁴⁶¹ "Il lodo GAFTA costituisce meramente l'incarnazione (*"embodiment"*) dei diritti contrattuali di Romak (come determinati dal Tribunale Arbitrale GAFTA) scaturenti dalla transazione per la fornitura di grano in cui partecipa Romak. Se la transazione sottostante non è un investimento nel senso del BIT, la mera incarnazione o cristallizzazione dei diritti in un lodo arbitrale non possono trasformare la transazione in un investimento"

⁴⁶² ICSID Caso N. ARB/08/16; testo completo:

società ucraina posseduta dallo Stato, la Oriana, avente ad oggetto la trasformazione di nafta secondo lo schema del tolling agreement ossia un contratto in cui una parte, proprietaria di materie prime, le trasferisce ad una controparte per la trasformazione in un prodotto più raffinato, mantenendo la proprietà sia della materia prima che del prodotto finale. Dopo diverse trasformazioni e fusioni la società tedesca venne infine acquisita dal Ricorrente GEA Group Aktiengesellschaft. Il contratto di fornitura proseguì senza problemi fino alla fine del 1997, in cui i rapporti cominciarono a guastarsi, fino a quando, nel 1998, venne scoperta la sparizione di 125.000 tonnellate di combustibile. Le parti tentarono la via negoziale attraverso due accordi che prevedevano un risarcimento da parte di Oriana e il ricorso alla Camera di Commercio Internazionale in caso di controversia. Nel 2002 la New Klöckner ottenne un lodo della ICC contro Oriana per un risarcimento di 30 milioni di dollari statunitensi e tentò l'esecuzione del lodo in Ucraina, ma se lo vide negare a causa di un difetto di rappresentanza nella firma dell'accordo che conteneva la clausola compromissoria. Nel 2008 la GEA Group Aktiengesellschaft iniziò un'azione davanti all'ICSID contro l'Ucraina, che aveva violato le "ripetute promesse" di assicurarsi che alla società tedesca venisse pagato il dovuto, in base al BIT Germania-Ucraina⁴⁶³ del 1993 per una serie di obblighi violati tra cui le norme sull'espropriazione indiretta ed il trattamento giusto ed equo. Il ricorrente sosteneva che il proprio investimento consistesse in tre diversi aspetti: il primo era il contratto originale per la conversione del carburante in unione ai diritti di proprietà sui prodotti, il secondo consisteva nei due accordi di "Settlement" e "Repayment", stipulati dopo la scoperta della mancanza di una quota di carburante, ed il terzo era l'arbitrato ICC che costituiva, sempre secondo il ricorrente, un investimento⁴⁶⁴ e, in particolare, la liquidazione di quanto dovuto secondo la coppia di accordi prima citati. Secondo lo Stato resistente, però, il lodo "is not an asset that was contributed to Ukraine, it was not made in Ukraine, and therefore it does not fall within the definition of an investment, 465. Il tribunale ha concordato con il resistente e specificato che il lodo "Properly analysed, it is a legal instrument, which provides for the disposition of rights and obligations arising out of the Settlement Agreement and Repayment Agreement (neither of which was itself an "investment"). Even if – arguendo – the Settlement Agreement and Repayment Agreement could somehow be characterised as "investments," or the ICC Award could be characterised as directly arising out of the Conversion Contract or the Products, the Tribunal considers that the fact that the Award rules upon rights and obligations arising out of an investment

⁻

⁴⁶³ Accordo tra la Repubblica Federale Tedesca e l'Ucraina sulla incentivazione e reciproca protezione degli investimenti, firmato nel 1993; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1442
⁴⁶⁴ Cfr. par. 145 e ss. della decisione

⁴⁶⁵ "non è un *asset* fatto oggetto di contribuzione all'Ucraina, non è stato prodotto in Ucraina e, dunque, non ricade nella definizione di investimento"

does not equate the Award with the investment itself^{*,466}. Questo tribunale è giunto alla conclusione che un lodo arbitrale o una decisione non possono mai costituire "investimento" anche se i diritti in essi statuiti sono parte di un'operazione di investimento. In questo caso le fattispecie che avevano dato luogo al lodo arbitrale non erano investimenti, ma, anche se lo fossero state, non avrebbero mai potuto trasmettere la loro natura di "investimento" al lodo arbitrale.

Come si vede la risposta a questa problematica ha soluzioni variegate. Nel primo caso esaminato (Romak) la trattazione diretta viene evitata, ma viene adombrata la possibilità che il lodo possa essere considerato "investimento" in virtù del tipo di rapporti sottostanti ed in esso "cristallizzati". In altre parole, il lodo arbitrale non può costituire "investimento" se l'operazione economica in controversia non lo è. Nel secondo caso, invece, viene esclusa la natura di "investimento" a prescindere dalle fattispecie incluse: anche se costituissero "investimento", il lodo non è, a sua volta "investimento" solo perché verte su tale operazione economica. Di certo resta che in nessun caso un lodo può rendere "investimento" ciò che non lo era prima del sorgere della controversia. In queste decisioni, si riscontra un atteggiamento bilanciato da parte dei tribunali che hanno, evidentemente, voluto evitare di aprire il "vaso di Pandora" della trasformazione di un lodo o decisione di un'autorità in investimento. Secondo certa dottrina 467, è difficile immaginare che una posizione giuridica che non costituisce investimento posa diventare tale solo perché un tribunale ha affermato la sua esistenza. Può essere, invece, convincente la possibilità che un lodo costituisca "cristallizzazione" della posizione giuridica in cui si sostanziava l'investimento. Bisogna, sicuramente, aggiungere che, in virtù dell'unità dell'operazione economica, il problema della considerazione del lodo perde di importanza davanti alla totalità dell'operazione.

7 I diritti di proprietà intellettuale nei trattati di protezione degli investimenti

I diritti di proprietà intellettuale hanno acquisito una sempre maggiore importanza nella vita economica e nello sviluppo degli Stati. All'aumento della loro rilevanza economica si è posto sempre più pressante il problema della loro protezione. Essi sono stati fatti rientrare nei trattati di protezione degli investimenti, anche se si presentano in forma atipica rispetto alla nozione di

⁴⁶⁶ Paragrafi 161 e 162 della decisione; "propriamente analizzato è uno strumento legale, che tratta di diritti e obblighi scaturenti dal *Settlement Agreement* e *Repayment Agreement* (nessuno dei quali è un investimento). Anche se [gli Accordi] potessero essere caratterizzati come "investimenti" [...] il tribunale considera che il fatto che il lodo giudichi su diritti e obblighi scaturenti da un investimento non rende il lodo equivalente ad un investimento stesso"

⁴⁶⁷ Cfr. Jan Asmus Bischoff e Richard Happ in "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 541

"investimento diretto" propria della scienza economica. Secondo certa dottrina, tuttavia, è ovvio che i diritti di proprietà intellettuale siano protetti come investimenti⁴⁶⁸.

Si può osservare dagli elenchi citati nelle pagine precedenti che i diritti di proprietà intellettuale, inseriti espressamente nei trattati di protezione degli investimenti, restano, più o meno, sempre gli stessi, mentre gli elenchi possono essere più o meno lunghi e dettagliati. Un problema che resta sempre in agguato è la definizione ed il contenuto di questi diritti ed il rapporto con il diritto interno: fino a che punto si può ritenere esista un legame, o un richiamo, tra il significato da attribuire ai diritti a livello internazionale pattizio ed il contenuto dei diritti a livello interno? Esiste una nozione autonoma di diritto di proprietà intellettuale nel diritto internazionale? A questi problemi cercano una risposta due autori⁴⁶⁹ che propongono due approcci basilari diversi⁴⁷⁰.

Il primo approccio è quello della "delega" ("delegation") che ha per base l'assunto che il diritto internazionale non può autonomamente definire ogni operazione e fattispecie e poggia sulle definizioni ed i concetti del diritto nazionale (ad esempio nell'attribuzione della nazionalità ad una persona o nella collocazione delle linee di base). La forma più forte di delega è il "rinvio" ("referral") che consiste nel principio secondo il quale il contenuto del diritto di proprietà intellettuale che può costituire "investimento" è interamente definito dal diritto interno. Senza una previsione del diritto interno che riconosca una forma di proprietà intellettuale, l'investimento protetto non può esistere perché mancherebbe totalmente di sostanza: non solo mancherebbe di protezione, ma anche della possibilità di essere considerato "investimento" in qualsiasi modo dato che il diritto interno ha una funzione costitutiva nella fattispecie di "investimento". In caso di cambiamento del diritto nazionale, il diritto di proprietà intellettuale può perdere interamente lo status di "investimento". Un esempio di questo approccio è il BIT Benin-Ghana⁴⁷¹ del 2001 che elenca i diritti di proprietà intellettuale all'articolo 1, lettera (a), numero (iv), come: "Diritti di proprietà intellettuale, avviamento, processi tecnici, know-how e tutti i diritti simili riconosciuti dalle leggi nazionali di entrambe le Parti Contraenti". Vediamo da questa definizione che nel modello del "rinvio" la definizione di "investimento" poggia interamente sull'insieme degli istituti della legge interna attraverso un richiamo generale. Il secondo tipo di "delega" è la forma più

⁻

⁴⁶⁸ Cfr. Jan Hasmus Bischoff, Richard Happ, "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 542

⁴⁶⁹ Carlos Correa e Jorge E. Viñuales, "Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates?", Journal of International Economic Law, 2016, 19, pp. 91–120

⁴⁷⁰ Un terzo approccio viene definito come un "refinement" degli altri due ai quali è sussidiario; cfr. p. 95 nota precedente

⁴⁷¹ Accordo tra il Governo della Repubblica del Ghana e Governo della Repubblica del Benin per l'incentivazione e la protezione degli investimenti, firmato nel 2001; testo completo:

moderata della "dipendenza" ("reliance"). Secondo questo modello il trattato rinvia la descrizione dei diversi istituti di proprietà intellettuale alla legge interna, ma "mantiene la caratterizzazione finale come "investimento", ossia è presente un rinvio alla legge interna, ma è il trattato, secondo i suoi canoni e le sue condizioni, ad attribuire espressamente il carattere di "investimento". Il risultato di questo approccio varia a seconda della presenza o meno di riferimenti a diritti di proprietà intellettuale specifici all'interno del trattato. Se sono presenti tali riferimenti, il singolo diritto, citato nel trattato, costituirà "investimento" a seconda del riconoscimento specifico dal diritto interno e tale status sarà dipendente dal diritto interno. Ad esempio, un trattato può stabilire che un "brevetto" è un "investimento" e, in questo caso, tutte le operazioni economiche qualificate dal diritto interno come "brevetto" saranno considerate investimento. Se non sono presenti riferimenti specifici a diritti di proprietà intellettuale nel trattato, ogni operazione economica dovrà superare un vaglio, per accedere alla protezione pattizia, che dovrà stabilire la sussistenza dei caratteri tipici degli investimenti come richiesti dal trattato (il rischio, la durata o la contribuzione): è ovvio che questa situazione fornisce molta meno certezza agli aspiranti investitori rispetto ai richiami espressi.

Il secondo filone che deve essere considerato è quello dell'"autonomia" ("autonomy"). Tale modello si basa sulla "creazione" dei diritti di proprietà intellettuale direttamente nel trattato di protezione attraverso tre diverse modalità. La concezione più estrema è quella della creazione di un diritto completamente nuovo direttamente nel trattato e con effetti immediati a livello nazionale ed interno: scavalcando qualsiasi necessità di riconoscimento da parte della legge nazionale. La seconda modalità si basa su un obbligo di riconoscimento da parte dello Stato che dovrà implementare una disciplina legislativa interna per riconoscere e proteggere il diritto di proprietà intellettuale in questione. Il terzo tipo di "creazione" si basa sull'obbligo dello Stato di proteggere alcuni oggetti od asset ma senza spingersi alla creazione di nuove forme di proprietà immateriale. Questo ultimo tipo, in realtà, è difficilmente definibile come "creazione" in quanto nessun nuovo istituto giuridico viene creato, ma viene solo fornita una protezione a certi asset.

Il secondo modello di "autonomia" è quello della creazione non di diritti, ma di "concetti" autonomamente definiti dal trattato che garantisce un "autonomo livello di protezione".

Nell'approccio generale basato sull'"autonomia", oltre alla creazione (e ai suoi tre filoni), si inserisce una concezione più moderata che è quella dell'"indipendenza concettuale" ("conceptual independence"). Secondo questa visione, ogni diritto di proprietà intellettuale, in tutti i casi che lo riguardano e in un dato trattato, ha un significato indipendente da quello del diritto interno oppure il medesimo diritto di proprietà intellettuale ha, in tutti i trattati che lo citano, lo stesso significato.

L'"indipendenza concettuale" è certamente problematica in quanto il significato ed il contenuto dei

diritti di proprietà intellettuale andrebbero estrapolati dall'insieme dei trattati e, soprattutto, dalle legislazioni nazionali, che presentano forti variazioni e caratterizzazioni tipiche dei diversi ordinamenti, alla ricerca di un significato "indipendente" dalle specificità dei diritti nazionali.

Tra questi due approcci quello indubbiamente più pratico sembra il primo, ossia quello della "delega", dato che ricavare dagli scarni elenchi delle definizioni pattizie di "investimento" un contenuto per ogni singolo diritto di proprietà intellettuale sembra piuttosto arduo.

Un diverso ordine di problemi è rappresentato dall'adattamento dell'inclusione dei diritti di proprietà intellettuale nel novero degli investimenti ai diversi tipi di definizione enterprise-based o asset-based. Come si è detto la definizione enterprise-based si basa sull'acquisto o lo stabilimento di un'impresa, sostanzialmente un investimento diretto. I diritti di proprietà intellettuale saranno coperti dal trattato di protezione in quanto asset riferibili ad un'impresa e nessun titolare di diritti di proprietà intellettuale può farne valere la tutela pattizia a meno che non abbia compiuto un investimento diretto nello Stato interessato⁴⁷². Un esempio chiaro è il Model BIT della Comunità di Sviluppo dell'Africa Meridionale⁴⁷³ (SADC) che, all'articolo 2 sulle definizioni, nella versione enterprise-based, recita: "Investment means an enterprise within the territory of one State Party established, acquired or expanded by an investor of the other State Party [...] An enterprise may possess assets such as: [...]Copyrights, know-how, goodwill and industrial property rights such as patents, trademarks, industrial designs and trade names, to the extent they are recognized under the law of the Host State",474". Una diversa versione enterprise-based, ancora più ristretta si trova nel Model BIT dell'India⁴⁷⁵ del 2015, all'articolo 1. In esso sono stabiliti criteri che l'impresa deve rispettare per essere considerata "investimento" tra cui il requisito del centro di gestione e di affari situato in India. A tale fine deve essere caratterizzata da un impegno notevole di capitale, impiegare un congruo numero di lavoratori e incorrere in rischio imprenditoriale. L'ultima caratteristica del Model BIT indiano, che, appunto, restringe la definizione di diritti di proprietà intellettuale protetti, è "a significance for the development of the Party in whose territory the investment is made" 476. Questo ultimo requisito significa che non basta condurre un'attività imprenditoriale in India ed

_

⁴⁷² Cfr. Carlos Correa e Jorge E. Viñuales, "Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates?", Journal of International Economic Law, 2016, 19, p. 108

⁴⁷³ Model BIT della Comunità di Sviluppo dell'Africa Meridionale, 2012; testo completo: http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf

⁴⁷⁴ Investimento significa un'impresa nel territorio di uno Stato Parte stabilita, acquisita o ampliata da un investitore dell'altro Stato Parte [...] un'impresa può possedere *asset* come: [...] 6) *Copyright, know-how,* avviamento e diritti di proprietà industrial come brevetti, marchi commerciali, disegni industriali e nomi commerciali, nei limiti del loro riconoscimento secondo la legge dello Stato ospite"

 ⁴⁷⁵ Model BIT India, 2015; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560
 476 "il contributo allo sviluppo economico dello Stato ospite attraverso le sue operazione in uno con il trasferimento di know-how, ove applicabile"

essere titolari di diritti di proprietà intellettuale attraverso l'impresa, ma, ai fini della ricomprensione di tali diritti nella definizione di "investimento" bisogna anche dimostrare di averli impiegati in modo da trasmetterli all'economia locale contribuendo al suo sviluppo.

Un modo diverso e più ampio di intendere i diritti di proprietà intellettuale come "investimenti" è sicuramente il ricorso alla definizione asset-based, tipico della maggior parte dei trattati di protezione. Le definizioni di "investimento" presenti in questi trattati possono accennare a diritti di proprietà immateriale o elencare singole fattispecie di diritti di proprietà intellettuale. Le definizioni asset-based che non presentano ulteriori specificazioni⁴⁷⁷ pongono un particolare problema: la mancanza del requisito di qualsiasi impegno materiale da parte dell'investitore e la conseguente tutela di diritti astratti e svincolati da un'attività economica. In effetti il caso Philip Morris Brand Sàrl (Svizzera), Philip Morris Products S.A. (Svizzera) e Abal Hermanos S.A. (Uruguay) contro Repubblica Orientale dell'Uruguay⁴⁷⁸ (ICSID Caso N. ARB/10/7) tratta proprio questo problema. Philip Morris aveva fatto ricorso all'ICSID contro l'Uruguay per contestare la legislazione del "plain-packaging" che, secondo il ricorrente, ledeva il diritto all'uso dei suoi marchi commerciali. Il tribunale ha riconosciuto la propria giurisdizione perché i quattro "requisiti di Salini" non costituivano requisiti espressi della nozione di "investimento" secondo il BIT Svizzera-Uruguay. Da questa decisione si può comprendere il potenziale espansivo dei diritti di proprietà intellettuale nei riguardi della nozione di "investimento": in assenza di ulteriori requisiti essi possono rivelarsi, anziché tutele per un investitore straniero, semplicemente vantaggi per uno straniero che esercita l'attività di importatore.

Altro caso importante, di segno diverso rispetto al precedente in virtù della diversa definizione contenuta nel trattato di protezione, è la decisione *Apotex Inc. contro Stati Uniti d'America*⁴⁷⁹ (ICSID Caso N. UNCT/10/2). Questa decisione si basa sulla definizione di "investimento" fornita dal NAFTA che richiede che i diritti di proprietà intangibile, per costituire "investimento" siano impiegati "for the purpose of economic benefit or other business purposes". Nel caso Apotex, arbitrato con regole UNCITRAL, una società farmaceutica canadese che aveva visto frustrati i propri tentativi di vendere negli Stati Uniti due farmaci generici per una serie di supposti errori delle autorità federali nell'interpretare le leggi che avevano portato all'impossibilità di Apotex di commercializzare le versioni generiche di due farmaci esistenti. Due ricorsi erano stati presentati

⁴⁷⁷ Bisogna ricordare che la definizione di "investimento", anche se *asset-based*, può richiedere requisiti ulteriori quali il conferimento di capitale, l'attesa di un profitto, la durata ed il rischio.

⁴⁷⁸ ICSID Case No. ARB/10/7; testo completo della decisione sulla giurisdizione: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1000/DC3592 En.pdf

⁴⁷⁹ ICSID Caso N. UNCT/10/2; testo completo della decisione su giurisdizione e ammissibilità:

per violazione delle regole del NAFTA nel campo degli investimenti e, in particolare, il trattamento nazionale, il trattamento giusto ed equo e l'espropriazione indiretta. Il ricorrente contestava la sussistenza della giurisdizione, tra le altre, poiché: "Actual development and manufacture of generic drugs, all its activities in relation to both its sertraline and pravastatin products take place outside of the United States (including, inter alia, the development, manufacture; processing; testing; packaging; and labelling of each drug); [...] Apotex's products, once manufactured outside the United States, are then exported by Apotex to United States-based distributors" Secondo l'analisi del tribunale, in effetti: "Apotex could, of course, have invested in U.S.-based manufacturing, development, or testing facilities, but opted instead to create and manufacture its generic pharmaceuticals in Canadian factories" Si può osservare come il carattere di "investimento" del diritto di proprietà intellettuale non venga riconosciuto a causa dell'assenza di un qualsiasi radicamento materiale ed industriale sul territorio statunitense.

Dall'esame di questi due casi risulta l'importanza della definizione di "investimento" presente nel trattato di protezione in particolare per ciò che riguarda la ricerca di ulteriori requisiti che diano al diritto immateriale una sostanza economica apprezzabile e che meriti una protezione da parte dello Stato ospite che ha interesse a tutelare le attività che generino un indotto sul proprio territorio e non attività di semplice distribuzione di prodotti esteri. Il commercio di tali prodotti dovrebbe essere protetto nella sede pertinente e non tramite trattati di protezione di investimenti.

8 Debiti e crediti in denaro e acquisto di titoli di stato esteri

Un altro campo in cui la nozione di investimento è andata espandendosi è quello delle pretese aventi ad oggetto somme di denaro. Il caso più risalente in cui un tribunale ICSID si è posto il problema della configurabilità di queste operazioni come "investimenti" è *Fedax N.V. contro Repubblica del Venezuela*⁴⁸² (*ICSID Caso N. ARB/96/3*) per promesse di pagamento non onorate dal

⁴⁸⁰ Paragrafo 146 della decisione su giurisdizione e ammissibilità; "Il vero e proprio sviluppo e manifattura dei farmaci generici di Apotex e tutte le sue attività in relazione ad entrambi i suoi prodotti di sertralina e pravastina hanno luogo fuori dagli Stati Uniti (inclusi, tra gli altri, lo sviluppo, la manifattura, il trattamento, le prove, l'impacchettamento e l'etichettatura di ogni farmaco) [...] i prodotti di Apotex, una volta prodotti fuori dagli Stati Uniti, sono, poi, esportati da Apotex ai distributori degli Stati Uniti"

⁴⁸¹ Paragrafo 175 della decisione su giurisdizione e ammissibilità; "Apotex avrebbe, di certo, potuto investire negli Stati Uniti, basare produzione, sviluppo o strutture per i test negli Stati Uniti, ma ha scelto, invece, di creare e produrre i suoi farmaci generici in fabbriche canadesi [...] Ne consegue che le formulazioni di Apotex, lo sviluppo e la manifattura dei farmaci in questione non si qualifica ai fini del capitolo 11 del NAFTA"

⁴⁸² ICSID Caso N. ARB/96/3; testo completo della decisione sulle obiezioni alla giurisdizione: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf

Venezuela che erano state concesse alla società Fedax N. V., una società incorporata secondo le leggi di Curaçao, nelle Antille olandesi. Le promesse di pagamento erano state emesse dal Governo venezuelano a favore di Fedax come garanzia in un contratto stipulato da quest'ultima e la società venezuelana Industrias Metalùrgicas Van Dam C.A. Il tribunale ICSID, trovatosi a dover decidere della giurisdizione ex articolo 25 della Convenzione, non ha avuto alcun problema a riconoscere la giurisdizione *ratione personae*, dato che Fedax era indubbiamente una società straniera, ma ha dovuto affrontare il problema (*ratione materiae*) della possibilità di qualificare l'acquisizione di promesse di pagamento come "investimento".

Il Venezuela ha contestato l'esistenza di un investimento perché la transazione non includeva "a long-term transfer of financial resources - capital flow - from one country to another (the recipient of the investment) in order to acquire interests in a corporation, a transaction which normally entails certain risks to the potential investor" Con questo primo argomento, il Venezuela si è richiamato all'investimento diretto in un'attività d'impresa locale tramite, eventualmente, la costituzione o acquisto di società locali: un flusso finanziario in virtù del quale le risorse in denaro vengono mobilitate da un Paese ad un altro apportando nuova ricchezza produttiva stabile, caso diverso da quello di cui si trattava. Il Venezuela escludeva anche che le promesse di pagamento si potessero qualificare come "investimento di portafoglio" dato che le operazioni di questo tipo devono svolgersi esclusivamente tramite la Borsa locale di Caracas o Maracaibo, solamente sul mercato primario. Il termine "investimento" doveva essere inteso, secondo il resistente, in tale contesto, come "the laying out of money or property in business ventures, so that it may produce a revenue or income" Solo una tale definizione, secondo il Venezuela poteva adattarsi a quella del BIT Olanda-Venezuela 485 del 1991 che definisce l'investimento come "ogni tipo di asset".

Il tribunale ha esaminato la nozione di "investimento" nella Convenzione ICSID e nel BIT.

Riguardo alla Convenzione, sono stati citati sia il Rapporto dei Direttori Esecutivi, che giustifica la mancanza di definizione di investimento con l'intento di lasciare massima libertà di consenso alle parti in sede di stipula di clausola compromissoria, sia quanto scritto da A. Broches⁴⁸⁶, riguardo ai negoziati per la creazione dell'ICSID, il quale ammetteva che molte definizioni di "investimento"

⁴⁸³ Paragrafo 19 della decisone sulle obiezioni alla giurisdizione; "un trasferimento di lungo termine di risorse finanziarie-flusso di capitale-da un Paese ad un altro (che accoglie l'investimento) al fine di acquisire interessi in una società, transazione che involgerebbe certi rischi per il potenziale investitore"

 ⁴⁸⁴ Ibidem; "l'impiego di denaro o proprietà in iniziative d'affari così che possano produrre reddito o entrate"
 485 Accordo sull'incentivazione e reciproca protezione degli investimenti tra il Regno d'Olanda e la Repubblica del

Venezuela, firmato nel 1991; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/228/treaty/2668 ⁴⁸⁶A. Broches in "The Convention on The Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction," Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 5,1966,261-280, p. 268

erano state avanzate e respinte e che, quindi, grande importanza è da conferire al consenso alla giurisdizione delle parti anche per quanto riguarda la definizione di investimento. In definitiva le parti avevano, secondo il tribunale, ampi margini per ampliare la definizione di investimento: operazioni come prestiti, proprietà azionaria e contratti di costruzione sono figure "di confine" che vengono rimesse al consenso delle parti. È stato, inoltre, citato Georges R. Delaume⁴⁸⁷ per esplicare due motivi per i quali, secondo il tribunale, avrebbe dovuto riconoscersi la natura di "investimento" all'operazione in questione. Il primo era che nella "First Draft" della Convenzione, che presenta una definizione di investimento non pervenuta alla stesura finale, vengono menzionati i prestiti a lungo termine di scadenza minima di cinque anni. Il secondo motivo era che, in caso di contratti di prestito cui partecipino prestatori pubblici esteri, le parti del contratto sono solite specificare che il prestito è un "investimento" ai fini della Convenzione e questa definizione viene normalmente accettata secondo i limiti oggettivi convenzionali della giurisdizione ICSID: il prestito può, dunque, essere considerato un "investimento" e la stipulazione espressa delle parti è una "precauzione" 488. Dunque, il tribunale, considerato il fine ampio dell'articolo, la pratica e le decisioni ICSID, ha riconosciuto la propria giurisdizione sui prestiti che potevano, quindi, essere qualificati "investimento" come anche l'acquisto di obbligazioni: "Dato che le promesse di pagamento sono prova di un prestito e uno strumento finanziario e di credito piuttosto comune, non vi è nulla a impedire che il loro acquisto sia qualificato come "investimento" secondo la Convenzione, nelle circostanze di un caso come questo. Questa conclusione, comunque, deve essere esaminata nel contesto dello specifico consenso delle parti e altre previsioni [...]"489. Da considerare anche, secondo il tribunale, che il Venezuela non ha usufruito della facoltà di cui all'articolo 25, paragrafo 4 della Convenzione di escludere dal proprio consenso alla giurisdizione certi tipi di investimento.

Il tribunale è passato, quindi, ad esaminare la definizione di "investimento" nel BIT Venezuela-Olanda all'articolo 1 che include: "ii. rights derived from shares, bonds, and other kinds of interests in companies and joint-ventures; iii. title to money, to other assets or to any performance having an economic value" 490. Una formula così ampia non può certo essere considerata ricomprendente, come sosteneva il Venezuela, il solo investimento diretto, né può argomentarsi una esclusione degli investimenti di portafoglio. Oltre all'articolo 1 sulla definizione, il tribunale si è richiamato anche all'articolo 5, lettera (d): "The Contracting Parties shall guarantee that payments relating to an

_

⁴⁸⁷ Cfr. Georges R. Delaume in "ICSID and the Transnational Financial Community;" ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. I, 1986, p.242

⁴⁸⁸ Cfr. paragrafo 23 della decisione sulle obiezioni alla giurisdizione

⁴⁸⁹ Accordo sull'incentivazione e la reciproca protezione degli investimenti tra il Regno d'Olanda e la Repubblica del Venezuela, firmato nel 1991; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2094 ⁴⁹⁰ "(ii) diritti derivanti da quote, obbligazioni ed altri tipi di interessi in società e *joint-venture*; (iii) titoli in denaro, relativi ad altri *asset* o qualunque prestazione avente valore economico" 139

investment may be transferred. The transfers shall be made in a freely convertible currency, without undue restriction or delay. Such transfers include in particular though not exclusively: [...] (d) funds in repayment of loans"⁴⁹¹. La presenza di questo articolo ha rafforzato il tribunale nella sua posizione di considerare i titoli in denaro, citati nella definizione pattizia di "investimento", come inclusivi di prestiti e transazioni correlate, incluse le promesse di pagamento.

Riguardo al problema della territorialità, anch'essa contestata dal Venezuela, il tribunale ha sostenuto che tale requisito può essere inteso alla lettera solo per alcuni investimenti come quelli in proprietà immobiliare mentre altri tipi, in particolare quelli finanziari, che mancano di una "fisicità" immediatamente riscontrabile, necessitano di un'interpretazione più espansiva della territorialità. I fondi, in una transazione finanziaria internazionale, non sempre vengono fisicamente trasferiti nel territorio dello Stato ospite, ma messi a disposizione altrove, addirittura potrebbero non lasciare mai il Paese di origine. Ciò che rileva è che i fondi siano messi a disposizione per il beneficiario del credito e che questi, in questo caso il Governo del Venezuela, possa servirsene per i bisogni per i quali ha partecipato all'operazione.

In conclusione della decisione sulla giurisdizione, il tribunale è passato ad enumerare i caratteri proposti da Schreuer 492 (e che diverranno i punti del test di Salini) adattandoli all'operazione in questione. Essi consistevano in "a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host State's development 493. Per quanto riguarda la durata, essa poteva essere estrapolata dalla Legge sul Pubblico Credito che prevedeva, per queste promesse di pagamento, che esse avessero una durata superiore a quella dell'anno fiscale nel quale erano state emesse; dalle previsioni della Legge si evinceva che l'emissione delle promesse di pagamento non rappresentava un'operazione di investimento di capitale estemporanea, non si trattava di "capitale volatile" per la realizzazione di un veloce guadagno. Particolare da notare è che il tribunale si è richiamato alla legge interna statale per la qualificazione della durata, componente di un requisito oggettivo della giurisdizione dell'ICSID, e non a scritti dottrinari o alla "First Draft" della Convenzione che prevedeva una durata minima di cinque anni. Per quanto riguarda il profitto, tale carattere sussisteva dato che il Venezuela aveva un piano per la restituzione del capitale e degli interessi nel corso del tempo. Il

_

⁴⁹¹ "Le Parti Contraenti devono garantire che i pagamenti relativi ad un investimento possano essere trasferiti. I trasferimenti devono essere fatti in valuta liberamente convertibile, senza restrizioni indebite o ritardo. Tali trasferimenti includono in particolare, ma non esclusivamente: [...] (d) fondi in pagamento di prestiti"

⁴⁹² Christoph Schrouer in "Commentary on the ICSID Convention" ICSID Review. Foreign Investment Law Journal

⁴⁹² Christoph Schreuer in "Commentary on the ICSID Convention," ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, 1996, 316, p. 372

⁴⁹³ Paragrafo 43 della decisone sulle obiezioni alla giurisdizione; "una certa durata, una certa regolarità dei profitti, un'assunzione di rischio, un impegno sostanziale ed una significatività per lo sviluppo dello Stato ospite" 140

"conferimento" consisteva nel capitale prestato ed entrato nelle disponibilità del Venezuela. Per il "rischio", il tribunale ha sostenuto che esso consisteva, secondo questo tribunale, nel rischio di mancato rimborso e l'esistenza stessa di una controversia era prova dell'esistenza del rischio. Tale "rischio" era, in realtà, puramente commerciale e non consisteva nel rischio di investimento ineliminabile anche qualora si potesse avere la certezza assoluta che tutti gli obbligati verso l'investitore adempiranno alle loro obbligazioni: il tribunale non ha richiesto questo tipo di rischio e si è limitato ad indentificare un rischio che si sarebbe potuto definire "generico" Era chiaro il contributo allo sviluppo dello Stato ospite che raccoglieva fondi per svilupparsi anche tramite le promesse di pagamento, come stabilito dalla più volte citata Legge sul Pubblico Credito.

In questa decisione il tribunale ICSID è riuscito ad allargare la nozione di "investimento" ben oltre i confini della nozione economica, che veniva invocata dal Venezuela che obiettava la mancanza dei caratteri dell'investimento diretto. Tuttavia il tribunale non ha abbandonato il filone oggettivo della nozione di "investimento" e si è sforzato di applicare i caratteri che diventeranno propri del test di Salini ai crediti in denaro con il risultato che tali caratteri vengono interpretati in modo molto espansivo per farvi rientrare un'operazione economica che ha poco a che vedere con un investimento nel senso economico del termine. È possibile che il tribunale abbia fatto in modo di includere questi crediti nella nozione di "investimento" per evitare che una posizione giuridica meritevole di tutela e che apportava benefici per lo sviluppo dello Stato ospite (come richiesto dal Preambolo della Convenzione ICSID) rimanesse senza tutela.

Tra tutte le espansioni che la nozione di "investimento internazionale" ha conosciuto negli anni, la più rivoluzionaria, anche per le prevedibili conseguenze future, è l'inclusione nella nozione anzidetta dell'acquisto di titoli del debito pubblico emessi da uno Stato da parte di stranieri e residenti all'estero. Il caso più importante è *Abaclat ed altri contro Repubblica argentina (ICSID Caso N. ARB/07/5)*, e che ha coinvolto anche investitori italiani coinvolti nel default dell'Argentina di fine 2001.

Otto banche italiane⁴⁹⁵ costituirono la "Task Force Argentina" nel settembre del 2002 per rappresentare gli interessi dei creditori e trattare con il Governo dell'Argentina. Le trattative non andarono a buon fine e nel 2006 venne presentata una richiesta di arbitrato all'ICSID per violazione del BIT Italia-Argentina⁴⁹⁶ del 1990.

⁴⁹⁴ In completo contrasto con quanto sarebbe stato poi stabilito nel caso Romak in cui si è richiesto un rischio specifico collegato al successo commerciale dell'operazione economica

 ⁴⁹⁵ Banca Antonveneta, Banca Intesa, Banca Sella, BNL, Iccrea Banca, Monte dei Paschi di Siena, San Paolo ed UniCredit
 ⁴⁹⁶ Fra la Repubblica italiana e la Repubblica argentina sulla promozione e protezione degli investimenti, firmato nel
 1990; testo completo: http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/99
 141

L'Argentina ha posto alcune obiezioni alla giurisdizione del tribunale ICSID di cui due particolarmente importanti ai fini dell'esame del problema della definizione di "investimento" ⁴⁹⁷. La prima consisteva nella mancata osservanza dell'articolo 25 della Convenzione in cui si richiede che la controversia scaturisca da un "investimento". Secondo l'Argentina, l'acquisto di titoli di debito pubblico non soddisfaceva i requisiti di Salini. La seconda obiezione era il mancato rispetto del principio della territorialità: l'operazione economica non si era svolta ed era priva di collegamento con il territorio dell'Argentina. L'acquisto di titoli di debito, in particolare sul mercato secondario, non comportava alcun trasferimento di fondi in Argentina.

I ricorrenti⁴⁹⁸, invece, sostenevano che l'operazione rientrasse nella nozione di "investimento" ICSID perché l'articolo 25 non definisce l'"investimento" e, dunque, lascia spazio alla nozione definita nel BIT che, in effetti, recitava, all'articolo 1 (c): "obbligazioni, titoli pubblici o privati o qualsiasi altro diritto per prestazioni o servizi che abbiano un valore economico, come altresì redditi capitalizzati". Se anche si fosse voluto applicare il test di Salini, proseguivano i ricorrenti, i quattro criteri sarebbero stati soddisfatti. Per quanto riguarda la seconda obiezione dell'Argentina sulla territorialità, i ricorrenti sostenevano che l'investimento fosse collegato al territorio dell'Argentina perché "that is where the bonds funds were ultimately made available" Non era, quindi, necessario, secondo i ricorrenti, un trasferimento fisico vero e proprio fintanto che i fondi erano stati comunque messi nelle disponibilità dell'Argentina. Inoltre i titoli erano considerati situati in Argentina ai fini fiscali ed erano stati emessi in ottemperanza ad una legge argentina.

Il tribunale ha statuito che l'operazione economica in questione deve rispettare il "double barrelled test" ossia il rispetto della definizione di "investimento" secondo la Convenzione ICSID e secondo il trattato di protezione (il BIT in questo caso). Secondo il tribunale, in generale, la definizione della Convenzione ICSID copre l'investimento dal punto di vista della contribuzione (anche come contributo allo sviluppo), mentre la definizione dei trattati di protezione si orienta sull'identificazione dei diritti e delle fattispecie che sono il prodotto di tali contribuzioni oni Il tribunale è poi passato ad esaminare la definizione di "investimento" fornita dal BIT e l'ha trovata ricomprendente l'operazione di acquisto di titoli di stato di cui si trattava nella controversia, sia per il punto (c) dell'articolo 1 del BIT già citato dai ricorrenti, sia per il punto (f) in cui viene ricompreso "ogni diritto di natura economica conferito per legge o per contratto". Più complesso è il

-

⁴⁹⁷ Cfr. paragrafo 341 della decisione su giurisdizione ed ammissibilità

⁴⁹⁸ Cfr. paragrafo 342 della decisione su giurisdizione ed ammissibilità

⁴⁹⁹ *Ibidem*; "quello è il luogo in cui i fondi sono stati alla fine resi disponibili"

⁵⁰⁰ Paragrafo 344 della decisione su giurisdizione ed ammissibilità

⁵⁰¹ Cfr. paragrafo 351 della decisione su giurisdizione ed ammissibilità

punto della decisione in cui viene discusso il requisito per il quale la controversia deve scaturire da un investimento ex articolo 25 della Convenzione ICSID. Secondo il tribunale non sarebbe stato necessario controllare la sussistenza dei requisiti di Salini perché, proprio in virtù della diversa finalità delle definizioni cui si accennava sopra, il carattere di "investimento" era già stato attribuito dalla definizione del BIT. Questa posizione del tribunale non rappresentava un avallo della concezione soggettiva dell'investimento: la funzione dell'ICSID, secondo il tribunale, è di promuovere i flussi di investimento e le contribuzioni dando anche alle Parti la possibilità di proteggere le forme specifiche che le contribuzioni prendono. La nozione di "investimento" ex articolo 25 non è, quindi, una semplice "scatola vuota" come vorrebbe la concezione soggettiva, ma ha, alla propria base, l'aspetto della contribuzione dalla quale si genera la fattispecie particolare di operazione economica di investimento prevista dal BIT. D'altro canto non si potevano attribuire all'articolo 25 requisiti che non vi sono esplicitamente richiesti. Il tribunale ha, quindi, concluso che l'operazione in discussione costituiva "investimento" sia ai sensi del BIT che ai sensi della Convenzione. In particolare, è importante osservare che anche gli acquisti sul mercato secondario sono stati considerati parte dell'investimento in ossequio al principio di unità dell'operazione economica di investimento. Il tribunale ha proseguito, poi, all'esame del problema della territorialità ed ha concluso che le transazioni finanziarie sono operazioni particolari che non possono sottostare al criterio della territorialità inteso in senso troppo restrittivo: ciò che importa è che le somme siano rese disponibili nel Paese di riferimento e "there is no doubt that the funds generated through the bonds issuance process were ultimately made available to Argentina, and served to finance Argentina's economic development"502.

Questa decisione ICSID rappresenta il più notevole allontanamento, da parte di un tribunale ICSID, dalla concezione economica di "investimento" e dall'investimento diretto. I creditori e detentori di titoli argentini hanno trovato tutela nonostante la mancanza di qualsiasi connessione con un progetto economico specifico nello Stato argentino e, di conseguenza, in assenza di una qualsiasi attività di gestione di attività economiche. I caratteri dell'investimento economico (ed i criteri del test di Salini) vengono scavalcati. Se si ricercano i caratteri del test di Salini in questa operazione, può osservarsi che è soprattutto il criterio del rischio ad essere ignorato: in questo tipo di operazione il rischio è puramente quello di inadempimento e non ha niente a che vedere con il rischio richiesto dal caso Salini, e specificato nel caso Romak, che consiste nel rischio economico di gestione (vedere paragrafo dedicato). Anche il criterio della contribuzione, nel test di Salini inteso come

-

⁵⁰² Paragrafo 378 della decisione su giurisdizione ed ammissibilità; "non c'è dubbio che i fondi generati tramite il processo di emissione di obbligazioni sono stati, infine, resi disponibili in Argentina e sono serviti a finanziare lo sviluppo economico dell'Argentina"

contribuzione ad uno specifico progetto, viene superato in favore della "contribuzione" come apporto generico in un altro Stato e non collegato con un progetto specifico. Lo sviluppo economico dello Stato ospite, seppur inteso in senso molto espansivo, è presente: l'economia nazionale beneficia degli acquisti di titoli di Stato. La durata ed il profitto potrebbero essere rinvenuti, rispettivamente, nella durata del termine di scadenza e nel pagamento degli interessi.

Altri tribunali ICSID hanno riconosciuto, con argomenti simili, la collocabilità dell'acquisto di titoli di debito pubblico nella nozione di "investimento": *Ambiente Ufficio S.p.A. ed altri*⁵⁰³ (precedentemente Giordano Alpi ed altri) contro Repubblica dell'Argentina (ICSID Caso N. ARB/08/9), Giovanni Alemanni ed altri contro Repubblica dell'Argentina⁵⁰⁴ (ICSID Caso N. ARB/07/8).

Tuttavia la tendenza si è interrotta, o quantomeno rallentata, con il caso Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE contro Grecia⁵⁰⁵ (ICSID Caso N. ARB/13/8). Poštová banka, a.s. era una banca slovacca mentre Istrokapital SE era una società europea a responsabilità limitata cipriota, azionista della prima. Il fatto che origina la disputa si collocava nella crisi del debito greco del 2009 e dal tentativo della Grecia di cambiare unilateralmente le condizioni dei titoli del debito sovrano tramite una legge: il "Bondholder Act". Poštová banka e Istrokapital si rivolsero all'ICSID, con ricorso registrato il 20 maggio 2013, per espropriazione indiretta, violazione dei criteri di trattamento giusto ed equo e del trattamento minimo standard. Il tribunale ha esaminato la questione della giurisdizione prima dal punto di vista dei BIT e poi dal punto di vista della Convenzione. Istrokapital era un soggetto cipriota ed il tribunale ha esaminato la definizione di "investimento" fornita dal BIT Grecia-Cipro⁵⁰⁶. In primo luogo, l'investimento di Istrokapital era stato compiuto attraverso la partecipata Poštová banka: Istrokapital non ha dimostrato che il BIT Grecia-Cipro permettesse ad un azionista di chiedere risarcimento del danno alla società cui partecipa, né ha dimostrato di poter superare il "velo societario" grazie a leggi nazionali o casi precedenti⁵⁰⁷. Il tribunale è poi passato alla questione della giurisdizione per quanto riguardava Poštová banka, applicando, quindi, il BIT Grecia-Slovacchia⁵⁰⁸. Tale BIT menziona, all'articolo 1 (c), I "loans",

_

⁵⁰³ ICSID Caso N. ARB/08/9

⁵⁰⁴ ICSID Caso N. ARB/07/8

⁵⁰⁵ ICSID Caso N. ARB/13/8; testo completo della decisione:

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2823/DC5752 En.pdf

⁵⁰⁶ Accordo tra il Governo della Repubblica Ellenica ed il Governo della Repubblica di Cipro sulla reciproca incentivazione e protezione degli investimenti, firmato nel 1992; testo completo:

http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3011

⁵⁰⁷ Cfr. paragrafi 228-229 della decisione

⁵⁰⁸ Accordo tra il Governo della Repubblica Cecoslovacca ed il Governo della Repubblica Ellenica per l'incentivazione e la reciproca protezione degli investimenti, firmato nel 1991; testo completo:

ossia i prestiti; tuttavia, secondo il tribunale, non si può considerare "prestito" un'operazione di emissione ed acquisto di titoli di Stato per tre differenze tra questi tipi di operazioni⁵⁰⁹. Il primo è che, generalmente, sono singole banche ad essere creditrici nelle operazioni di prestito, mentre nelle operazioni di emissioni e acquisto di titoli pubblici i creditori sono una miriade, il che porta alle altre due differenze ossia la velocità di circolazione dei titoli pubblici in contrasto ai prestiti e, terza differenza la mancanza di "privity" contrattuale⁵¹⁰ nelle operazioni di emissione ed acquisto di titoli pubblici. A questo andava aggiunto che il BIT in questione non aveva alcuna clausola generale di inclusione, come invece si poteva rinvenire nel BIT Italia-Argentina, che riguardasse "diritti economici scaturenti da legge o contratto" oppure "ogni investimento indipendentemente dalla forma giuridica". La formula più ampia che è stata rinvenuta dal tribunale è al punto (c) dell'articolo 1: "claims to money or to any performance under contract having a financial value".

Tuttavia Poštová banka non aveva mai intrattenuto rapporti contrattuali con lo Stato greco avendo acquistato i titoli sul mercato secondario⁵¹¹.

Il tribunale è passato successivamente ad esaminare la questione della giurisdizione secondo l'articolo 25 della Convenzione⁵¹² ed ha stabilito l'assenza dei requisiti della contribuzione⁵¹³ e del rischio⁵¹⁴. La contribuzione era carente per l'assenza di un progetto specifico collegato (in contrasto con quanto deciso nel caso Abaclat ed in coerenza con il caso Fedax), mentre, per quanto riguarda il rischio, viene applicata la concezione di rischio come definita nel caso Romak ossia il rischio di insuccesso commerciale di operazioni complesse (al contrario del caso Abaclat). Secondo uno studioso⁵¹⁵, la diversa decisione del tribunale, in particolare riguardo a Poštová banka, rispetto al caso Abaclat, è dovuto alla differenza delle definizioni dei BIT (rispettivamente Grecia-Slovacchia e Italia-Argentina). Questo non sarebbe, però, stato l'unico motivo per il quale il tribunale ha negato la propria giurisdizione. Alla base di questa decisione vi sarebbe la ragione più profonda di tutelare il senso più autentico della nozione di "investimento" attraverso l'applicazione del test di Salini

_

⁵⁰⁹ Cfr. paragrafi 337-338 della decisione

⁵¹⁰ Termine di *common law* per indicare che il contratto impone obblighi solo alle parti che vi partecipano. Non è così nel caso di emissione ed acquisto di titoli di Stato dato che l'acquirente può cedere il titolo in modo completamente libero

⁵¹¹ Il tribunale rinnega, quindi, il principio di unità dell'operazione economica riconosciuto nel caso Abaclat in cui anche gli acquisti sul mercato secondario erano stati considerai parte dell'investimento.

⁵¹² Il tribunale avendo adottato il principio del "doppio test" aveva già stabilito la non configurabilità di un investimento, ma, per ragioni di completezza, ha scelto di affrontare anche questo tema, peraltro illustrando i due approcci alternativi (oggettivo e soggettivo)

⁵¹³ Cfr. paragrafi 361 e ss. della decisione

⁵¹⁴ Cfr. paragrafi 367 e ss. della decisione

Francesco Montanaro in "Case comment Poštová Banka SA and Istrokapital SE v Hellenic Republic *Sovereign Bonds* and the Puzzling Definition of 'Investment' in International Investment Law", ICSID Review, Vol. 30, N. 3 (2015), pp. 549–555

(peraltro inutile perché la giurisdizione era stata già rigettata in base ai BIT). La diversità di approccio che ha prodotto due risultati opposti in casi molto simili (Abaclat e Poštová banka) è stata sottolineata uno studioso⁵¹⁶. Secondo questo autore, in particolare, il tribunale del caso Poštová banka si è differenziato dal tribunale della decisone Abaclat poiché ha applicato il principio di effettività dell'interpretazione del trattato in senso restrittivo che ha portato all'esclusione dell'operazione considerata in controversia. Ha, inoltre, considerato una serie di caratteristiche del debito pubblico (quali la sua strumentalità allo svolgimento degli affari correnti da parte di un governo, al finanziamento di infrastrutture, il suo ruolo nelle politiche economiche e monetarie) che lo differenziano dal debito di un qualunque altro soggetto od impresa (aspetti non considerati dal tribunale del caso Abaclat). Infine, l'applicazione stessa dell'approccio oggettivo rappresenta un allontanamento dalla giurisprudenza del caso Abaclat. È vero che i tribunal arbitrali non sono vincolati dal principio dello stare decisis, ma una totale assenza di confronto o dialogo tra corti porta alla formazione di "universi paralleli" di tutela che possono essere molto pericolosi. Tale applicazione vale come monito all'espansività della nozione di "investimento" che potrebbe produrre effetti di ampia portata in caso di future crisi del debito sovrano. La possibilità di sottoporre ad arbitrato internazionale per la tutela internazionale degli investimenti i piani di ristrutturazione del debito pubblico, con la possibilità di interromperli o ritardarli, avrebbe effetti devastanti sul welfare di uno Stato.

V Conclusioni

Alla fine di questa ricerca della nozione di "investimento straniero" restano alcune considerazioni da fare. La prima è che risulta di tutta evidenza come tale concetto sia la sommatoria di due componenti diversi. Il primo, che è stato esaminato nel capitolo I, è la nozione di "estraneità", mentre il secondo è la nozione di "investimento". Tali concetti hanno basi ed origini diverse e diverse sono le conclusioni che possono essere tratte su di essi. L'"estraneità" è una nozione giuridica che ha, dunque, la propria base nel diritto internazionale (trattati e giurisprudenza) e nelle norme nazionali sulla cittadinanza, ma resta una pura costruzione giuridica e, solo come tale, viene considerata dagli operatori del diritto. In altre parole, l'"estraneità" di un soggetto è concetto puramente giuridico che, pur avendo antiche basi culturali, è, nell'accezione moderna,

⁵¹⁶ Kei Nakajima, "Parallel Universes of Investment Protection? A Divergent Finding on the Definition of Investment in the ICSID Arbitration on Greek Sovereign Debts", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 15, fascicolo 3, 2017, pp. 472-490; cfr. p. 488

esclusivamente definito dal diritto. Essa consiste (vedere capitolo I) nel rapporto di cittadinanza con uno Stato diverso da quello considerato, mentre, per le persone giuridiche, nel criterio generale consuetudinario dell'incorporazione, e nel criterio, stabilito per trattato, del controllo.

Come si è visto, non sono mancati problemi nella ricerca del significato della nozione, tuttavia, il fatto di essere definito esclusivamente dal diritto evita qualsiasi problema di "contaminazione" con altri campi di studio diversi dal diritto.

Il problema del confronto con la medesima nozione in un diverso campo di conoscenza (in questo caso la scienza economica) si verifica, invece, con la nozione di "investimento": gli investimenti non sono una creazione puramente giuridica, ma hanno una base nella concreta attività economica degli operatori. L'"investimento" nasce, innanzitutto, come concetto economico ed è il suo adattamento al mondo del diritto a renderne così problematica la definizione. Tramite il diritto si è voluto regolamentare e tutelare un'attività nata nel mondo concreto dell'economia capitalistica e, da qualche decennio, globalizzata: la nozione di "investimento" deve essere definita prima nel campo economico e ricostruita nel diritto. Il problema è che l'inventiva degli operatori economici ha dato vita a tantissime operazioni diverse e definire compiutamente l'investimento, in senso economico, è già abbastanza arduo. La definizione economica non è stata materia di questa trattazione e si è detto che gli autori giuridici, normalmente, si limitano a fornire una definizione di base dell'"investimento" in senso economico, considerato come un trasferimento di fondi per un progetto di lungo periodo, con un'aspettativa di guadagno, una gestione delle attività e l'assunzione di un rischio. Da questa nozione economica è stata derivata la nozione giuridica nelle sue diverse declinazioni. Si è visto che gli strumenti internazionali, le leggi e le decisioni arbitrali hanno ricostruito in modo diverso la nozione giuridica e ciò porta ad un'altra considerazione: la definizione giuridica di "investimento" nei diversi strumenti pattizi è pesantemente influenzata dagli interessi degli Stati parte e, quindi, dalla finalità per la quale lo strumento pattizio viene redatto. Intorno ad essa gravitano gli obiettivi di tutela e di incentivo che gli Stati si prefiggono di raggiungere.

Le tre tipologie principali di definizione sono state esaminate nel capitolo II, e sono basate, si ricorda, su *asset*, *enterprise* e *transaction* (queste ultime sono abbastanza poche in realtà). Nessuna di queste definizioni può essere considerata, di per sé, giusta o sbagliata, ma ciascuna riflette la finalità che gli Stati partecipanti all'accordo si sono prefissati. La definizione *asset-based*, che è di gran lunga la più diffusa nei trattati bilaterali e multilaterali, pone in risalto la sostanza dell'operazione economica che viene a costituirsi dopo il "trasferimento di fondi" (per ricollegarsi alla nozione economica) da parte dell'investitore in un altro Stato. Le liste di *asset* ricomprendono

le posizioni giuridiche più variegate e che sono suscettibili di essere lese da azioni dello Stato ospite: questa tipologia di definizione è indicativa della rinuncia a trovare una vera definizione compiuta fornendo, invece, una lista di operazioni e posizioni giuridiche del cittadino straniero. Questa definizione è la più utilizzata nei trattati ed in particolare nei BIT. La finalità primaria dei BIT, ed interesse degli Stati esportatori di capitale che lo stipulano, è garantire la protezione più ampia possibile ed un elenco illustrativo che comprende ampie fattispecie al suo interno sembra il modo migliore per farlo. D'altra parte, è anche interesse dei Paesi importatori di capitale incoraggiare il flusso di operatori-investitori garantendo una tutela ampia in virtù dell'ampiezza della definizione asset-based. La definizione asset-based è, insomma, influenzata dalla volontà degli Stati di fornire ampia copertura giuridica alla nozione di "investimento" al fine di tutelare un ampio spettro di operazioni senza tralasciare alcuna forma di investimento: la copertura è talmente ampia, in effetti che la nozione economica vi è certamente ricompresa, ma, insieme ad essa, lo sono anche altre operazioni e posizioni giuridiche molto lontane come, ad esempio la proprietà. Ben lontana dalla larghezza della copertura della definizione asset-based è la definizione enterprisebased che ha alla propria base la nozione di investimento estero "diretto" e che nasce con i BIT degli anni '70 ma senza riscuotere un particolare successo. Si può ipotizzare che tale definizione fornisse una copertura troppo ristretta che non ha incontrato il favore degli Stati che non volevano vedere ridotte le tutele (a causa di un restringimento della fattispecie tutelata) per i propri operatori all'estero: la finalità dei BIT, ossia la massima tutela possibile per l'operatore-investitore, influenza la scelta della definizione. In effetti la definizione enterprise-based non ha avuto fortuna in nessun tipo di trattato di protezione degli investimenti né bilaterale, né multilaterale, ma avuto una maggiore diffusione nelle leggi nazionali in cui la finalità della regolamentazione della vita economica interna è più presente rispetto ai trattati che mirano, invece, più alla tutela e alla promozione degli investimenti. La definizione transaction-based ha avuto un impiego limitatissimo, anche la dottrina stenta a riconoscerne l'esistenza e l'estesissimo database dell'UNCTAD non lo include nei filtri di ricerca dei trattati che sono suddivisi solo per definizioni asset-based ed enterprise-based. Tale forma di definizione non si concilia con le finalità tipiche di un trattato di protezione che mira ad una tutela ampia e continuativa durante tutte le fasi di sviluppo di un investimento e che non si limiti al solo trasferimento di capitale. La forma di definizione pattizia che si è rivelata vincente nella prarica pattizia è quella asset-based che è anche la più ampia ed elastica: tale ampiezza viene compensata dalle condizioni aggiuntive e dalle esclusion. Esse sembrano avere la funzione di porre un freno all'espansività della definizione asset-based dando la possibilità agli Stati ospiti dell'operazione economica di filtrare e selezionare gli investimenti da proteggere, nel caso del rispetto della legge nazionale e dell'autorizzazione, e di tutelare solo gli

investimenti che effettivamente comportano un indotto per l'economia nazionale, nel caso della territorialità. In particolare, le esclusioni sembrano avere due possibili finalità: quella di distinguere tra operazioni qualificabili come investimento o meno e tra investimenti diretti ed indiretti. L'esclusione della proprietà acquistata a fini non economici ma di solo godimento personale sembra collocare l'operazione fuori da qualsiasi possibile ambito di "investimento", mentre l'esclusione degli investimenti di portafoglio si può giustificare con la volontà di escludere dalla tutela pattizia operazioni di investimento indiretto.

La nozione giuridica di "investimento" negli strumenti pattizi è influenzata, come detto, dalla finalità di tutela (per i Paesi esportatori di capitale) e dall'incentivazione (per i Paesi importatori di capitale) che risultano nell'ampiezza della definizione *asset-based* e nel mancato interesse degli Stati a trovare una definizione più ristretta: l'autentica ricerca di una definizione di "investimento" è subordinata agli interessi particolari degli Stati che, ovviamente, nelle trattative per la redazione dei trattati di protezione degli investimenti, non hanno alcun interesse scientifico o accademico nella ricerca della "vera" definizione giuridica di "investimento".

Anche gli strumenti multilaterali risentono, nella definizione di "investimento", delle finalità per le quali sono stati redatti (come per i BIT) e, in più del contesto in cui si sono sviluppati e dalle competenze dell'eventuale organizzazione internazionale promotrice. In particolare si osservi come la nozione di "investimento" della Carta dell'Havana (che avrebbe dovuto essere la base dell'Organizzazione Mondiale del Commercio) richiama, con il termine "supplied", la terminologia propria del commercio e della circolazione dei beni: vengono protetti i diritti e gli interessi di coloro che hanno "fornito" una serie di valori economici. Tale formulazione richiama l'oggetto e la finalità della Carta ossia la regolamentazione della circolazione delle merci: come le merci possono essere fornite in un mercato, così altri valori economici possono essere "forniti" ed impiegati in un certo mercato. Anche gli accordi GATS e TRIMS definiscono gli investimenti in modo funzionale alla propria finalità ed oggetto. Il primo, che regola il commercio di servizi, definisce l'investimento come "presenza commerciale": la presenza commerciale è l'unica modalità di fornire servizi (a meno che non siano sevizi transfrontalieri). Il secondo, che ha la finalità di proibire misure che coinvolgono gli investimenti e che abbiano effetti distorsivi sul commercio, presenta una definizione enterprise-based perché è solo attraverso l'attività di impresa che un operatoreinvestitore può esercitare attività di commercio internazionale: l'impresa viene intesa come un impianto attraverso cui acquistare merci per rivenderle trasformate. Anche la nozione di "investimento" del diritto europeo è influenzata dalla finalità e, soprattutto, dalle competenze particolari proprie dell'organizzazione coinvolta, in particolare la circolazione di servizi e capitali.

Le definizioni pattizie di "investimento" non sono plasmate solo dalle priorità e finalità dello strumento considerato, ma anche dalla necessità di raccogliere il consenso degli Stati che prendono parte alle trattative. È questo il caso del MAI che, nei contenuti e nelle finalità, è analogo ai BIT con la differenza che avrebbe dovuto essere multilaterale con il risultato che il consenso era molto più difficile da raggiungere e, infatti, al momento di circoscrivere la nozione asset-based tramite, ad esempio, liste negative e l'aggiunta di caratteri economici tipici dell'investimento, il consenso non è stato raggiunto e i negoziati si sono interrotti. Anche i negoziati per la redazione della Convenzione di Washington e le diverse bozze che si sono susseguite (vedere capitolo VI paragrafo 1) dimostrano la difficoltà degli Stati di concordare su una definizione comune di "investimento" che, in effetti, è stata lasciata aperta. In definitiva la nozione pattizia è influenzata dalla finalità dello strumento giuridico, dall'ambito e dalla necessità di raggiungere un consenso tra gli Stati. Generalmente, in effetti, più è ampia la definizione e maggiori saranno le probabilità che gli Stati concordino su di essa, probabilmente anche con la riserva di interpretarla a proprio favore. Le uniche limitazioni importanti all'espansività della definizione asset-based sono le condizioni aggiuntive e le esclusioni. Anche la presenza delle condizioni aggiuntive è un indice del fatto che gli Stati tendono a ricercare una definizione che si attagli perfettamente alle proprie esigenze e, così, in particolare, il rispetto della legge dello Stato ospite e l'autorizzazione vengono assorbite dalla definizione pattizia. Non esiste una definizione giuridica di "investimento" unitaria e valida per tutte le circostanze: gli interessi degli Stati a mantenere una tutela ampia e, spesso, la mancanza di interesse per la ricerca di una nozione giuridica definitiva ha fatto sì che nascessero una pluralità di diverse definizioni che sono lontane dall'essere conciliate tra loro e, in realtà, finchè ogni definizione diversa è mantenuta in un diverso sistema di tutele pattizie, il bisogno di una definizione pattizia universale non è poi così impellente.

I tribunali arbitrali, in particolare ICSID, diversamente dagli Stati, si sono rapportati in due modi diversi rispetto a questa tendenza di definire in modo così ampio la nozione di "investimento" negli strumenti pattizi. Tali tribunali, pur non essendo vincolati dal principio dello stare decisis hanno dato vita alle due correnti consolidate dell'approccio soggettivo e oggettivo (vedere capitolo IV, paragrafo 2 e ss.). Si può osservare che tali diversi ed opposti approcci riflettano, a loro volta, due atteggiamenti dei tribunali nei confronti dell'ampiezza con cui l'"investimento" viene definito dagli Stati nella pratica pattizia. L'approccio soggettivo riconosce che, pur esistendo incontrovertibilmente una nozione economica di "investimento", tale nozione (o meglio, un suo adattamento giuridico) non vada imposta a Stati che, nella libertà della clausola compromissoria abbiano attribuito all'operazione "investimento" il senso che hanno ritenuto più opportuno. In questo caso, i tribunali arbitrali assecondano l'ampiezza delle definizioni pattizie. Diverso è il caso

in cui i tribunali applicano l'approccio oggettivo e, in particolare, il doppio-test (vedere capitolo IV, paragrafo 2.1). Questi tribunali non hanno rinunciato alla ricerca di una nozione giuridica dell'investimento e la trovano nei criteri di Salini che ricalcano i caratteri tradizionalmente attribuiti all'investimento dalla scienza economica. L'approccio oggettivo è, quindi, una via attraverso la quale i tribunali arbitrali cercano, al fine della certezza del diritto o per semplice osseguio ad un principio di realtà e coerenza tra scienza giuridica ed economica, di contenere la libertà di definizione degli Stati ed il conseguente allargamento della nozione giuridica di "investimento" rispetto a quella economica. Questa ricerca, o creazione, della definizione "vera" e "universale" di "investimento" si scontra, però, nuovamente, con esigenze di tutela di operazioni che, da un punto di vista di giustizia sostanziale, meritano la tutela che l'ICSID è in grado di garantire, ma che dell'investimento in senso economico hanno ben poco come, ad esempio i crediti in denaro o l'acquisto di titoli dei Stato esteri (vedere capitolo IV paragrafo 9). In questi casi l'approccio soggettivo, nato per limitare la giurisdizione ICSID, in un esercizio di self restraint rischia di diventare una trappola: o si ricorre all'approccio soggettivo, oppure (ed è questa la soluzione più utilizzata) si resta nel tracciato dell'approccio oggettivo (ormai troppo importante per essere ignorato) rischiando di svuotarlo di significato. In altre parole i requisiti del test di Salini vengono interpretati in modo così espansivo da finire svuotati di significato. In questo modo l'inaccettabile espansività, almeno per molti tribunali arbitrali, della nozione asset-based che era stata "cacciata dalla porta" con la creazione del criterio oggettivo "rientra dalla finestra" tramite un'interpretazione dei caratteri del criterio stesso estremamente espansiva. Anche in questo caso, è la volontà di tutela che ha la meglio sulla ricerca "scientifica" di una definizione unica e univoca di "investimento".

La maggiore differenza tra la pratica pattizia degli Stati e le decisioni dei tribunali, nei riguardi della necessità della più ampia tutela possibile è che gli Stati seguono la tendenza ad adottare una definizione ampia praticamente sempre, anche perché, ovviamente, gli Stati sono liberi di stipulare tra loro qualsiasi definizione preferiscano senza particolari vincoli e senza alcun bisogno di ricercare la nozione giuridica "definitiva": la scelta è totalmente sbilanciata verso l'esigenza di un'ampia tutela; i tribunali, invece, anche per il fatto di essere strutturati collegialmente e, ovviamente, di non avere le prerogative sovrane degli Stati, devono seguire, nelle loro decisioni, una logica argomentativa coerente. Questo dà luogo ad una dialettica tra corti tale per cui, a volte prevalgono le esigenze di tutela, con applicazione del criterio soggettivo o forzatura interpretativa di quello oggettivo, mentre, in altre occasioni, l'effetto limitativo del test di Salini ed il peso persuasivo della nozione economica sono tali che alcuni tribunali sentono di non poterli ignorare. In questo secondo gruppo di casi rientrano tutte quelle decisioni che "restringono" la nozione giurisprudenziale di "investimento" riportandola più vicina all'alveo della nozione economica. Un

esempio di questa dialettica è costituito dal caso *Abaclat ed altri contro Repubblica argentina*, da una parte e *Poštová banka*, *a.s. e Istrokapital SE contro Grecia*, dall'altra. Pur essendo molto simili tra loro, i due tribunali che li hanno esaminati sono giunti a conclusioni diverse sulla sussistenza o meno di un "investimento". Questa interpretazione discontinua del criterio oggettivo e dei requisiti di Salini è evidentemente peggiore del male (l'eccessiva libertà degli Stati e l'enorme ampiezza della definizione) cui si voleva rimediare tramite l'approccio oggettivo.

Tutti questi dibattiti giurisprudenziali in ambito ICSID derivano dall'incapacità degli Stati Parte della Convenzione di Washington di trovare una soluzione per una definizione concordata che, visti i lavori preparatori sarebbe stata molto ampia. Sarebbe bastata una definizione di "investimento" nella Convenzione di Washington, magari uguale a migliaia di altre degli anni successivi, ed il dibattito giurisprudenziale sarebbe stato completamente diverso.

Sicuramente il sistema dei rapporti economici internazionali rischia di essere destabilizzato molto di più dall'introduzione dell'approccio oggettivo e dei criteri di Salini, soprattutto da una loro applicazione incostante ed interpretata in modo restrittivo o espansivo a seconda delle esigenze di tutela, rispetto al rischio che comporta l'ampiezza delle definizioni pattizie. Il diritto internazionale dell'economia, i suoi istituti e le definizioni sono strumenti per ordinare i rapporti economici internazionali e, finora, gli strumenti pattizi stanno funzionando piuttosto bene: finchè la definizione giuridica è funzionale allo scopo che si è scelto di darle ha poco senso preoccuparsi della differenza rispetto alla nozione economica. Ben più problematica è la definizione giurisprudenziale che rischia di spaccarsi tra il criterio soggettivo ed oggettivo e tra un'applicazione restrittiva ed espansiva dei criteri di Salini. La vaghezza delle definizioni pattizie è sicuramente più rassicurante dell'ambiguità di fondo della giurisprudenza. In questo panorama così variegato non c'è molto che la dottrina possa fare per unificarlo se non prendere atto delle spaccature e spiegarne i motivi sperando che vengano sanate per il bene della certezza del diritto.

Bibliografia

-Amerasinghe, "Diplomatic protection", Oxford University Press, prima edizione, 2008

- -Amerasinghe, "Jurisdiction Ratione Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", British Yearbook of International Law, Volume 47, Issue 1, 1 gennaio 1976, pp. 227-267
- -Bischoff, Happ, in "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015
- -Broches, "The Convention on The Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction," Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 5,1966,261-280
- -Burger, "The Trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test)", ASA Bulletin, Vol. 31, fascicolo 3, 2013
- -Carreau, Juillard, "Droit International Economique", terza edizione, 1990
- -Collins, "An Introduction to International Investment Law", Cambridge University Press, prima edizione, 2017
- -Correa, Viñuales, "Intellectual Property Rights as Protected Investments: How Open are the Gates?", Journal of International Economic Law, N. 19, 2016, pp. 91–120
- -Cribbet, "Concepts in Transition: The Search for a New Definition of Property," University of Illinois Law Review vol. 1986, N. 1 (1986): p. 1-42.
- -Davis, Reed, "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015, p. 621
- -de Bernis, Byè, "Relations Économiques Internationales", 1977
- -Dekastros, "Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention", The Journal of World Investment & Trade N. 14, 2013
- -Delaume, "ICSID and the Transnational Financial Community;" ICSID Review Foreign Investment Law Journal, Vol. I, 1986
- -Delaume, "ICSID and the Transnational Financial Community", 1 ICSID Rev. 237, 1986
- -Delaume, "Le Centre International pour le règlement des differénds relatifs aux investissements (CIRDI)", Journal de droit international N. 775, 1982
- -Dimopoulos, "EU Foreign Investment Law", Oxford University Press, prima edizione, 2011
- -Dolzer, Schreuer, "Principles of international investment law", seconda edizione, 2012

- -Douglas, "The International Law of Investment Claims", prima ed., 2009,
- -Frenz, "Handbuch Europaische Grundfreiheiten", Springer-Verlag Berlin Heidelberg, prima edizione, 2004
- -Gaillard, "International investment law for the 21st century essays in honour of Christoph Schreuer", a cura di Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch e Stephan Wittich, Oxford University Press, prima edizione, 2009
- -García-Bolívar, "Defining an ICSID Investment: Why Economic Development Should be the Core Element", Investment Treaty News (International Institute for Sustainable Development), 2012
- -Grabowski, "The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini", Chicago Journal of International Law, Vol 15, N. 1, Article 13, 2014
- -Hamida, "L'arbitrage transnational unilateral: Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique", tesi non pubblicata, University Pantheon-Assas Paris II, 2003
- -Hamida, "Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control *Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*", Journal of International Arbitration 24(3), 2007
- -Hunter, "When is an "investment" an "investment? Formalities of approval and limitations on their application" in "Liber amicorum Bernardo Cremades", curato da Ballersteros e Arias, Liber Amicorum Bernardo Cremades, 2010
- -Kahn, "L'extension de la notion d'investissement" in "Les Investissements français dans le Tiersmonde" a cura di Beullac e Bourrinet, prima edizione, 1984
- -Kahn, "Typologie des contrats de transfert de technologie" in "Transfert de Technologie et Développement", a cura di Judet, Kahn, Kiss e Touscoz, 1977
- -Kleinheisterkamp, Woolcock, "The EU approach to international investment policy after the Lisbon Treaty", Study Directorate General for External Policies of the Union (Ottobre 2010), pp 11–12
- -Knahr, in "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe, Reinisch, 2015
- -Krishan, "A notion of ICSID investment", Investment Treaty Arbitration and

- -Lalive; The First 'World Bank' Arbitration (Holiday Inns v. Morocco)—Some Legal Problems, British Yearbook of International Law, Vol. 51, fascicolo 1, 1 gennaio 1981, pp.123–162,
- -Legum, Mouawad, "The meaning of 'investment' in the ICSID Convention" in "Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts" a cura di Peter H F Bekker, Rudolf Dolzer e Michael Waibel, Cambridge University Press, 2010
- -Malik, Best practices series Bulletin 1 "Definition of investment in international investment agreements", The International Institute for Sustainable Development, 2011
- -Manciaux, "The Notion of Investment: New Controversies", the Journal of World Investment & Trade, N. 6, 2008
- -Martins, "Brazil's Cooperation and Facilitation Investment Agreements (CFIA) and Recent Developments", Investment Treaty News (International Institute for Sustainable Development), 2017
- -Mauro, "Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti", Giappichelli, 2003
- -Mauro, "Investimenti stranieri" in Enciclopedia del Diritto, Annali IV, Giuffrè, 2011, pp. 628-665
- -Mauro, "Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID", Rivista di diritto internazionale privato e processuale, Anno XLII N. 1, CEDAM, 2006, pp. 68-108
- -Montanaro, "Case comment Poštová Banka SA and Istrokapital SE v Hellenic Republic Sovereign Bonds and the Puzzling Definition of 'Investment' in International Investment Law", ICSID Review, Vol. 30, N. 3, 2015
- -Mortenson, "The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law", Harvard International Law Journal, Vol. 51, N. 1, 2010
- -Muchlinski, "International investment law for the 21st century essays in honour of Christoph Schreuer", a cura di Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch e Stephan Wittich, Oxford University Press, prima edizione, 2009
- -Nakajima, "Parallel Universes of Investment Protection? A Divergent Finding on the Definition of Investment in the ICSID Arbitration on Greek Sovereign Debts", The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 15, fascicolo 3, 2017, pp. 472-490

- -Nathan, "The ICSID Convention", JurisNet, LLC, prima edizione, 2000
- -OECD "Benchmark Definition of Foreign Direct Investment", quarta edizione, 2008
- -Parra, "The History of ICSID", Oxford University Press, prima ed., 2012
- -Perkams, "International investment law", curato da Bungenberg, Griebel, Hobe e Reinisch, Nomos, prima edizione, 2015
- -Ray, "Unveiled: Indian Model BIT", Kluwer Arbitration Blog, 18 gennaio 2016
- -Reiter, "Regionalism, Multilateralism and Economic Integration" a cura di Sampson Woolcock, 2003
- -Ronzitti "Introduzione al diritto internazionale", Giappichelli, quarta ed., 2013
- -Rubins, "Arbitrating Foreign Investment Disputes", curato da Horn, 2004
- -Sattorova, "Defining investment under the ICSID Convention and BITs: of ordinary meaning, telos, and beyond", Asian Journal of International Law, Vol. 2, fascicolo 2,2012
- -Schlemmer, "The Oxford Handbook of International Investment Law", curato da Peter Muchlinski, Federico Ortino e Christoph Schreuer, 2008
- -Schreuer, "The ICSID Convention a Commentary, seconda ed., 2009
- -Schreurer, "Commentary on the ICSID Convention: ICSID Review-FILJ, vol. II, 1996,2, pp. 318-493
- -Sciso, "Appunti di diritto internazionale dell'economia", Giappichelli, seconda ed., 2012
- -Smutny, "International investment law for the 21st century essays in honour of Christoph Schreuer", a cura di Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch e Stephan Wittich, Oxford University Press, prima edizione, 2009
- -Sornarajah, "International law on foreign investment", Cambridge University Press, quarta edizione, 2017
- -Sprankling, "The International Law of Property", Oxford University Press, prima edizione, 2014
- -Vargiu, "Beyond Hallmarks and Formal Requirements: a "Jurisprudence Constante" on the Notion of Investment in the ICSID Convention", the Journal of World Investment & Trade, N. 753, 2009
- -Vocke, "Investment Implications of Selected WTO Agreements and the Proposed Multilateral Agreementon Investment, IMF Working Papers, N. 60, 1997
 156

- -Volterra Fietta client alerts, "ICSID tribunal rules on landmark Italian bondholder's case", 2011
- -Yala, "The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly", Journal of International Arbitration 22(2), 2005, pp. 105-126

Tavola dei casi

- -Abaclat ed altri contro Repubblica argentina, ICSID Caso N. ARB/07/5
- -Aguas del Tunari S.A. contro Repubblica della Bolivia ICSID, Caso N. ARB/02/3
- -Ahmadou Sadio Diallo (Repubblica di Guinea contro Repubblica Democratica del Congo), Giudizio di merito I.C.J. Reports 2010, p. 639
- -Ambiente Ufficio S.p.A. ed altri (precedentemente Giordano Alpi ed altri) contro Repubblica dell'Argentina, ICSID Caso N. ARB/08/9
- -Apotex Inc. contro Stati Uniti d'America, ICSID Caso N. UNCT/10/2
- -Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Giudizio, I.C.J. Reports 1970, p. 3
- -Biwater Gauff (Tanzania) Limited contro Repubblica Unita della Tanzania, ICSID Caso N. ARB/05/22
- -Casati, Corte Europea di Giustizia, decisione su questione pregiudiziale 203/80
- -Caso riguardante alcuni interessi tedeschi nell'Alta Slesia polacca (Germania contro Polonia), Corte Permanente di Giustizia Internazionale, sentenze N. 6 del 25 agosto 1925 e N. 7 del 25 maggio 1926
- -Československa obchodní banka, a.s. contro Republica Slovacca, ICSID Caso N. ARB/97/4
- -Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Giudizio, I.C.J. Reports 1989, p. 15
- -Fedax N.V. contro Repubblica del Venezuela, ICSID Caso N. ARB/96/3
- -GEA Group Aktiengesellschaft contro Ucraina, ICSID Caso N. ARB/08/16
- -Giovanni Alemanni ed altri contro Repubblica dell'Argentina, ICSID Caso N. ARB/07/8

- -Graziana Luisi e Giuseppe Carbone contro Ministero del Tesoro, Corte Europea di Giustizia, casi riuniti 286/82 e 26/83,
- -Holiday Inns S.A. ed altri contro Marocco, ICSID Caso N. ARB/72/1
- -Jan de Nul N.V. e Dredging International N.V. contro Repubblica Araba d'Egitto, ICSID Caso N. ARB/04/13
- -Joy Mining Machinery Limited contro Repubblica Araba dell'Egitto, ICSID Caso N. ARB/03/11
- -MCI Power Group LC and New Turbine Incorporated contro Ecuador, ICSID Caso N. ARB/03/6
- -Mihaly International Corporation contro Repubblica Democratica Socialista di Sri Lanka, ICSID Caso N. ARB/00/2
- -Nottebohm (Liechtenstein contro Guatemala), seconda fase, Giudizio 6 Aprile 1955, I.C.J. Reports 1955, p. 4
- -Patrick Mitchell contro Repubblica Democratica del Congo, ICSID Caso N. ARB/99/7
- -Philip Morris Brand Sàrl (Svizzera), Philip Morris Products S.A. (Svizzera) e Abal Hermanos S.A. (Uruguay) contro Repubblica Orientale dell'Uruguay, ICSID Caso N. ARB/10/7
- -Phoenix Action Ltd contro Repubblica Ceca, ICSID Caso N. ARB/06/5
- -Poštová banka, a.s. e Istrokapital SE contro Grecia, ICSID Caso N. ARB/13/8
- -Questione sulle ferrovie Panevezy-Saldutiski (Estonia contro Lituania), Corte Permanente di Giustizia Internazionale, giudizio N. 29/1939
- -Romak S.A. contro Repubblica dell'Uzbekistan, PCA Caso N. AA280
- -Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contro Regno del Marocco, ICSID Caso N. ARB/00/4
- -SGS (Société Générale de Surveillance) S.A. contro Repubblica delle Filippine, ICSID Caso N. ARB/02/6
- -Société Ouest Africaine des Bétons Industriels (SOABI) contro Repubblica del Senegal, ICSID Caso N. ARB/82/1
- -Tokios Tokelés contro Ucraina, ICSID Caso N. ARB/02/18
- -Total S.A. contro Repubblica dell'Argentina ICSID, Caso N. ARB/04/1

- -Überseering BV contro Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, Corte Europea di Giustizia, C-208/00
- -Vacuum Salt Products Ltd. contro Repubblica del Ghana, ICSID Caso N. ARB/92/1
- -Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. contro Governo dell'Unione del Myanmar, ASEAN I.D. Caso N. ARB/01/1