



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

**L'arbitrato tra Stati e investitori stranieri: clausola ISDS e  
convenzione ICSID**

Relatore:

*Chiar.mo Prof. Enrico Righetti*

Candidato:

*Matteo Turci*

Anno Accademico 2015/2016

## INDICE

**Introduzione** pag.V;

### **Capitolo Primo: Gli accordi internazionali in materia di investimenti:**

- 1 I rapporti internazionali di investimento.....pag.1;
  - 1.1 Il contratto di investimento, le sue parti e i loro interessi.....pag.2;
  - 1.2 (segue) Le risoluzioni ONU 1803/62, 3202/74 e 3281/74: il NIEO ed il CERDS.....pag.7;
  - 1.3 (segue) Una cornice legale per gli investimenti internazionali: gli IIA.....pag.12;
- 2 Tipi di accordi.....pag.18;
  - 2.1 Gli accordi multilaterali.....pag.19;
  - 2.2 Accordi regionali e plurilaterali.....pag.21;
  - 2.3 I BIT.....pag.24;
- 3 Contenuti e struttura dell'accordo.....pag.27;
  - 3.1 La nozione di *investimento*.....pag.28;
  - 3.2 (Segue) Il contributo allo sviluppo economico del paese ospitante.....pag.33;
  - 3.3 Le principali clausole ed i loro effetti:.....pag.37;
    - a) *Fair and equitable treatment*.....pag.38;
    - b) *Most Favoured Nation*.....pag.39;
    - c) *Espropriazione*.....pag.44;
    - d) *Disposizioni in materia di risoluzione delle controversie (cenni)*.....pag.46;
- 4 Accordi vigenti e in fase di definizione: le nuove linee evolutive.....pag.47;

## **Capitolo Secondo: La soluzione delle controversie relative agli accordi:**

- 1 Le controversie Stato-Stato (cenni).....pag.49;
- 2 Le controversie Stato-Investitori privati: La ISDS *Clause* e i suoi contenuti:.....pag.52;
  - 2.1 Esistenza di una clausola arbitrale ISDS.....pag.58;
  - 2.2 Validità della clausola arbitrale.....pag.59;
  - 2.3 Le clausole e la loro portata:.....pag.63;
    - a) *Elementi limitativi*.....pag.64;
    - b) *Elementi estensivi*.....pag.67;
    - c) *Le Umbrella Clause (segue)*.....pag.69;
    - d) *Ostacoli di origine giurisprudenziale alle decisioni nel merito*.....pag.77;
  - 2.4 I tipi di arbitrato previsti dalle clausole (cenni).....pag.80;
  - 2.5 I contenuti della clausola:.....pag.83;
    - a) *La scelta degli arbitri*.....pag.83;
    - b) *La sede dell'arbitrato*.....pag.85;
    - c) *Le regole di procedura*.....pag.87;
    - d) *Altri elementi*.....pag.90;

## **Capitolo Terzo: La Convenzione di Washington 1965:**

- 1 La Convenzione e la struttura del centro ICSID.....pag.92;
- 2 Le caratteristiche delle clausole ICSID e la giurisdizione del centro...pag.96;
  - 2.1 La manifestazione del consenso.....pag.97;
  - 2.2 Requisiti soggettivi delle parti.....pag.99;
  - 2.3 La giuridicità della controversia.....pag.102;
  - 2.4 La nozione di investimento ai fini della convenzione.....pag.103;
- 3 L'autonomia della convenzione.....pag.105;
- 4 “*Additional facility rules*”, l'estensione della giurisdizione ICSID...pag.109;

## Capitolo Quarto: Il procedimento ICSID:

- 1 Gli atti introduttivi nell'arbitrato ICSID.....pag.113;
- 2 La costituzione del tribunale arbitrale.....pag.114;
- 3 Sede dell'arbitrato.....pag.119;
- 4 La legge applicabile al merito della controversia.....pag.119;
  - 4.1 La regola del *non liquet*.....pag.131;
  - 4.2 La decisione *ex aequo et bono*.....pag.132;
  - 4.3 I rapporti tra diritto nazionale ed internazionale.....pag.133;
  - 4.4 I tribunali ICSID e i principi generali del diritto.....pag.134;
- 5 Il lodo: riconoscimento ed esecuzione.....pag.136;
- 6 I mezzi di ricorso avverso il lodo ICSID.....pag.141;
  - 6.1 I motivi di annullamento (segue).....pag.144;
  - 6.2 Impugnazione parziale ed effetti dell'annullamento.....pag.148;
- 7 I costi delle procedure ICSID.....pag.149;
- 8 Considerazioni conclusive sul sistema ICSID.....pag.151;

## Capitolo Quinto: le critiche al sistema ISDS e proposte di riforma:

- 1 Criticità dei meccanismi di ISDS.....pag.153;
  - a) Diritti superiori in capo agli investitori.....pag.155;
  - b) Parzialità dei tribunali.....pag.156;
  - c) Il “Regulatory Chill”.....pag.159;
  - d) Difetto di trasparenza.....pag.160;
  - e) Esiti sproporzionati dei procedimenti.....pag.161;
- 2 Proposte e tentativi di riforma.....pag.162;
  - a) Incoraggiare l'uso di altri sistemi di ADR.....pag.162;
  - b) Caratteristiche soggettive degli arbitri e doveri di “disclosure”.....pag.164;

- *c) Intervenire sulla procedura attuale*.....pag.164;
- *d) Limitare l'accesso agli arbitrati*.....pag.169;
- *e) Introduzione di un sistema di appello*.....pag.171;
- *f) Istituzione di una Corte Permanente per le controversie su Investimenti Internazionali*.....pag.172;
- *3 Considerazioni conclusive*.....pag.173;

**Allegato 1** pag.178;

**Ringraziamenti** pag.202.

## INTRODUZIONE

Il 12 febbraio 2013 il presidente degli Stati Uniti d'America Barack Obama annuncia pubblicamente che il governo USA prenderà parte a dei negoziati con una delegazione rappresentativa degli Stati membri dell'UE, in vista dello sviluppo di un *“wide-ranging free-trade agreement”*. Le sue dichiarazioni sono confermate il giorno successivo dal presidente della commissione europea José Manuel Barroso. L'intento dichiarato di questo *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) è quello di ridurre i dazi doganali e, soprattutto, di rimuovere in una vasta gamma di settori commerciali le barriere di natura non doganale o tariffaria, quali sono i regolamenti tecnici di produzione, conservazione e *packaging*; regolamenti sanitari e fitosanitari; standard qualitativi e di controllo sui prodotti. Il fine ultimo è aprire alla libera circolazione delle merci tra i due mercati, facilitando il flusso degli appalti, d'opera e di servizi, e degli investimenti in generale.

L'opinione pubblica è presto sollecitata sul tema, nascono movimenti di opinione a sostegno e, soprattutto, in opposizione al progetto. Tra le critiche mosse più frequentemente vi sono certamente quelle di coloro i quali si dichiarano preoccupati, poiché prospettano l'immissione sul mercato europeo di prodotti americani, realizzati secondo standard qualitativi inferiori rispetto a quelli rispettati dai prodotti europei, imponendo, in virtù delle leggi di mercato, un livellamento verso il basso a danno dei consumatori. I timori maggiori sono in particolare suscitati dall'introduzione, in un accordo di tale portata, di una disposizione di *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS). La possibilità per le

grandi multinazionali americane di convenire i governi europei in costosi arbitrati internazionali, in caso di lamentate violazioni del TTIP, è vista da molti come il preludio ad un periodo di “legislazione delle multinazionali”. Queste potranno infatti indirizzare le scelte dei legislatori europei “minacciandoli” di azionare la clausola arbitrale a fronte di misure legislative ritenute contrarie al principio di libero mercato posto a fondamento del TTIP.

In attesa che i temi oggetto delle consultazioni per la redazione del TTIP, coperti da una riservatezza ritenuta da taluni eccessiva, vengano ufficialmente resi noti; a fronte della molteplicità e contraddittorietà delle opinioni sollevate in relazione alla questione, ed alla difficoltà nel reperire informazioni organiche sul funzionamento delle clausole ISDS e degli arbitrati internazionali in materia di investimenti da queste disposti; questo lavoro di ricerca mira a chiarire e tratteggiare in modo organico il funzionamento di questo discusso istituto. L'attenzione sarà posta innanzitutto sui rapporti di investimento internazionali nell'ambito dei quali le clausole ISDS hanno visto la loro nascita, ricostruendo le ragioni che hanno spinto i protagonisti di questi rapporti a ritenere necessario adoperare degli strumenti di protezione dell'investimento internazionale, e l'evoluzione di questi strumenti.

Si concentrerà poi l'analisi sulle clausole ISDS: la loro redazione e la validità, i contenuti, l'interpretazione, ed il funzionamento; per spostarsi quindi sull'unica convenzione internazionale in materia, la convenzione di Washington del 1965. Di questa verranno evidenziati in particolare, oltre alla genesi storica ed alla struttura del centro per la soluzione delle controversie che ha costituito, le clausole che legittimano la giurisdizione del centro stesso, ed il regolamento arbitrale che adopera, ponendo l'accento sulle peculiarità dell'arbitrato ICSID che fanno di questo un unicum nel panorama internazionale. Da ultimo si

prenderanno in considerazione le critiche mosse al sistema di arbitrati in materia di investimenti internazionali nel suo complesso, a più di sessant'anni dagli accadimenti che ne hanno visto la genesi; evidenziando inoltre le proposte di riforma volte ad aggiornare lo stesso alla pratica corrente dei rapporti di investimento internazionali e la loro percorribilità.



## **Capitolo Primo:**

### **Gli accordi internazionali in materia di investimenti:**

**sommario:** 1 I rapporti internazionali di investimento. - 1.1 Il contratto di investimento, le sue parti e i loro interessi. - 1.2 (segue) Le risoluzioni ONU 1803/62, 3202/74 e 3281/74: il NIEO ed il CERDS. - 1.3 (segue) Una cornice legale per gli investimenti internazionali: gli IIA. - 2 Tipi di accordi. - 2.1 Gli accordi multilaterali. - 2.2 Accordi regionali e plurilaterali. - 2.3 I BIT. - 3 Contenuti e struttura dell'accordo. - 3.1 La nozione di *investimento*. - 3.2 (Segue) Il contributo allo sviluppo economico del paese ospitante. - 3.3 Le principali clausole ed i loro effetti. - a) *Fair and equitable treatment*. - b) *Most Favoured Nation*. - c) *Espropriazione*. - d) *Disposizioni in materia di risoluzione delle controversie (cenni)*. - 4 Accordi vigenti e in fase di definizione: le nuove linee evolutive.

#### **I rapporti internazionali di investimento:**

Con “Rapporto internazionale di investimento” si fa’ riferimento alla relazione che si instaura tra uno Stato sovrano, o una impresa pubblica, ed un investitore privato, tipicamente una società multinazionale, in vista di un progetto di investimento diretto allo sfruttamento di risorse naturali presenti sul territorio dello stato contraente<sup>1</sup>.

La squilibrata distribuzione geografica delle risorse naturali nelle varie regioni del pianeta, nonché il differente grado di sviluppo, in termini di capacità di investimento e conoscenza tecnica, dei diversi attori presenti sulla scena internazionale, ha determinato un rapido e continuo sviluppo di siffatti rapporti a decorrere dalle fasi finali del periodo di dominio coloniale.

Storicamente si registra la tendenza della maggioranza degli ordinamenti statali a sviluppare forme di controllo sulle risorse naturali insistenti sul suolo

---

<sup>1</sup> Wolfgang Peter, *Arbitration and renegotiation of international investment agreements*; Kluwer Law International, 1995; p.5.

nazionale, i diritti di estrazione e commercializzazione sono usualmente inseriti in quadri giuridici *ad hoc* il cui esempio più noto e risalente è il contratto di “concessione”<sup>2</sup>.

Le obbligazioni, di natura economica ma non solo, contenute nei contratti di concessione differiscono significativamente tra i diversi ordinamenti, è altresì dato comune a tutte le concessioni del periodo coloniale l'imposizione in capo agli investitori stranieri di obblighi notevolmente contenuti. Il tradizionale contratto di concessione conferiva all'investitore diritti sostanzialmente incondizionati su porzioni di territorio, di cui poter sfruttare le risorse naturali, a fronte del pagamento di modeste *royalties* in ragione dei volumi di produzione.

La decolonizzazione segna la fine del periodo in cui gli investitori hanno goduto di “diritti sovrani” nello Stato ospitante, senza sottostare a forme di controllo statale, misure di *joint-ownership*, ed obbligati a solo minimali imposizioni economiche<sup>3</sup>.

Occorre sinteticamente chiarire la natura dei contratti di investimento internazionale, nonché le loro parti ed i loro, necessariamente, contrapposti interessi, prima di indagare gli accadimenti storici, economici e politici che hanno portato la pratica degli investimenti stranieri all'assetto attuale.

### **1.1) Il contratto di investimento, le sue parti e i loro interessi:**

Le specificità dei contratti di investimento internazionale emergono chiare confrontando questa fattispecie con un contratto commerciale internazionale, quali i contratti di vendita, appalto, i contratti c.d. *Turnkey*<sup>4</sup>.

---

W. Peter, op. cit. p.6.  
W. Peter, op. cit. p.7.  
Equivalente ai c.d. contratti “chiavi in mano”.

Pacifica è la condivisione con questi ultimi di alcune criticità, legate principalmente alla sopravvenienza di circostanze inaspettate, eventualità frequente nei contratti di lunga durata, ed amplificate dalla possibilità di combinare più tipi contrattuali tra loro. Cionondimeno la qualifica di contratti di “investimento”, implica un esborso di capitale da parte dell’investitore, in forma di finanziamento diretto o partecipazione finanziaria, oltre all’apporto di tecnologia e *know how* per contribuire ad un operazione in cui concorre lo Stato ospite con l’apporto di infrastrutture, forza lavoro e risorse naturali. La nascita di questa *partnership* si contrappone al tradizionale scambio di prestazioni di un contratto commerciale, facendo del contratto di investimento un punto di partenza per un affare comune ai due contraenti, il cui successo determinerà il buon esito del contratto<sup>5</sup>.

Inoltre l’accordo di investimento include una serie di altri contratti collegati (costruzione di impianti, acquisto di materiali e macchinari di produzione per citare una casistica frequente) dai quali possono originare ulteriori controversie, da risolversi in questa fase iniziale dell’operazione, la quale può avere anche una durata notevole a seconda del tipo di progetto. In questa fase del rapporto, che già vede un significativo investimento da parte dei soggetti coinvolti, ha inizio l’attività produttiva oggetto del contratto.

E’ pratica comune che le parti definiscano le fondamenta del loro rapporto con l’adozione di un *protocol of agreement* al quale seguono diversi e subordinati contratti con il precipuo scopo di regolamentare i diversi momenti della vicenda.

Ulteriore elemento di complessità è dato dal frequente ricorso, ad opera delle parti, a contratti di finanziamento con istituzioni quali la Banca Internazionale,

---

W. Peter, op. cit. p.17.

collegati con specifiche clausole al contratto di investimento, andando a costituire un'articolata rete di contratti<sup>6</sup>.

Doveroso, ai fini di una visione di insieme esaustiva, è un accenno alle parti del contratto di investimento internazionale ed ai loro interessi nonché ai potenziali conflitti tra questi.

Il ruolo di investitore straniero è, nella quasi totalità dei casi, ricoperto da una compagnia multinazionale, la cui definizione è di non immediata individuazione, tanto da essere stata al centro di numerose discussioni in seno al *United Nations Centre on Transnational Companies* (UNCTC) ai fini della stesura di un codice di condotta per le compagnie transnazionali (termine preferito a “multinazionali”). Una delle più convincenti formulazioni ricomprende nella definizione ogni impresa, pubblica, privata o mista, indipendentemente dal suo stato di origine o appartenenza, dall'organizzazione legale e dai campi di attività, la quale abbia entità in due o più stati, che operi con comune strategia e sistema decisionale ed in cui le diverse entità siano legate da un vincolo di proprietà o diverso che implichi la possibilità per una di esercitare influenza sulle altre<sup>7</sup>.

Un'impresa transnazionale è quindi composta da distinte entità, ciascuna registrata sotto la legislazione del suo Stato di appartenenza, la quale comunque non può completamente ed effettivamente esercitare un controllo sulle attività dell'impresa. Questa circostanza, unita alla crescente diffusione di siffatte organizzazioni e ad un certo “abuso” della loro influenza, ha accresciuto le richieste di una legislazione di carattere internazionale a presidiare e regolamentare il fenomeno. I configgenti interessi tra i diversi Stati ha ad ora

---

W. Peter, op. cit. p.19.  
Proposta di Codice di condotta per le imprese transnazionali, 31 maggio 1990, ST/CTC 103.

ostacolato e rallentato questo processo. Gli attori del mercato internazionale hanno sviluppato strumenti, quali le “linee guida per le imprese multinazionali” dell’*Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD) ed il succitato codice di condotta dell’UNCTC, per richiamare principi come il rispetto delle leggi nazionali, dei diritti umani e delle libertà fondamentali, il rispetto della sovranità statale e la non interferenza negli affari interni dello Stato ospitante. Nonostante l’OECD abbia un suo comitato deputato a fornire interpretazioni delle linee guida e a vagliarne il rispetto, stante la loro non vincolatività e le scarse possibilità che un giudice od un arbitro possa prendere in considerazione come parametro di valutazione dell’operato di un’impresa transnazionale, questi codici comportamentali trovano sostegno nella maggiore difficoltà a concludere ulteriori contratti per le imprese che si sono costruite una fama negativa<sup>8</sup>.

Il ruolo di Stato ospitante è coperto dallo Stato stesso, nella maggioranza dei casi un paese in via di sviluppo<sup>9</sup>, come nei tradizionali contratti di concessione, o da un’impresa pubblica, come nelle più recenti forme contrattuali sviluppate al fine di aumentare la partecipazione ed il controllo da parte dello Stato sullo svolgimento dell’operazione.

Gli interessi delle parti sono diversi: da parte dell’investitore gli interessi principali sono una posizione competitiva nel settore; il controllo del mercato; la stabilità del contratto nonché i fondamentali ritorni economici dell’investimento. Sul versante dello Stato ospitante primario rilievo è coperto dalle risorse economiche, acquisizione di tecnologia e *know how*; aumento dell’impiego ed

---

W. Peter, op.cit. p.11.

Piero Bernardini, *L’arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*; Giuffrè editore, 2001; p.245. e W. Peter, op. cit. p.12.

indotto; guadagni, in forma di imposizione fiscale o partecipazione all'utile, dall'attività; attrazione di nuovi investimenti e apertura di nuovi mercati.

La diversità di interessi dello Stato può evolvere in un cambio di priorità alla luce di nuovi programmi di sviluppo, spesso collegati ad un avvicendamento delle forze politiche che esprimono il governo, andando a minare la stabilità del contratto.

Altre fonti di conflitto si rinvengono sovente, nella pratica, nella non rinnovabilità delle risorse naturali, circostanza che spinge gli Stati a ponderare attentamente la decisione circa un assetto potenzialmente irreparabile. La lunga durata, tra i dieci ed i venticinque anni, richiesta per giustificare un'attività ad alto rischio e ad alto costo presta il fianco all'evenienza che una delle parti possa premere per ottenere una rinegoziazione dei termini contrattuali.

Tra tutte le possibilità, la principale fonte di conflitti tra investitore e Stato ospitante rimane il controllo del progetto e gli utili derivanti dallo svolgimento dell'attività. In tempi più recenti, poi, si aggiungono le controversie originate da circostanze ed effetti collaterali dell'attività oggetto dell'investimento, principalmente legate a problematiche di impatto ambientale ed inquinamento da idrocarburi dovute alla crescente attenzione che queste tematiche riscuotono ad ogni livello. Questo ha comportato il ricorso ad opere di rinegoziazione dei termini contrattuali dei contratti in essere, ma anche originato correnti favorevoli all'adozione di stringenti standard, a carico degli investitori, prefigurando un costo nuovo.

Tratteggiato in questi termini il "Contratto di investimento internazionale", è facile giustificare e comprendere la maggiore attenzione riservatagli dagli attori del mercato internazionale rispetto ad altri tipi contrattuali, nonché la sua

posizione di rilievo negli studi di diritto e nelle discussioni in seno ai principali organismi sovranazionali ed intenzionali dediti all'analisi del mercato globale<sup>10</sup>.

## **1.2) (segue) Le risoluzioni ONU 1803/62, 3202/74 e 3281/74: il**

### **NIEO ed il CERDS:**

La naturale conseguenza di un rapporto tra soggetti radicalmente diversi, animati da interessi in forte contrapposizione e potenzialmente mutevoli (per esempio in ragione di aggiornamenti della realtà politiche dello Stato ospitante o della necessità dell'investitore di assecondare il mercato), protratto a lungo nel tempo, è l'alta probabilità che si origini un contenzioso. È in questo terreno che emerge un ulteriore elemento di complessità di queste fattispecie: la difficoltà nell'individuare l'organo dotato di giurisdizione su tale rapporto, e la legge a questo applicabile.

Nel periodo coloniale<sup>11</sup>, un assetto contrattuale fortemente sbilanciato a favore del soggetto investitore non ha messo in rilievo da subito questi fondamentali aspetti.

A seguito della dissoluzione degli imperi coloniali, emerge l'istanza di quasi cento nuove nazioni, nate dal processo di decolonizzazione<sup>12</sup>, di riappropriarsi del controllo sulle risorse naturali presenti nei loro territori, sfociata in una crescente ostilità nei confronti dell'investimento straniero manifestatasi attraverso un'ondata di nazionalizzazioni delle proprietà straniere.

---

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10.

P. Bernardini, op. cit. p.245-246.

Il processo di decolonizzazione in senso politico inizia nel 1947 con l'indipendenza dell'India e culmina nel 1999 con la restituzione di Macao alla Cina da parte del Portogallo. Passaggio fondamentale di questa fase storica sono i due conflitti mondiali: le promesse di riforma dei rapporti con la madrepatria in cambio di un contributo allo sforzo bellico, non mantenute al termine della Grande Guerra, ha fornito a diverse colonie la spinta decisiva alla nascita di istanze nazionaliste. Il ripetersi della circostanza al termine del secondo conflitto mondiale, aggravato dall'estensione delle ostilità ai territori di Africa ed Asia, divenute pedine strategiche, rese impossibile ristabilire lo status quo.

Per la prima volta le nazioni esportatrici di investimenti avvertono la necessità di forme di protezione per le operazioni di investimento transnazionali: nasce il diritto internazionale degli investimenti<sup>13</sup>.

Il crescente interesse nei settori della ricerca mineraria e della produzione di idrocarburi, in virtù dell'alto grado di rischio dell'investimento e dell'ingente movimentazione di capitali e tecnologie richiesto, e dell'instabilità dei regimi politici delle nazioni in cui queste stesse attività vengono svolte, ha stimolato la configurazione di strumenti contrattuali particolarmente raffinati, volti ad offrire garanzie all'investitore. Esempi di questo apparato giuridico sono da ritrovarsi in quel complesso di clausole indirizzate a sottrarre il rapporto di investimento all'applicabilità della legge locale, vincolando lo Stato a non modificare, con una legislazione successiva al contratto, le disposizioni di questo ovvero richiamando il diritto internazionale, o i principi generali del diritto, quale unica legge applicabile al rapporto, nella ricerca di una pretesa *internazionalizzazione* di questo.

Sul versante relativo alla soluzione delle controversie, i primi esempi di accesso diretto delle rivendicazioni di un privato straniero avverso uno Stato, si individuano nei meccanismi che già negli anni immediatamente successivi alla fine del primo conflitto mondiale, disponevano la costituzione di commissioni miste o di tribunali arbitrali, la cui attività era temporalmente circoscritta alla soluzione delle questioni in occasione delle quali erano state originate<sup>14</sup>. Questo delicato sistema di rapporti viene ad essere messo in crisi, a decorrere dagli anni cinquanta, dall'incremento, tra le ex colonie, degli Stati che ottengono

---

P. Bernardini, op. cit. e W. Peter, op. cit.  
P. Bernardini, op. cit.



l'indipendenza e dall'azione di neonate organizzazioni internazionali a carattere regionale, esponenziali degli interessi di questi nuovi Stati sovrani<sup>15</sup>.

Il tema centrale è il diritto, reclamato dai paesi in via di sviluppo, di riappropriarsi della sovranità sulle risorse naturali, tramite processi di nazionalizzazione disposti all'uopo, senza necessariamente corrispondere un

“pronto, adeguato ed effettivo” risarcimento all'investitore espropriato<sup>16</sup>. Queste istanze sono volte a sovvertire la regola di diritto internazionale consuetudinario c.d. *Hull Rule*<sup>17</sup>, formulata originariamente dall'allora segretario di Stato USA Cordell Hull, come “risarcimento pronto, adeguato e effettivo”, in risposta alla nazionalizzazione dell'industria petrolifera operata nel 1938 dal Messico, e da allora interpretata dalla dottrina statunitense come risarcimento “pieno” ovvero riflettente il valore di mercato dei beni espropriati<sup>18</sup>. Confidando nella nuova posizione di maggioranza assunta in seno all'assemblea delle Nazioni Unite (NU)<sup>19</sup> è in questa sede che i paesi in via di sviluppo sfidano la posizione espressa dagli Stati Uniti, trovando i primi segni di apertura verso le loro istanze<sup>20</sup>.

Nel 1952 l'assemblea generale delle UN adotta una breve risoluzione<sup>21</sup> che introduce per la prima volta il concetto di “sovranità permanente sulle risorse naturali”, definendolo come un diritto e raccomandando inoltre a tutti gli stati membri di astenersi dal porre in essere ogni atto, diretto o indiretto, volto ad

---

P. Bernardini, op. cit.

Jason Webb Yackee, *Pacta Sunt Servanda and state promises to foreign investors before bilateral investment treaties: myth and reality*; in *Fordham International Law Journal*, 2009; Vol.32, p. 1559.

Andrew T. Guzman, *Why LDC's Sign Treaties That Hurt Them: Explaining The Popularity of BIT's*; in *38 Virginia Journal of International Law* 639, 1998.

J. W. Yackee, op. cit. p. 1560.

W. Peter, op. cit. p.7.

J. W. Yackee, op. cit.p.1560; W. Peter, op. cit. p.7. e P. Bernardini, op. cit. p.247.

UNGA 626/1952.

impedire l'esercizio di questa sovranità da parte di uno stato sulle sue risorse naturali.

Il concetto di sovranità permanente sopracitato, a distanza di dieci anni, è la tematica al centro di una successiva e ben più rilevante risoluzione delle UN, la 1803/62<sup>22</sup>. Approvata da una maggioranza, comprensiva degli Stati Uniti, dall'assemblea generale, questa risoluzione sembra accogliere le richieste avanzate dai paesi in via di sviluppo. Al riconoscimento del principio di sovranità permanente, però, si accompagnano le due interessanti disposizioni contenute negli articoli 3 e 4: il primo dei quali si esprime nel senso del riconoscimento di un vincolo giuridico nelle promesse compiute da uno Stato ospitante nei confronti di un investitore straniero, mentre il secondo riconosce il diritto ad una "appropriata compensazione in conformità alle regole di diritto internazionale" a favore dei privati assoggettati a procedure di espropriazione e nazionalizzazione, e dispone che le controversie nascenti dal rapporto di investimento siano decise tramite arbitrato internazionale qualora le parti abbiano concordato in questo senso<sup>23</sup>.

Non fu difficile, per i rappresentanti dei paesi in via di sviluppo, notare che l'uso del termine "appropriato" in luogo di "adeguato", indice di un apparente superamento della *Hull Rule*, segnava una concessione lessicale ma non necessariamente sostanziale in quanto, interpretato alla luce dell'esplicito richiamo alle "regole del diritto internazionale", da tribunali arbitrali internazionali in luogo delle corti statali, si sarebbe tradotto in un risarcimento

---

W. Peter, op. cit. p.7. e J. W. Yackee, op. cit. p. 1561.  
J. W. Yackee, op. cit. p.1561.

pieno, essendo la *Hull Rule* stessa riconosciuta come diritto internazionale consuetudinario<sup>24</sup>.

La risoluzione 1803, a discapito della sua articolazione ostentatamente orientata all'interesse dei paesi in via di sviluppo, rappresenta invece una riaffermazione dei principi di diritto internazionale quali il diritto al risarcimento per il caso di nazionalizzazione, la quantificazione di questo in base al diritto internazionale stesso, la vincolatività delle promesse di uno Stato in favore di un investitore privato e dell'eventuale pattuizione di un compromesso tra le parti, con la conseguente possibilità delle parti private di convenire direttamente lo stato ospitante in arbitrato<sup>25</sup>.

Il vero punto di svolta della vicenda è segnato da due fondamentali risoluzioni datate 1974, numero 3202 e 3281<sup>26</sup>.

Queste contengono rispettivamente la “*Declaration of a New International Economic Order*” e “*Charter of Economic Rights and Duties of States*”, note rispettivamente come NIEO e CERDS.

La disposizione di maggior rilievo, ai fini di questa analisi, è l'articolo 2 del CERDS:

“Each State has the right... (to) nationalize, expropriate, or transfer ownership of foreign property, in which case *appropriate* compensation *should* be paid... taking into account... all circumstances that the state considers pertinent. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of sovereign equality of States and in accordance with the principles of free choice of means”

27 28.

---

J. W. Yackee, op. cit. p. 1562.

J. W. Yackee, op. cit. p. 1562 e nota 55.

P. Bernardini, op. cit. p.246; W. Peter, op. cit. p.7. e 1 J. W. Yackee, op. cit. p. 1562,1563.

J. W. Yackee, op. cit. p. 1564.

Oltre ad esplicitare il principio di sovranità permanente ed il diritto degli Stati a nazionalizzare beni di proprietà di investitori stranieri, l'uso della forma permissiva *should* implica che il diritto al risarcimento non deve essere necessariamente riconosciuto in ogni ipotesi di espropriazione o nazionalizzazione. Inoltre la decisione circa l'entità dell'eventuale risarcimento è presa in base alla legge dello stato ospitante, applicata dalle corti di questo.

Il CERDS si segnala, inoltre, per l'estensione del suo campo di applicazione, il quale oltre a ricomprendere il settore delle risorse naturali, nucleo centrale della questione e origine della stessa, richiama esplicitamente "ogni attività economica", andando idealmente ad allargare ed uniformare la disciplina applicabile agli investimenti privati con carattere di internazionalità.

### **1.3) (segue) Una cornice legale per gli investimenti internazionali: gli IIA:**

La circostanza che queste risoluzioni siano assunte al valore di diritto internazionale vincolante, segnando effettivamente il superamento definitivo della dottrina Hull, non è pacifica.

Parte della dottrina<sup>29</sup> propone un'analisi per cui l'estromissione della prassi precedente dal diritto internazionale degli investimenti, lascia lo stesso in una situazione di incertezza in cui ogni stato ha la possibilità di riempire di significato il concetto di "*appropriate compensation*"<sup>30</sup>.

---

J. W. Yackee, op. cit. p.1563.

A.T. Guzman, art. cit.

A.T. Guzman, art. cit. p. 650 651. e W. Peter, op. cit. p.8.

La conseguenza più notevole di questo “spazio vuoto di diritto internazionale” sarebbe il venire meno di un principio generale di diritto quale il principio “*Pacta Sunt Servanda*”; questo non è da intendersi come un principio rigido che obbliga uno Stato a rispettare alla lettera le promesse fatte agli investitori privati a prescindere da ogni cambiamento delle circostanze in cui il rapporto si deve svolgere. Più pragmaticamente si può dire che il principio esiste, a livello di diritto internazionale se, eccetto limitate eccezioni, un’autorità neutrale incaricata di decidere una controversia in materia di investimenti tende a considerare, quale che sia la legge applicata, che le promesse fatte agli investitori debbano essere mantenute, salvo il risarcimento per il caso in cui non lo siano. Questo legittima la possibilità per gli Stati di infrangere le promesse contrattuali per i casi di forza maggiore, cambiamenti determinanti di circostanze, senza elevare il rischio degli investitori ad un livello difficilmente tollerabile<sup>31</sup>.

L’azione compatta di tutti gli Stati in via di sviluppo avrebbe quindi avuto come risultato la creazione di un “cartello legale” consistente nell’assenza di protezione, a livello di diritto internazionale, per gli investitori, con chiaro beneficio degli Stati ospitanti<sup>32</sup>.

Il desiderio di attrarre un numero sempre crescente di investitori, in vista di un più rapido procedimento di sviluppo dell’economia, ha però rapidamente portato gli Stati membri di questo “cartello” ad entrare in competizione, minando la compattezza del loro agire e l’uniformità della loro proposta agli investitori internazionali. Dapprima alcuni Stati modificarono in senso più favorevole agli investitori le loro legislazioni interne in materia di investimento, racchiuse in

---

J. W. Yackee, op. cit. p. 1572.

J. W. Yackee, op. cit. p. 1564.

codici disposti *ad hoc* in seguito all'affermazione del NIEO quale “cornice legale” in materia di investimenti<sup>33</sup>, quindi offrendo agli stessi possibilità di rinegoziare i contratti anche in deroga alla legislazione nazionale. Successivamente l'apertura in senso favorevole agli investitori torna sul terreno del diritto internazionale con un numero sempre maggiore di Stati disposti ad adottare trattati volti a disciplinare la materia dell'investimento internazionale, arrivando presto a riconoscere il diritto al pieno risarcimento per il caso di inadempimento delle promesse contrattuali.

Lo strumento internazionale si propone come unica soluzione possibile per ristabilire il principio “*Pacta sunt Servanda*” e vede uno sviluppo ed una crescita nel suo impiego sempre maggiore, in particolare dagli anni '90 per arrivare ad oggi<sup>34</sup>.

I detrattori di questa ricostruzione<sup>35</sup> fanno leva su alcune interessanti considerazioni: in primo luogo si sottolinea come ci sia assoluta ambiguità circa il fatto che le risoluzioni dell'assemblea generale costitutive del NIEO abbiano effettivamente assunto il ruolo di legislazione vincolante per tutti gli Stati membri, avendo quindi la forza necessaria a modificare il diritto precedente. Ancora si fa notare come le due risoluzioni del 1974 non abbiano espressamente rinunciato alla precedente risoluzione in materia, la citata 1803 del 1962, il cui contenuto è nella sostanza di segno opposto. Il punto focale poi fa perno sull'effetto reale delle risoluzioni del 1974. Se queste effettivamente hanno determinato il venire meno del principio generale “*Pacta sunt Servanda*”, necessariamente vi deve essere traccia della sua assenza nelle pronunce,

---

W. Peter, op. cit. p.25.

J. W. Yackee, op. cit. p. 1564.

J. W. Yackee, op. cit.

principalmente lodi arbitrali visto il costante ricorso a questo istituto nei contratti di investimento internazionali. L'analisi di diversi lodi, riconosciuti dalla letteratura scientifica sull'argomento come i più significativi, però, consegna un'immagine diversa, mettendo in luce una uniformità di giudizio tra le controversie instauratesi prima del NIEO e quelle successive, con il risarcimento riconosciuto sempre come diritto dell'investitore, e determinato tendenzialmente con riferimento al valore delle proprietà espropriate<sup>36</sup>.

In accordo con questa teoria si restituisce dignità alle risoluzioni del 1974, che a prima vista parrebbero quindi non aver inciso significativamente a favore dei paesi in via di sviluppo, prestando attenzione ai rapporti contrattuali di investimento tra Stati e privati<sup>37</sup>.

Intanto, il motivo dell'apparente fallimento del movimento a favore della sovranità permanente: questo si può individuare, oltre che nel carattere ambiguo delle risoluzioni UN e nell'incertezza circa i rapporti tra le diverse risoluzioni aventi ad oggetto questa materia, ma anche in un fattore umano. Di fronte a tribunali ed istituzioni arbitrali, composte da una prevalenza di avvocati occidentali o di formazione occidentale, non appare poi sorprendente che nella scelta tra l'attribuzione di valore vincolante alle risoluzioni del 1974 in alternativa all'applicazione dei principi generali del diritto o il principio di buona fede o, ancora, la risoluzione 1803, questi propendano per la seconda impostazione, con il riconoscimento del principio "*Pacta sunt Servanda*" quale elemento fondamentale di ogni ordinamento giuridico moderno<sup>38</sup>.

---

Casi significativi in questo senso sono il c.d. caso *Aboilard*; il c.d. caso *Antioquia Railroad*; il c.d. caso *Cheribon Steamship* ed il noto caso *Lena Goldfish*; ed infine, sempre con riferimento a pronunce antecedenti le risoluzioni, i casi *ARAMCO* e *Sapphire*. Esempi di decisioni successive sono da rinvenirsi nei lodi dei casi: *Aminiol* e *AGIP c. Congo*.  
Vedi meglio supra, paragrafo 1.1.

J. W. Yackee, op. cit. p.1597.

A fronte della mancata affermazione del principio di sovranità permanente, inteso come possibilità di infrangere le promesse contrattuali contratte con gli investitori senza l'obbligo conseguente di rifondere questi, è sul terreno dei rapporti contrattuali tra stato ospitante ed investitore straniero che il movimento centra il suo risultato più rilevante.

Negli anni '70, all'apogeo del movimento per la sovranità permanente, l'era delle "classiche" concessioni di sfruttamento delle risorse naturali, imposte in condizioni di dipendenza coloniale o quasi - coloniale, per un eccessivo lasso di tempo, e con termini altamente sbilanciati era finita.

Il risultato è quello di dare ai neo – indipendenti Stati in via di sviluppo la possibilità di liberarsi da vincoli legali insopportabili, e viene raggiunto gradualmente di pari passo con l'avanzamento del processo di decolonizzazione, con la rinegoziazione dei termini contrattuali concessa dalle potenze ex – coloniali agli Stati in via di sviluppo, stante la presa di coscienza della difficoltà di giustificare, almeno moralmente, l'imposizione a fragili e appena indipendenti stati di mantenere in vita contratti eccessivamente onerosi

e contrattati in condizioni di dipendenza o soggezione<sup>39</sup>.

Al tempo del NIEO e del CERDS, in pratica, quasi tutti i contratti di investimento in essere non erano più il prodotto dell'imposizione coloniale: quello che il movimento poteva ragionevolmente ambire ad ottenere lo aveva già ottenuto<sup>40</sup>.

A prescindere che si sposi l'una piuttosto che l'altra analisi, quello che emerge con sicurezza è che finita la decolonizzazione e terminata la fase di pressione dei neonati paesi in via di sviluppo, volta ad allentare le pressioni esercitate dai

---

J. W. Yackee, op. cit. p.1599.

J. W. Yackee, op. cit. p. 1601



vecchi contratti di investimento ed a ristabilire la loro sovranità sulle risorse naturali, si assiste alla nascita di nuovi tipi contrattuali: le tradizionali concessioni lasciano il posto a contratti di *Joint Venture*<sup>41</sup> in cui il desiderio del paese ospitante di esercitare la sua sovranità sulle risorse naturali si esprime attraverso la creazione di una società tra investitore privato e lo Stato, o un suo ente. La partecipazione in minoranza o maggioranza dello Stato è bilanciata tramite contratti ancillari (di gestione per esempio) e diritti minori, la relazione vantaggi – svantaggi va letta alla luce del *Master Agreement*<sup>42</sup>. I ricavi sono ripartiti tramite distribuzione dei dividendi in aggiunta a *royalties* e vari livelli di tassazione.

L'ultima generazione di contratti di investimento vede la diffusione dei "Contratti di servizio"<sup>43</sup> che possono comportare comunque un ingente capitale investito ma senza l'appesantimento della formale comproprietà tra Stato ed investitore. Le forme più comuni sono i contratti di "management", di "coproduzione", e "contratti di lavoro". Lo scopo è minimizzare l'impatto e il ruolo dell'investitore straniero consentendo allo Stato capace di finanziare con le sue forze l'operazione di avere l'effettivo controllo su questa, ragione per cui taluni ritengono che con questi tipi contrattuali l'investitore non sopporti alcun rischio ma esegua sotto il controllo di uno Stato straniero una prestazione di servizi. È importante la definizione degli obblighi e diritti delle parti, poiché possono essere distribuiti in modi altamente differenziati. Anche se appaiono segnare un riavvicinamento al modello di concessione con l'investitore straniero libero di agire nei termini della stessa a suo rischio, le differenze sono notevoli: oltre alle

---

W. Peter, op. cit. p. 21.  
Vedi meglio supra, paragrafo 1.1.  
W. Peter, op. cit. p. 22.

diverse tassazioni in aggiunta alle *royalties*, lo Stato ospitante mantiene il controllo sull'operazione, sovente tramite una società pubblica.

L'altro rilievo che emerge al cadere degli anni '70 è l'esigenza, avvertita dagli operatori del mercato internazionale, di predisporre delle "cornici legali" a sostegno e protezione delle operazioni di investimento transnazionali. Vuoi perché unico mezzo per reintrodurre nell'ordinamento internazionale i principi sovvertiti dall'instaurazione del NIEO, o in alternativa, al solo fine di attrarre più investimenti da parte dei paesi in via di sviluppo, si assiste all'affermazione dello strumento degli "*International Investment Agreement*" (IIA): accordi internazionali tra Stati, volti a garantire condizioni di trattamento certe e protette per le operazioni di investimento intraprese vicendevolmente dai soggetti nazionali dell'uno nel territorio dell'altro, i quali hanno di fatto sopperito alle incertezze create circa le norme di diritto internazionale degli investimenti<sup>44</sup>, e che vedranno un progressivo sviluppo ed una crescita esponenziale a partire dagli anni '90 fino ad oggi.

### **Tipi di accordi:**

Il diritto commerciale internazionale contemporaneo è ampiamente basato su accordi internazionali, predisposti in forma di trattati bilaterali, regionali, plurilaterali o multilaterali, questi sono lo strumento principe per lo sviluppo e l'applicazione di norme di diritto internazionale. La materia dell'investimento internazionale non fa eccezione. Da un lato il loro contenuto riflette le posizioni comuni e concordate tra due o più stati, dall'altro sono giuridicamente

---

W. Peter, op. cit. p. 27 e seguenti e P. Bernardini, op. cit. p. 248 e seguenti.

vincolanti, e impongono agli Stati contraenti un dovere di rispettare le loro previsioni<sup>45</sup>.

Per quanto attiene agli investimenti internazionali non esiste ad oggi una convenzione multilaterale, globale e onnicomprensiva, nonostante numerosi sforzi in questa direzione siano stati intrapresi, in passato così come in tempi più recenti<sup>46</sup>. Ciononostante numerosi strumenti multilaterali, con oggetto più circoscritto, sono certamente rilevanti. A questi si aggiungono trattati regionali che si stanno diffondendo rapidamente nel territorio degli investimenti transnazionali, talvolta anticipando i *trends* in materia<sup>47</sup>.

Più di ogni altro strumento la continua evoluzione ed espansione della rete internazionale di accordi bilaterali ha sviluppato i principi relativi al trattamento ed alla protezione degli investimenti stranieri<sup>48</sup>.

## **2.1) Gli accordi multilaterali:**

La divergenza di interessi tra Stati esportatori e importatori di capitali ha vanificato ogni tentativo di addivenire ad una convenzione internazionale multilaterale, in materia di investimenti, che potesse disciplinare ogni aspetto della materia<sup>49</sup>.

Uno sforzo diretto alla creazione di siffatto strumento, benché non vincolante, è stato intrapreso negli anni '70 e nei primi anni '80. Lo strumento in questione è

---

United Nations Conference on Trade and Development: International Investment Agreements key issues vol.1 2004 –

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.17

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.17 e P. Bernardini, op. cit. p. 248.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.17 e P. Bernardini, op. cit. p. 248.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.17 e Andrea Giardina, *Gli accordi bilaterali sugli investimenti e l'accordo nordamericano di libero scambio*; in enciclopedia degli idrocarburi, vol. 4 p. 539.

W. Peter, op. cit. p.27.

il già menzionato<sup>50</sup> progetto di codice di condotta per le imprese transazionali sviluppato dalle UN, il quale avrebbe risolto diverse delle preoccupazioni degli Stati, ospitati ed ospitanti, riflettendo naturalmente le politiche e le posizioni del periodo<sup>51</sup>.

Degli accordi multilaterali in essere se ne segnalano alcuni che trattano di questioni correlate agli investimenti internazionali, come nel caso del *General Agreement on Tariffs and Trades* (GATT) sviluppato dal Fondo Monetario Internazionale nel 1947 nell'intento di porre le basi di un sistema multilaterale di relazioni commerciali al fine di favorire la liberalizzazione del commercio

mondiale, evolutosi dopo il c.d. "Uruguay Round"<sup>52</sup>; ultima fase di trattative tra 124 Stati terminata nel 1994 dopo sette anni di lavori, con l'istituzione della *World Trade Organization* (WTO), l'unica struttura esistente di portata effettivamente globale, direttamente o indirettamente rilevante per gli

investimenti internazionali<sup>53</sup>. Alcuni accordi sono stati quindi conclusi successivamente nell'ambito del "Uruguay Round" tra questi risalta il *General Agreement on Trade in Services* (GATS) del 1995 che sostituisce il GATT quale foro mondiale per la liberalizzazione degli scambi, nonostante la sua copertura sia molto più ampia, con una definizione, implicita, di commercio di servizi ben oltre il semplice scambio transfrontaliero rinvenibile nel GATT. La struttura flessibile ne limita l'incisività viste le possibili deroghe all'applicazione del principio del trattamento nazionale e l'applicazione dei suoi contenuti limitata a quanto dichiarato e sottoscritto dai singoli stati in appositi elenchi nazionali<sup>54</sup>.

---

Vedi meglio supra, paragrafo 1.1.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.17 – 19.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.17.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18 – 19.  
[http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/26-gats\\_01\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm)

Parimenti interessanti sono due convenzioni concluse sotto l’egida della “World Bank”: la convenzione di Washington del 1965 istitutiva del “*International Centre for Settlement of Investment Disputes*” (ICSID) il cui ruolo determinante è analizzato successivamente<sup>55</sup>, e l’accordo costitutivo della “*Multilateral Investment Guarantee Agency*” (MIGA) nel 1988. Questa si pone come obiettivo di implementare gli investimenti stranieri nei paesi in via di sviluppo migliorando il trattamento e la protezione offerta a questi o garantendo contratti di investimento<sup>56</sup>.

Le convenzioni multilaterali, nello specifico quelle di portata globale, sono quanto di più vicino ad una “legislazione” che si possa trovare nel panorama del diritto internazionale. Rendono possibile la formulazione e l’applicazione di regole “universali”, concordate da ed applicabili alla totalità degli Stati, o quantomeno ad una larga maggioranza di questi. Sovente questi trattati sono implementati con la predisposizione di apparati istituzionali che soprintendano alla loro applicazione, revisione e sviluppo. Il contraltare è dato dal fatto che la necessità di trovare un terreno comune ad un grande numero di Stati spesso comporta la formulazione di previsioni molto generali o crivellate di eccezioni e casi speciali. Le difficoltà a trovare accordi in materie come l’investimento internazionale risiede anche nella mancanza di strumenti globali come questi<sup>57</sup>.

## **2.2) Accordi regionali e plurilaterali:**

Si classificano come “regionali” o “plurilaterali” quegli accordi internazionali cui prendono parte solamente un limitato numero di Stati e che solitamente non

---

Vedi in proposito i capitoli terzo e quarto.  
W. Peter, op. cit. p.27.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.17.

sono aperti alla partecipazione di Stati ulteriori. Sono ovviamente vincolanti solo per i paesi che li hanno sottoscritti ad applicabili solo a questi. Questi strumenti vanno acquisendo rilevanza sempre maggiore in materia di investimenti internazionali<sup>58</sup>.

Una significativa sottocategoria di questi è data dagli accordi di integrazione economica regionale, i quali spesso implicano un livello di cooperazione tra gli Stati contraenti superiore al normale e frequentemente si contraddistinguono per la presenza di istituzioni “sopranazionali”. È quindi difficoltoso trarre conclusioni generali dai loro testi<sup>59</sup>.

L'esempio più significativo di queste realtà è da individuarsi nella Comunità Europea, ora Unione Europea, in cui l'effettiva liberalizzazione nella movimentazione di capitali, l'eliminazione di misure discriminatorie e l'adozione di regole comuni a tutti gli Stati membri ha avuto un impatto notevole sugli investimenti tra Stati membri e in/da Stati terzi<sup>60</sup>.

Altro esempio di accordo volto ad un'integrazione regionale è il “*North-Atlantic Free Trade Agreement*” concluso nel 1992 tra Stati Uniti, Canada e Messico, in vigore dal '94. Benché questo comporti un grado di integrazione di molto inferiore rispetto all'UE, qualificandosi come costitutivo di una zona di libero scambio e non di un mercato comune, i suoi effetti in materia di investimenti internazionali sono notevoli<sup>61</sup>. Si elimina ogni restrizione doganale, limitatamente ai beni originati<sup>62</sup> in uno degli stati contraenti, ed altresì si vengono liberalizzati gli investimenti, definiti in modo estensivo, e le prestazioni

---

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.

Si fa riferimento al paese in cui il bene ha subito la trasformazione finale quale paese di origine del bene.

di servizi, con l'esplicita inclusione di quelli finanziari. Si riconosce agli investimenti il favore del trattamento nazionale, quello conforme al diritto internazionale o della nazione più favorita<sup>63</sup>. Inoltre per il caso di nazionalizzazione si prevedono significative garanzie: equo indennizzo, processo rispettoso dei diritti della parte e necessario interesse pubblico sotteso all'atto. Significative anche le disposizioni in materia di soluzione delle controversie che richiamano la convenzione ICSID, il suo meccanismo supplementare<sup>64</sup> o il regolamento arbitrale UNCITRAL<sup>65</sup>.

Un esempio recente di accordo "interregionale" è l' "*Energy Charter Treaty*" concluso nel 1994 tra l'Unione Europea e tutti i suoi stati membri, la Russia, gli stati già membri dell'ex Unione Sovietica, la Turchia, il Giappone e l'Australia, ed entrato in vigore nel '98<sup>66</sup>.

Il trattato copre solo un settore, sebbene uno dei più importanti, il commercio ed il transito dei prodotti energetici e le questioni ambientali connesse. Le sue previsioni in materia di investimenti sono abbastanza elaborate e necessitano di essere implementate da un secondo accordo che disciplini l'ammissione degli investimenti<sup>67</sup>.

Il particolare meccanismo di soluzione delle controversie disciplinato all'articolo 26 prevede la possibilità, per l'investitore, di scegliere se prestare il suo consenso ad un procedimento arbitrale, nonché di individuare una preferenza tra il regolamento della convenzione di Washington, il meccanismo supplementare di

---

P. Bernardini, op. cit. p. 251.

Richiamo necessario stante la non ratifica della convenzione di Washington da parte del Canada.

P. Bernardini, op. cit. p. 251.

P. Bernardini, op. cit. p. 251.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.

questa, il regolamento UNCITRAL o il regolamento della camera di commercio di Stoccolma<sup>68</sup>.

Quando tutti gli Stati membri di una convenzione di integrazione regionale sono paesi in via di sviluppo, le disposizioni circa gli investimenti stranieri tendono a seguire schemi simili alle legislazioni nazionali. È il caso del *Andean Pact*, la cui disciplina degli investimenti stranieri ha seguito l'evoluzione delle legislazioni nazionali nel periodo tra gli anni '70 e la metà degli anni '90, passando dalle restrizioni e limitazioni fino alle crescenti liberalizzazioni<sup>69</sup>.

Gli strumenti plurilaterali e regionali hanno delle similitudini con quelli multilaterali: sono necessari più paesi per la conclusione e l'entrata in vigore, spesso prevedono strutture istituzionali e contengono previsioni volte a garantire lo sviluppo e la crescita della convenzione. Nel contempo, il numero di Stati coinvolti è minore e spesso si tratta di Stati omogenei. In materia di investimenti stranieri siffatti strumenti hanno contribuito a modificare le leggi e le politiche preesistenti e a creare schemi applicabili su un più ampio livello internazionale, sebbene non ancora universale. A controprova di questo si

registra la tendenza di questi ad essere precursori di innovazioni in materia<sup>70</sup>.

### **2.3) I BIT:**

I *Bilateral Investment Treaties* (BIT) costituiscono l'elemento principale dell'attuale disciplina degli investimenti internazionali<sup>71</sup>.

Il numero degli accordi bilaterali in materia di investimenti è particolarmente elevato e oggetto di una progressiva crescita negli ultimi anni: da meno di cento

---

P. Bernardini, op. cit. p.254.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.  
UNCTAD 1998a (UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18).



accordi negli anni '60 si è passati agli oltre duemila degli anni '90, tremila ad oggi.

Questo modello di accordo nasce nel 1959, con gli accordi della Repubblica Federale di Germania con il Pakistan e poi con la Repubblica Dominicana<sup>72</sup>. Essi trovano sicuramente un precedente nei tradizionali trattati di *Friendship, Navigation and Commerce*, stipulati dagli Stati Uniti a partire dall'accordo del 1778 con la Francia, ed abbandonati solo negli anni '80 a favore del recepimento del modello BIT<sup>73</sup>.

Ad oggi i BIT sono conclusi da tutti i paesi industrializzati, dai paesi dell'ex blocco sovietico fino ai paesi dell'America Latina, tradizionalmente restii ad aprirsi ad impegni internazionali in materia di investimenti in nome della c.d. "dottrina Calvo"<sup>74</sup>, ed infine, in tempi più recenti Algeria, Messico, Brasile ed India<sup>75</sup>.

Le ragioni di questa affermazione e del successivo rapido sviluppo, sono da ricercarsi nello stato di incertezza del diritto consuetudinario in materia, esasperato dalle risoluzioni UN degli anni '60 e '70<sup>76</sup>.

Nel contesto di questa diffusa incertezza, e di confronto diretto tra opposte concezioni politico-ideologiche, lo strumento bilaterale si pone come elemento fondamentale per incoraggiare e proteggere gli investimenti, definendo regole pattizie capaci di ridurre le incertezze e di porre le basi per una proficua

---

Andrea Giardina, *Gli accordi bilaterali sugli investimenti e l'accordo nordamericano di libero scambio*; in *enciclopedia degli idrocarburi* Vol. IV, p. 540.  
P. Bernardini, op. cit. p.249.

Dottrina elaborata dal giurista Carlos Calvo, ed ancora incorporate in talune costituzioni di stati Latino-Americani, propone l'assoluta esclusione di ogni intervento straniero nei settori delle risorse naturali e delle attività economiche di uno stato, rivendicando inoltre la giurisdizione esclusiva delle corti nazionali al riguardo. In proposito vedi P. Bernardini, op. cit. p.249.  
P. Bernardini, op. cit. p.249.

A. Giardina, art. cit. p.540; Vedi inoltre supra, paragrafo 1.2.

collaborazione, offrendo una disciplina speciale alternativa a quella generale, connotata da contorni incerti e discussi<sup>77</sup>.

Il loro oggetto d'elezione è stato, fin dagli inizi, la protezione dell'investimento, nel più ampio contesto delle politiche di promozione e favore per gli investimenti stranieri. Protezione avverso nazionalizzazioni ed espropriazioni, garanzia della libertà di trasferimento di fondi e previsione di meccanismi arbitrari per la soluzione delle controversie con lo Stato ospitante sono elementi ricorrenti nella quasi totalità della casistica<sup>78</sup>.

I BIT coprono inoltre una varietà di altri argomenti, in particolare si evidenziano previsioni volte a garantire la non discriminazione nel trattamento delle attività di investitori stranieri, in alcuni casi la disciplina dell'ingresso di imprese straniere nel mercato nazionale ed anche la possibilità di surrogazione, in caso di pagamento del premio assicurativo, della società, con sede nel paese esportatore di capitale, che garantisce l'investimento<sup>79</sup>.

Quali elementi della disciplina internazionale degli investimenti, i BIT si sono mostrati fondamentali strumenti di sviluppo di nuove disposizioni per gli IIA, con particolare riferimento a quelle connesse alla protezione degli investimenti. Benché la struttura di questi trattati rimanga quasi standardizzata, sono in grado di riflettere, con le loro clausole, le diverse posizioni degli Stati che hanno concluso tali accordi<sup>80</sup>.

Inizialmente indirizzati alle sole relazioni tra paesi sviluppati, esportatori di capitali, e in via di sviluppo, hanno mostrato negli anni la capacità di diversificarsi, muovendo verso altri rapporti, quali sono quelli tra soli paesi in

---

A. Giardina, art. cit. p.540.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.

via di sviluppo o in transizione economica. Pur scontando, rispetto ai trattati multilaterali e regionali, la mancanza di strutture istituzionali di riferimento, appaiono capaci di adattarsi a circostanze speciali, avendo ricoperto, per esempio, un ruolo importante nel passaggio degli Stati dell'est europeo ad un'economia di mercato. Sono ad oggi il principale indice di un generale favore per gli investimenti internazionali<sup>81</sup>.

### **Contenuti e struttura degli accordi bilaterali:**

In virtù della loro influenza sul diritto internazionale degli investimenti, della loro diffusione e dello sviluppo costante, nonché della frequenza con cui questi vengono invocati negli arbitrati internazionali in materia<sup>82</sup>, i BIT meritano di essere analizzati con riferimento alla loro struttura ed ai loro contenuti tipici. Pur con delle differenze di formulazione e nella non completa coincidenza delle previsioni normative, i trattati bilaterali seguono uno schema consolidato.

Fissate le definizioni di “investitore” e di “investimento protetto”<sup>83</sup> ai fini dell'applicazione del trattato, questo normalmente prosegue prevedendo un determinato standard di trattamento (*Full protection and security* o *Fair and equitable treatment* per esempio), seguono quindi le disposizioni che limitano e disciplinano le possibilità di nazionalizzazione, le disposizioni riguardanti il trasferimento dei capitali ed il rimpatrio dei profitti, e sempre più spesso trovano spazio la clausola della *Most Favoured Nation* e la c.d. *Umbrella*

---

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 P.18.  
Su questo punto vedi meglio infra, paragrafo 3.1.

*Clause*; è invece una costante la presenza di disposizioni relative alla soluzione delle controversie o *Investor State Dispute Settlement Clause (ISDS)*<sup>84</sup>.

### **3.1) La nozione di *investimento* e di *investitore*:**

Una questione, per sua natura, fondamentale sollevata nel diritto internazionale degli investimenti è la definizione stessa di “investimento”. Quantunque possa apparire singolare, ritenendo che la distinzione tra i due maggiori ambiti delle relazioni economiche internazionali, gli investimenti internazionali ed il commercio internazionale, debba ormai essere chiara, la questione si presenta di estrema difficoltà<sup>85</sup>.

La distinzione è rilevante tanto in ambito economico<sup>86</sup> quanto in ambito giuridico, essendo questa connotata da elementi di complessità; paradigmatica in questo senso è l’assenza di tale definizione in seno alla Convenzione di Washington del 1965<sup>87</sup>, la più importante in materia, stante l’impossibilità di addivenire ad una formulazione che soddisfacesse tutti gli stati contraenti<sup>88</sup>.

I BIT contengono una definizione di investimento da loro presa in considerazione, spesso completata da un’elencazione, non esaustiva, di operazioni economiche prototipo, cui il trattato si ritiene pacificamente applicabile. Gli stessi accordi prevedono, in caso di controversie, la devoluzione di queste a tribunali arbitrali internazionali, il cui primo compito sarà stabilire se l’operazione, in concreto, rientra nelle operazioni previste dal trattato da cui

---

P. Bernardini, op. cit. 249.

Charles Leben, *La partecipazione allo sviluppo economico di uno stato è una condizione per la protezione degli investimenti in base ai trattati?*; Relazione presentata al convegno italo-francese *Il nuovo diritto internazionale degli investimenti*, Napoli 26 maggio 2008, presso l’università Federico II.

Charles Leben, rel. cit.

Vedi allegato 1.

Charles Leben, rel. cit.

origina la loro competenza, fornendo un'interpretazione in concreto della definizione di investimento<sup>89</sup>.

per questo motivo che, oltre all'analisi delle definizioni contenute nei trattati, ci si deve riferire anche alla giurisprudenza arbitrale, prevalentemente dei tribunali costituiti secondo la Convenzione Washington del 1965, per individuare gli elementi costitutivi della definizione "vivente" di investimento internazionale.

La definizione adottata dai trattati è generalmente ampia, tendendo a comprendere sia i beni che i diritti e gli interessi degli stranieri. È altresì dichiaratamente non esaustiva, indicando alcune operazioni a mero titolo esemplificativo, come la seguente formulazione, contenuta nei BIT inglesi sviluppati nella seconda metà degli anni '90:

"Investment means every kind of asset, including: (i) movable and immovable property and any other related property rights such as mortgages; (ii) shares in, stock, bonds and debentures of, and any other form of participation in a company of business enterprise; claims to money, and claims to performance under a contract having financial value; (iv) intellectual property rights, technical processes, know-how and any other benefit or advantage attached to a business; (v) rights conferred by law or under contract to undertake any commercial activity, including search for, or cultivation, extraction or exploitation of natural resources".

La pratica più recente ha evidenziato la tendenza a dettagliare maggiormente queste definizioni. Si fa esplicito richiamo ai diritti di proprietà su beni mobili ed immobili; ad altri diritti reali, compresi quelli di garanzia; ai diritti di natura economica, legali o contrattuali, relativi alle attività aventi ad oggetto le risorse

---

<sup>89</sup>

Analogamente lo stesso discorso si ritiene applicabile ai tribunali ICSID stante la mancanza di una definizione di investimento nella Convenzione di Washington.

naturali; alle proprietà intellettuali ed industriali ed il *Know How*; sono inoltre comprese le partecipazioni in società che operano nello Stato ospite, a fugare i dubbi circa la posizione degli azionisti, distinti dalla società di cui sono soci; ricorre spesso, soprattutto nei BIT americani, l'estensione della protezione anche ad attività semplicemente connesse<sup>90</sup>.

Il richiamato carattere non esaustivo di queste definizioni espone comunque alla possibilità che si debba determinare, in concreto, se una determinata fattispecie possa essere o meno ricompresa nella definizione e di conseguenza protetta secondo le norme del trattato. Quello che si pone è un problema di interpretazione del trattato, ed in quanto tale si deve fare riferimento alla

Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati<sup>91</sup>, alla luce della quale dirimenti saranno lo scopo e l'oggetto del trattato, alla luce del testo, comprensivo del preambolo, di questo e delle circostanze in cui è stato concluso<sup>92</sup>.

doveroso premettere, prima di fare riferimento ai criteri ermeneutici emergenti dalla giurisprudenza arbitrale circa la definizione di investimento, che ogni tribunale arbitrale internazionale, anche quelli costituiti secondo la Convenzione di Washington, non è tenuto a prendere in considerazione le decisioni già emesse in casi affini. Decide, con effetti *inter partes*, unicamente con riferimento al caso di specie. Come è noto in alcun settore del diritto internazionale esiste un principio di *stare decisis*, ed il diritto internazionale degli investimenti non fa eccezione<sup>93</sup>.

Questo tuttavia non ha prevenuto, in questo come in altri settori, la possibilità che si formasse una giurisprudenza, la quale ricopre un ruolo centrale nello

---

A. Giardina, art. cit. p. 541.

Adottata il 22 maggio 1969, è entrata in vigore il 28 gennaio 1980.

A. Giardina, art. cit. p. 541.

A. Giardina, art. cit. p. 541.

sviluppo del diritto: la ripetizione, nelle pronunce, di alcune soluzioni già adottate in precedenza ha portato alla generalizzazione di alcuni concetti ed analisi<sup>94</sup>.

Il problema di una definizione di investimento viene sollevato innanzi ai tribunali arbitrali solo in tempi recenti, in concomitanza con la grande diffusione dei BIT negli anni '90. Ovvero nel momento in cui questi non sono aditi in forza di una clausola compromissoria, concordata tra le parti nel testo di un contratto che già qualifica come investimento l'operazione che ne è l'oggetto, bensì unilateralmente da una parte (tipicamente l'investitore) in virtù di una disposizione contenuta in un trattato, circostanza che ha obbligato i tribunali arbitrali ad elaborare una nozione oggettiva di investimento<sup>95</sup>.

Per quanto attiene ai criteri di riferimento, delineati dalla giurisprudenza arbitrale, per individuare un'operazione di investimento, quelli generalmente ricorrenti sono i seguenti: una certa durata nel tempo dell'attività, ad esclusione quindi delle operazioni istantanee di compravendita o di brevissima durata; l'attesa di un profitto da parte del soggetto investitore; l'assunzione da parte di questo di un certo rischio, non limitato al semplice rischio di inadempimento; un certo valore delle risorse impiegate dall'investitore; il contributo allo sviluppo economico dello stato ospite<sup>96 97</sup>.

Quanto emerge dall'analisi congiunta delle definizioni contenute nei trattati e dalla loro interpretazione presso i tribunali arbitrali, è una continua espansione della nozione, sufficiente a ricomprendere, al ricorrere di determinate circostanze, nella definizione di investimento operazioni precedentemente

---

Charles Leben, rel. cit.  
Charles Leben, rel. cit.  
Charles Leben, rel. cit.  
A. Giardina, art. cit. p. 542 – 543.

escluse, quali una compravendita, e ad escluderne altre pur avendo queste la forma giuridica tipica dell'investimento, mettendo in luce l'insufficienza dei caratteri generali delineati sopra<sup>98</sup>.

Nell'attribuzione della qualifica di investitore protetto tutti i modelli di BIT fanno riferimento agli individui cittadini ed alle società nazionali degli stati contraenti<sup>99</sup>.

In riferimento alle persone fisiche, la cittadinanza viene determinata secondo le regole dello Stato che la attribuisce. Le sole problematiche che emergono sono legate alla presenza di un soggetto dotato di doppia o plurima cittadinanza: se un soggetto ha anche la cittadinanza di uno Stato terzo rispetto al trattato, si applica il criterio enucleato dalla Corte Internazionale di Giustizia<sup>100</sup>, che vede la prevalenza della cittadinanza del paese con cui il soggetto intrattiene il legame più intenso. Se, diversamente, un soggetto presenta la cittadinanza di ambedue gli Stati contraenti, si fa riferimento alla soluzione generalmente accolta in materia di protezione diplomatica dei cittadini, la quale prevede che il soggetto non sia considerato come straniero<sup>101</sup>. Si segnala però il più recente orientamento che vede anche in questo caso la regola della cittadinanza effettiva<sup>102</sup>.

Per quanto concerne le società e le persone giuridiche in generale, il punto di riferimento di ogni ricostruzione ai sensi del diritto internazionale consuetudinario è la sentenza della corte internazionale di giustizia nel c.d. caso

---

Vedi meglio infra, paragrafo 3.2.

A. Giardina, art. cit. p. 543.

*Lichtenstein v. Guatemala*, ICJ 1955.

*Perù v. Giappone*, A/18 del 1984.

Impostazione seguita dal tribunale Iran-USA.



*Barcelona Traction*<sup>103</sup>, per cui la protezione diplomatica di una società spetta allo Stato ove questa è costituita ed ha la sede statutaria e non allo Stato nazionale della maggioranza degli azionisti, fintanto che il legame con lo Stato di costituzione non sia puramente fittizio<sup>104</sup>.

### **3.2) (Seque) Il contributo allo sviluppo economico del paese**

#### **ospitante:**

Tratteggiando la definizione di investimento ai sensi dei trattati bilaterali è emerso come la sua interpretazione sia soggetta alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, che impone di riferirsi alle circostanze di conclusione del trattato ed al testo interamente considerato, comprensivo quindi del preambolo. Inoltre si è fatto cenno, da ultimo, al processo di estensione del suo contenuto<sup>105</sup>, ed alla conseguente introduzione, nella nozione, di fattispecie precedentemente escluse, così come dell'espunzione di altre precedentemente ammesse. Nello stesso tempo si è evidenziato il ruolo assunto dalla giurisprudenza arbitrale nell'enucleare dei criteri generali per individuare in concreto gli investimenti internazionali ai sensi dell'applicazione dei trattati, e tra questi criteri si è fatta menzione del contributo apportato, dall'operazione di investimento, allo Stato ospitante<sup>106</sup>.

Questi elementi sono profondamente collegati e meritano un'ulteriore analisi. La questione centrale è se la nozione di investimento protetto, inserita nei trattati, copra ogni operazione economica tra un privato ed uno Stato straniero,

---

*Belgio v. Spagna*, ICJ 1970.

A. Giardina, art. cit. p. 543.

W. Ben Hamida, ne *L'arbitrage transnational unilateral* parla di deriva e diluizione della nozione.

Vedi meglio al paragrafo precedente.

che si presenti nella veste giuridica tipica dell'investimento, ovvero se questa abbia una sua specificità. In effetti una serie di pronunce arbitrali aggiunge alla definizione di investimento una condizione: che questo costituisca un contributo, significativo, allo sviluppo del paese ospitante, da valutarsi nell'ottica di questo. Su questo criterio trovano fondamento alcune pronunce le quali qualificano come investimenti operazioni tipicamente di commercio internazionale, quali compravendite e contratti di finanziamento, in virtù del significativo apporto offerto da queste allo sviluppo dell'economia dello Stato ospitante<sup>107</sup>.

Si tratta di stabilire se sia sufficiente essere in presenza di un investimento, alla stregua dei criteri stabiliti dai trattati, oppure se a questi si debba affiancare una condizione ulteriore e necessaria, basata sul contributo di questi investimenti nel paese ospitante.

Per ricostruire lo stato attuale del diritto internazionale degli investimenti su questo punto si deve, naturalmente, prendere in considerazione la giurisprudenza in virtù dei motivi già delineati, in particolare si citano di seguito delle pronunce emesse secondo il regolamento della già richiamata

Convenzione ICSID<sup>108</sup>.

Nel caso *Fedax c. Venezuela*<sup>109</sup>, si trattava di capire se l'acquisto da parte della società Fedax, tramite girata, di alcune cambiali emesse dal governo Venezuelano fosse o meno un investimento protetto ai sensi della Convenzione di Washington, in quanto si contestava la competenza del tribunale arbitrale ritenendo l'operazione non rientrante nella definizione di investimento. Il tribunale risolve la questione richiamando quattro caratteri costitutivi di un

---

Charles Leben, rel. cit.  
Vedi maglio ai successivi capitoli terzo e quarto.  
ARB/96/3 11 luglio 1997.

investimento: durata nel tempo; stabilità in materia di profitti e ricavi; impegno sostanziale dell'investitore ed un interesse certo per lo sviluppo del paese ospitante. Si afferma inoltre come l'ultimo sia il criterio prevalente e dirimente. Su questa base, avendo rilevato che l'operazione rivestiva un interesse pubblico fondamentale, si pronuncia nel senso di considerare l'operazione un investimento protetto<sup>110</sup>. Il caso *CSOB c. Slovacchia*<sup>111</sup> trova un fondamento testuale al riferimento allo sviluppo economico del paese ospitante nel preambolo della Convenzione di Washington, il quale invoca "la necessità di cooperazione internazionale ai fini dello sviluppo economico... e il ruolo giocato in tale ambito dagli investimenti privati internazionali". Ritenendo quindi un investimento il prestito erogato dalla banca Ceca CSOB all'organo di riscossione delle imposte Ceco, nella cornice di un accordo di consolidamento tra Slovacchia e Repubblica Ceca, che garantivano il prestito, e la banca stessa, ben potendo un prestito contribuire in maniera significativa allo sviluppo economico di uno stato<sup>112</sup>.

Nello stesso senso il caso *Salini c. Marocco*<sup>113</sup>, in cui, nell'ambito di un contenzioso tra due società Italiane e lo stato del Marocco, il tribunale si pronuncia nel senso di ritenere la costruzione di un'autostrada un inequivocabile apporto allo sviluppo economico di un paese, riconoscendo nel caso di specie un operazione di investimento<sup>114</sup>.

---

Charles Leben, rel. cit.  
ARB/97/4 24 maggio 1999.  
Charles Leben, rel. cit.  
ARB/00/4 23 luglio 1981.  
Charles Leben, rel. cit.

Nonostante si trovino anche pronunce di segno diverso<sup>115</sup> lo stato attuale della giurisprudenza vede, in una maggioranza di casi, consacrato il contributo allo sviluppo dell'economia dello Stato di accoglienza quale elemento fondamentale della nozione di investimento<sup>116</sup>.

La circostanza che tutte le pronunce richiamate ad esempio siano state rese in procedimenti disciplinati dalla Convenzione di Washington, a fronte della mancanza, nel testo di questa, di una definizione autonoma di investimento, non

una spiegazione del ragionamento compiuto dagli arbitri nell'individuazione del criterio. Questo si giustifica in ragione della preoccupazione di alcuni tribunali ICSID di scartare le operazioni economiche ordinarie, non meritevoli di beneficiare della disciplina di vantaggio riservata agli investimenti. Nulla osta affinché tribunali arbitrali diversi addivengano al medesimo ragionamento, in forza delle medesime ragioni<sup>117</sup>.

A rafforzare questa considerazione l'analisi dei preamboli di diversi BIT<sup>118</sup> mostra riferimenti, talvolta impliciti, talaltra espliciti, alla necessità che un investimento, ai fini del trattato, contribuisca all'economia dello Stato di destinazione<sup>119</sup>, di fatto riprendendo il preambolo della Convenzione ICSID nel quale i tribunali arbitrali avevano trovato un fondamento testuale al criterio.<sup>120</sup> In conclusione, si rileva una prima tendenza della giurisprudenza arbitrale<sup>121 122</sup>, volta ad ampliare in misura prima sconosciuta la nozione di investimento,

---

ARB/03/8 10 gennaio 2005 e ARB/99/7 9 febbraio 2004.

Charles Leben, rel. cit.

Charles Leben, rel. cit.

Francia 1990 "Volendo rafforzare la cooperazione economica tra i due stati..."; Algeria 2000 "...Volendo rafforzare la cooperazione economica..."; Australia 1993 "(le parti) riconoscono l'importanza nel promuovere il flusso di capitali per l'attività economica e lo sviluppo.."

Charles Leben, rel. cit.

Vedi supra il riferimento a: *CSOB c. Slovacchia*.

Vedi supra, paragrafo 3.1.

andando a ricomprensivi i crediti e i diritti a qualsivoglia prestazione suscettibile di valutazione economica, ed inoltre i diritti di proprietà industriale, commerciale ed intellettuale<sup>123</sup>, assicurando agli operatori economici una protezione giuridica rafforzata dalla possibilità di ricorso ai tribunali arbitrali internazionali, in caso di controversia contro lo Stato ospitante, in base ad un trattato di protezione degli investimenti anche in assenza di un legame contrattuale tra le parti<sup>124</sup>. A fronte di questa, con l'introduzione del criterio del contributo allo sviluppo economico, gli arbitri hanno voluto mettere un limite a questo ampliamento indefinito della nozione di investimento protetto<sup>125</sup>. La ricerca di nuovi investimenti spinge gli Stati a sopportare una considerevole compressione della loro giurisdizione, accettando di sottoporre controversie con privati, sorte nel loro territorio, ad una forma di giustizia privata. Ma una tale compressione delle prerogative Statali non si può giustificare se non in ragione del contributo che le operazioni così tutelate apportano allo sviluppo del paese e della sua economia<sup>126</sup>, è questa la conclusione che si può ragionevolmente trarre dai preamboli degli stessi trattati<sup>127</sup>.

### **3.3) Le principali clausole ed i loro effetti:**

Contenuto essenziale dei BIT, oltre alle definizioni di *investitore* e di *investimento*<sup>128</sup>, necessarie a delimitare il campo di operatività degli stessi, sono

---

"Giurisprudenza" è da intendersi nel senso indicati supra al paragrafo 3.1.  
Charles Leben, rel. cit.  
Valgono qui le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti circa il "rapporto di investimento".  
Charles Leben, rel. cit.  
Charles Leben, rel. cit.  
Vedi supra in questo paragrafo.  
Vedi meglio al paragrafo 3.1.

le previsioni che disciplinano lo standard di trattamento degli investimenti da quelle individuate.

*Fair and equitable treatment:*

lo standard più risalente nonché quello più frequentemente invocato dagli investitori per far valere la violazioni di un BIT da parte dello Stato ospitante. Nato con l'*Havana Charter for an International Trade Organization* nel 1948, mai entrato in vigore, è oggi presente in tutti i principali trattati bilaterali sulla protezione degli investimenti, nonché nel NAFTA e nel *Energy Charter Treaty*<sup>129</sup>.

In assenza di una definizione la portata di questo standard ha originato varie interpretazioni in dottrina ma soprattutto nella pratica del contenzioso arbitrale.

Nel caso *Waste Management v. United Mexican States*<sup>130</sup> il tribunale ha optato per una definizione pragmatica, ritenendo lo stesso uno standard flessibile che deve essere adattato alle specificità del caso concreto<sup>131</sup>. Si possono individuare situazioni che integrano la nozione in alcune pronunce; la pronuncia sul caso *MTD v. Republic of Chile*,<sup>132</sup> richiamando la Convenzione di Vienna sul diritto, e l'interpretazione, dei trattati ha ritenuto il significato ordinario dei termini (*Fair ed Equitable*) quello di "giusto", "imparziale" e "legittimo", riferendosi poi al preambolo del trattato in cui le parti esprimevano l'intenzione di favorire il reciproco flusso di investimenti tra i due Stati, riconoscendo la necessità di

---

P. Bernardini, op. cit. p.256.

NAFTA – 30 aprile 2004 – FILJ,2000, p. 214 e seguenti.

P. Bernardini, op. cit. 257.

25 maggio 2004; in proposito: <http://ita.law.uvic.ca/index.htm>.

proteggere gli stessi, nell’ottica di favorire la prosperità economica degli Stati  
contraenti<sup>133</sup>.

Più incisiva l’analisi compiuta dagli arbitri del caso *Tecnicas Mediambientales Tecmed v. United Mexican States*<sup>134</sup> nel quale la clausola viene interpretata alla luce del principio di buona fede, proprio del diritto internazionale, il quale richiede che lo Stato non leda le aspettative generate negli investitori nel momento in cui questi hanno optato per l’operazione, dovendo questi attendersi, da parte dello Stato, un comportamento coerente, trasparente e scevro da ambiguità, conoscendo la legislazione in materia di investimenti nonché gli obiettivi e la politica del paese ospitante in anticipo al fine di pianificare conseguentemente la propria attività<sup>135</sup>.

La buona fede è, peraltro, da intendersi come elemento dello standard in questo senso: un comportamento contrario viola senz’altro lo standard, ma sono altresì ipotizzabili comportamenti in buona fede, da parte dello stato, che costituiscano comunque una violazione di questo<sup>136</sup>.

### *Most Favoured Nation:*

Presente nella quasi totalità degli accordi internazionali sulla protezione degli investimenti, è questa una delle clausole più frequentemente invocate dagli investitori in sede di arbitrato<sup>137</sup>. Con l’inserimento di questo tipo di previsione, gli Stati contraenti si obbligano a garantire, l’uno all’altro nonché l’uno agli investitori dell’altro, un trattamento che sia non meno favorevole rispetto a

---

P. Bernardini, op. cit. p. 257  
29 maggio 2003 ILM,2004,133.  
P. Bernardini, op.cit. p. 258.  
P. Bernardini, op.cit. p.258  
P. Bernardini, op. cit. p. 258

quello offerto, per gli stessi rapporti richiamati dalla clausola, ad uno Stato terzo od agli investitori provenienti da questo<sup>138</sup>.

Il BIT tra Stati Uniti ed Argentina, una delle principali fonti di arbitrati internazionali in materia<sup>139</sup>, prevede siffatta clausola con la seguente formulazione:

“Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favourable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever is the more favourable, subject to the right of each Party to make or maintain exceptions falling within one of the sectors or matters listed in the Protocol to this Treaty”<sup>140</sup>

Tali clausole sono classificabili come “generali” o “speciali”: le prime accordano lo standard di trattamento in tutte le relazioni tra le parti con riferimento ad aree genericamente definite, “*all matters relating to trade, navigation and all other economic relations*”, per usare le parole del GATT<sup>141</sup>; viceversa le seconde limitano il trattamento ad alcune specifiche materie puntualmente individuate<sup>142</sup>. A prescindere da questa classificazione, la clausola MFN non può non essere dettata se non con riferimento a materie determinate<sup>143</sup>.

Particolari problemi sorgono a causa delle differenti formulazioni della clausola presenti nei diversi trattati, che possono portare ad interpretazioni, ed esiti giudiziali, difformi. Tra le più usate abbiamo formule che vogliono la clausola

---

P. Bernardini, op. cit. p. 258

Michele Marchesiello, *L'arbitrato internazionale nelle dispute investitori-Stato: una nuova idea di giustizia o creazione di un suo mercato globale?*; in Nuova Giurisprudenza ligure, 2016, n. 1, p. 37.

U.S.- Argentina BIT, 14 novembre 1991, Art. 2.

Vedi meglio supra, paragrafo 2.1.

P. Bernardini, op. cit. p. 259.

Questa regola, nota come *eiusdem generis rule* è fonte di contrasti diversi interpretativi. Vedi P. Bernardini, op. cit.



applicabile “a tutte le materie coperte dal trattato”, “in situazioni quali...” o “agli investimenti ed alle attività a questi collegate”<sup>144</sup>.

Generalmente escluse sono la materia fiscale e quelle disciplinate da apposite unioni doganali o accordi di libero scambio<sup>145</sup>.

L’effetto potenziale di una tale previsione è quello di ampliare il novero dei diritti sostanziali e procedurali dell’investitore oltre quelli specificatamente previsti nel trattato alla luce del quale questi chiede protezione. Se da un lato questo può essere ritenuto lo scopo precipuo della clausola stessa, non mancano correnti critiche a questa apertura a pratiche definite di “*Treaty shopping*” da parte degli investitori, con la ricerca del regime più favorevole previsto dai trattati conclusi dallo Stato in cui si va realizzando il proprio investimento<sup>146</sup>.

Particolarmente controversa è l’applicabilità della clausola alle disposizioni in materia di ISDS<sup>147 148</sup>.

Esempio paradigmatico di questa questione è il c.d. *Caso Maffezini*<sup>149</sup>: il cittadino argentino Augusto Maffezini, avendo effettuato degli investimenti in prodotti chimici in Galizia, si lamenta circa il trattamento riservatogli dalle autorità spagnole. In base alle norme contenute nel BIT tra Argentina e Spagna, questi avrebbe potuto chiedere giustizia in via di arbitrato internazionale, solo dopo aver già cercato, senza successo e per almeno diciotto mesi, una soluzione presso le corti spagnole. Per aggirare l’ostacolo, chiede di azionare per il tramite della clausola MFN di cui all’articolo 4 del BIT tra Argentina e Spagna, la disposizione in materia di risoluzione delle controversie contenuta in un altro

---

Per quest’ultimo richiamo vedi nota 144.

P. Bernardini, op. cit. p. 259.

P. Bernardini, op. cit. p. 260.

P. Bernardini, op. cit. p. 260.

Per ISDS (investor state dispute settlement) vedi al successivo capitolo secondo.

ICSID Report, 419: *Emilio Augusto Maffezini v. Kingdom of Spain* - Gennaio 2000.

BIT concluso dalla Spagna (con il Cile) la quale prevede la possibilità di accedere direttamente all'arbitrato ICSID senza obbligo di sottoporre preliminarmente la controversia alle corti nazionali<sup>150</sup>.

Il tribunale ICSID incaricato della controversia si pronuncia in senso favorevole all'importazione della clausola ISDS, prevista dal BIT Spagna – Cile, nel BIT tra Argentina e Spagna<sup>151</sup>. Consapevole dell'effetto fortemente espansivo della decisione, e delle sue possibili implicazioni, lo stesso tribunale si premura di sottolineare una serie di distinguo. In primo luogo mette in risalto la formulazione molto ampia della clausola MFN, "*in all matters subject to this Agreement*", che consente un'interpretazione estensiva. Inoltre esclude che si possa operare una simile interpretazione qualora questa si ponga in contrasto con i principi di ordine pubblico dello Stato ospitante o che possa essere invocata la previsione di maggior favore, contenuta in un accordo avente un oggetto diverso<sup>152</sup>.

La decisione Maffezini ha avuto seguito in altre pronunce<sup>153</sup>, non senza, tuttavia, che si siano registrate decisioni in senso contrario<sup>154</sup>. Queste ultime sottolineano, a fondamento delle loro disposizioni, come l'accordo arbitrale debba essere chiaro e non si possa realizzare tramite un rinvio ricettizio, richiamano poi l'esigenza di non incidere sull'equilibrio negoziale, realizzato dalle parti con il BIT, mediante il richiamo di principi rinvenuti in trattati diversi<sup>155</sup>.

---

P. Bernardini, op. cit. p. 260-261.

P. Bernardini, op. cit. p. 261 – 262.

Il richiamo è alla già menzionata *Eiusdem Generis Rule*.

Vedi *Simens v. Argentina*, 3 giugno 2004. <http://ita law.uvic.ca/index.htm>.

Vedi *Salini Costruttori e Italstrade v. Jordan*, 29 novembre 2004; *Palma v. Bulgaria* 8 febbraio 2005; *Techmed v. Mexico* 29 maggio 2003. In proposito: <http://ita law.uvic.ca/index.htm>.

P. Bernardini, op. cit. p.262.

In conclusione si deve sottolineare, quindi, l'esistenza di una contrapposizione tra due interpretazioni della clausola MFN: una in senso espansivo, sulla scia della decisione Maffezini, l'altra restrittiva, votata alla ricerca dell'effettiva intenzione delle parti nel dettare la clausola. Il frequente richiamo al diverso tenore letterale di queste clausole nei diversi BIT, nella decisione circa l'operatività o meno delle stesse, a ben vedere, attutisce questa contrapposizione. Rimane fermo che una corretta applicazione delle clausole MFN deve passare attraverso un'interpretazione condotta sulla base dei criteri

di cui alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati<sup>156</sup>, sulla sussistenza o meno dell'identità di oggetto tra le previsioni della clausola e quelle che si ambiscono importare nel trattato mediante questa<sup>157</sup>.

La presenza della clausola MFN in tutti i principali trattati, bilaterali ma non solo, è il principale strumento "multilateralizzante" del diritto internazionale degli investimenti. In assenza di un regime giuridico internazionale uniforme, infatti, si assiste ad un'armonizzazione dal basso, per il tramite delle decisioni arbitrali sull'applicazione dei trattati stessi. Con l'estensione dei benefici accordati agli investitori stranieri da determinati trattati anche ad investimenti originariamente non protetti da questi, si va ad assicurare una tutela giuridica minima ed equivalente agli investitori, a prescindere dallo Stato in cui decideranno di effettuare il loro investimento<sup>158</sup>.

---

Vedi supra.  
P. Bernardini, op. cit. p.263.  
P. Bernardini, op. cit. p.259.

Espropriazione:

Terreno di origine degli accordi internazionali in materia di protezione degli investimenti<sup>159</sup>, la possibilità per uno stato di espropriare o nazionalizzare dei beni di soggetti, investitori, stranieri è oggetto di disciplina in ogni BIT<sup>160</sup>. Ormai sono consolidati i principi cardine in materia, in base ai quali tali procedure sono lecite purché l'atto statale che le dispone sia non discriminatorio; sia disposto con legge; in vista di un interesse pubblico e, naturalmente, accompagnato da un risarcimento pronto, adeguato ed effettivo<sup>161</sup>.

Accanto alla forma diretta di espropriazione, realizzata con il formale passaggio del diritto di proprietà e la fisica apprensione del bene da parte dello Stato, si evidenziano forme "indirette" di espropriazione che pongono, oggi, i maggiori problemi. Si ha un'espropriazione indiretta se la privazione del diritto di proprietà è la conseguenza di un'interferenza, da parte del potere statale, nell'utilizzo del bene o nel godimento dei benefici da questo derivanti<sup>162</sup>, anche in assenza di formale passaggio di proprietà o fisica apprensione del bene<sup>163</sup>.

Differenziare tra misure statali che interferiscono con la proprietà privata, come la normazione in materia fiscale o di restrizione al commercio, e le misure che realizzano una forma indiretta di espropriazione, può presentarsi poco agevole. Indici quali la circostanza che la misura vada a incidere in maniera non discriminatoria su proprietà sia straniere che nazionali, o colpisca una specifica attività, e che integri un normale potere regolamentare dello Stato, sono da

---

Vedi in dettaglio supra, paragrafo 1.1.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 p. 238.

Vedi supra 1.1.

P. Bernardini, op. cit. p. 263.

C.d. espropriazione "de facto" o "creeping".

leggersi nel senso di escludere l'illegittimità dell'atto statale<sup>164</sup>. Infatti l'investitore non è garantito contro il rischio di ogni intervento normativo, con effetti sfavorevoli, da parte dello Stato ospitante, ma solamente avverso modifiche sostanziali del quadro normativo di riferimento per come era stato preso in considerazione al momento di iniziare l'attività di investimento.

Tutti i BIT contengono previsioni sulla protezione da misure statali equivalenti all'espropriazione ed in concreto la giurisprudenza arbitrale ha enucleato dei criteri per stabilire se una misura ha carattere espropriativo o meno, e quindi se legittimi una richiesta di indennizzo. A questo proposito assumono rilievo: il grado di interferenza con l'esercizio del diritto, che deve essere sostanziale e privare l'investitore delle facoltà fondamentali derivanti dalla proprietà e l'interferenza con l'attività oggetto di investimento per un significativo periodo di tempo<sup>165</sup>. Varie decisioni<sup>166</sup> hanno ritenuto che non si fosse in presenza di una misura espropriativa indiretta in situazioni in cui l'investitore aveva mantenuto il controllo della società locale. Interessante è quanto stabilito dal tribunale del caso *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States* il quale ha ritenuto che per accertare la sussistenza o meno di un'espropriazione indiretta *"There must be a reasonable relationship of proportionality between the charge of weight imposed to the foreign investor and the aim sought to be realized by an expropriatory measure"*<sup>167</sup>.

---

P. Bernardini, op. cit. p.263.

P. Bernardini, op. cit. p.263.

Vedi *Methanex v. USA*, 3 agosto 2005 e *Feldman v. Mexico*, 16 dicembre 2002.

P. Bernardini, op. cit. p.264.

*Disposizioni in materia di risoluzione delle controversie (cenni):*

Alle disposizioni che contengono lo standard di trattamento, reciprocamente riservato agli investimenti privati tra i due Stati contraenti, si affiancano di norma delle previsioni che disciplinano la soluzione di eventuali controversie.

Tra queste troviamo in primis le *clausole ISDS*<sup>168</sup>, le quali prevedono, normalmente, la possibilità, per gli investitori privati, di adire direttamente un tribunale arbitrale per pretese violazioni del trattato (violazione dello standard di trattamento previsto o abusi di potere volti ad influenzare ed indirizzare il procedimento a svantaggio dell'investitore sono ipotesi frequenti) da parte dello Stato ospitante, c.d. *Treaty Claims*.

Altra clausola soggetta a veloce diffusione, ad oggi presente nella maggioranza dei BIT è la c.d. *Umbrella Clause*. Questo tipo di previsione ha l'effetto di elevare una controversia di per sé soltanto contrattuale, c.d. *Contract Claim*, al livello di una controversia in base al trattato<sup>169</sup>.

L'effetto di "internazionalizzare" le controversie contrattuali tra investitore privato e Stato si ottiene con formulazioni come questa, tratta dal testo del BIT tra Argentina e Stati Uniti: "*Each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments*"<sup>170</sup>, l'obbligo cui si fa riferimento può essere assunto, non solo contrattualmente, ma anche mediante dichiarazioni unilaterali non equivoche.

---

Vedi infra al capitolo secondo.  
P. Bernardini, op. cit. p.267.  
P. Bernardini, op. cit. p.267.

Come è intuibile la corretta interpretazione ed applicazione di clausole come questa è oggetto di discussioni a livello di dottrina, nonché di contrasti nelle diverse pronunce dei tribunali arbitrali internazionali<sup>171</sup>.

### **Accordi vigenti e in fase di definizione: le nuove linee**

#### **evolutive:**

Ad oggi il totale dei BIT ammonta a 2923<sup>172</sup>, e vede la conclusione di 25/30 nuovi accordi ogni anno.

L'esame dei più recenti trattati bilaterali fornisce indicazioni estremamente interessanti sulle linee di sviluppo che questi seguono, nel tentativo di rispondere alle questioni più delicate evidenziate dalla pratica degli investimenti internazionali, offrendo agli studiosi ed ai soggetti coinvolti la possibilità di formulare previsioni circa i possibili sviluppi di questa.

Tra le novità più significative si segnala l'introduzione di norme a garanzia della fase immediatamente antecedente all'investimento, con l'estensione del trattamento nazionale, e financo della clausola MFN, alla fase di acquisizione e insediamento dell'attività da parte dell'investitore<sup>173</sup>.

Altra linea di recente sviluppo, che emerge chiara dalla lettura dei recenti BIT è l'introduzione di disposizioni orientate ad uno "sviluppo sostenibile".

Da una parte emergono eccezioni generali in favore della protezione della vita umana, animale e vegetale sulla terra, o a salvaguardia delle risorse naturali non rinnovabili.

---

Vedi infra al capitolo secondo.

UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1, *Unctad IIA issues note* n°1 febbraio 2015.

UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1, *Unctad IIA issues note* n°1 febbraio 2015.

Altri trattati prevedono, invece, clausole che esplicitamente inibiscono gli Stati contraenti dal ridurre gli standard di protezione della salute e dell'ambiente allo scopo di attrarre maggiori investimenti stranieri.

Alcuni richiamano la tematica nel preambolo ed includono anche i diritti dei lavoratori tra i valori da salvaguardare.

Queste disposizioni a tutela dello sviluppo sostenibile sono talvolta accompagnate e rafforzate da elementi del trattato che intendono preservare un più ampio spazio per l'esercizio dei poteri regolatori dello Stato ospitante, riducendo l'esposizione ad eventuali arbitrati internazionali. Tra queste troviamo clausole che limitano l'ambito di applicazione del trattato (escludendo certi assetti dalla definizione di investimento per esempio), altre che chiariscono le obbligazioni (meglio specificando lo standard *fair and equitable treatment* ad esempio), limitando le disposizioni contrattuali soggette alla clausola ISDS (escludendo aree quali la tassazione), inoltre va scomparendo nei recenti modelli di BIT la controversa *Umbrella Clause*<sup>174</sup>.

---

UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1, *Unctad IIA issues note* n°1 febbraio 2015.



## **Capitolo Secondo:**

### **La soluzione delle controversie relative agli accordi:**

**sommario:** 1 Le controversie Stato-Stato (cenni). - 2 Le controversie Stato-Investitori privati: La ISDS *Clause* e i suoi contenuti. - 2.1 Esistenza di una clausola arbitrale ISDS. - 2.2 Validità della clausola arbitrale. - 2.3 Le clausole e la loro portata. - a) *Elementi limitativi*. - b) *Elementi estensivi*. - c) *Le Umbrella Clause (segue)*. - d) *Ostacoli di origine giurisprudenziale alle decisioni nel merito*. - 2.4 I tipi di arbitrato previsti dalle clausole (cenni). - 2.5 I contenuti della clausola. - a) *La scelta degli arbitri*. - b) *La sede dell'arbitrato*. - c) *Le regole di procedura*. - d) *Altri elementi*.

Ogni operazione internazionale di investimento costituisce una relazione trilaterale che coinvolge: uno Stato ospitante, un investitore privato e lo Stato di origine di questo<sup>175</sup>. In sito nella nozione di sovranità statale è il potere di uno Stato di ammettere entro il suo territorio un investitore, regolamentare la sua attività e proteggere gli investitori nazionali, che operino in territorio estero, da comportamenti contrari al diritto internazionale. Questo potere si esplica oggi, in prevalenza, con la stipulazione di accordi internazionali di investimento tra stati<sup>176</sup>, nel contesto dei quali possono emergere dei conflitti. Questi possono sorgere tra gli stessi Stati o tra uno Stato e l'investitore straniero che in questo opera, o ambisce operare.

#### **Le controversie Stato-Stato (cenni):**

Le controversie interstatali relative ai rapporti di investimento possono nascere direttamente tra i soggetti firmatari del BIT, o del diverso accordo di protezione

---

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, p. 316.  
Vedi supra al capitolo primo.

degli investimenti, od anche originarsi nei rapporti tra investitore e Stato ospitante, per elevarsi in un momento successivo al livello di una lite interstatale<sup>177</sup>.

Un raffronto quantitativo con le controversie Stato – investitore, mostra come l'esperienza di questo tipo di conflittualità sia alquanto limitata<sup>178</sup>. Si potrebbe, peraltro, sostenere come ogni lite che sia nata nel contesto di un accordo internazionale in materia di investimenti abbia un'intrinseca componente interstatale. La pratica mostra però come questa situazione non incida sulla classificazione della lite, la quale rimane equiparata ad una che sia sorta al di fuori di qualsivoglia accordo<sup>179</sup>.

La spiegazione più convincente della carenza di liti interstatali risiede nell'evoluzione stessa dei rapporti internazionali di investimento<sup>180</sup>. La previsione, in quasi tutti i contemporanei trattati in materia<sup>181</sup>, di clausole ISDS<sup>182</sup> con la conseguente possibilità per gli investitori stranieri di convenire direttamente gli Stati ospitanti di fronte a tribunali arbitrali internazionali, ha limitato notevolmente la richiesta di protezione diplomatica da parte di questi allo Stato di origine, lasciando spazio a controversie interstatali quasi esclusivamente con riferimento a problemi interpretativi del testo dei trattati.

Individuare una tipizzazione delle possibili liti Stato – Stato non è agevole, avendo ogni accordo sulla protezione degli investimenti elementi di differenziazione circa il suo scopo e la sua ampiezza. Indicativamente si possono

---

Vedi infra nel presente paragrafo.

Vedi supra al capitolo primo.

Vedi supra al capitolo primo.

Vedi supra al capitolo primo.

Per un'eccezione si veda la situazione dei BIT tedeschi, su Gerhard Wegen *Dispute settlement and Arbitration*, in S.J. Rubin & R.W. Nelson eds, *International Investment Disputes: Avoidance and Settlement*.

Vedi supra al capitolo primo, paragrafo 3.3, lettera d; ed infra al paragrafo 2.

rinvenire conflitti nati con riferimento ad uno specifico rapporto di investimento, coperto da un trattato qualora, a fronte della lamentata lesione di questo, l'investitore invochi la protezione diplomatica del suo Stato di appartenenza. Già si è messo in luce come questa eventualità sia oggi residuale, stante la preferenza degli investitori ad agire avverso lo Stato ospitante in via diretta. Similmente l'intervento statale può rendersi necessario nel caso in cui l'operazione di investimento si trovi messa in pericolo da disordini civili o conflitti armati, qualora gli Stati contraenti abbiano pattuito nel senso di garantire protezione all'investitore in queste circostanze<sup>183</sup>.

poi possibile che la situazione di conflitto tra Stati emerga a prescindere dalla connessione con uno specifico investimento internazionale. È il caso di quelle liti che si sviluppano con riferimento all'applicazione del IIA<sup>184</sup>: sia riguardo l'individuazione del territorio degli Stati contraenti in cui il trattato è applicabile, circostanza che invero rimane eccezionale, sia, e con maggiore probabilità, relativamente ai rapporti di gerarchia tra differenti accordi internazionali in materia di investimenti, che coinvolgano gli stessi Stati, situazione resa sempre più possibile dal grande sviluppo che hanno riscontrato questi strumenti pattizi nell'ultimo ventennio<sup>185</sup>.

Altra ipotesi è quella che si può presentare allorquando l'obiettivo del IIA di riferimento sia di più ampio respiro, mirando a ridurre il coinvolgimento, il controllo ed il potere regolatore degli Stati, limitatamente alle materie per cui è adottato e ad aprire la politica nazionale degli Stati contraenti agli investimenti esteri, il tutto predisponendo apposite clausole le quali permettano il controllo

---

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, p. 317.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, p. 320 - 322.  
Vedi supra al capitolo primo.

reciproco degli Stati sulle norme nazionali che siano passibili di avere riflessi sugli investimenti coperti dal trattato di protezione<sup>186</sup>. Queste disposizioni, poi, possono essere ulteriormente rafforzate quando siano combinate con l'imposizione alle parti di obblighi nel senso di adottare, o di non adottare, specifiche norme sull'ammissione e lo svolgimento di operazioni di investimento internazionale.

In circostanze come quelle evidenziate, sono sufficienti questi obblighi reciproci a fornire il terreno per lo sviluppo di eventuali controversie, senza che la situazione patologica debba necessariamente afferire ad uno specifico investimento<sup>187</sup>.

I meccanismi predisposti dagli accordi per condurre a soluzione situazioni di conflittualità sorte tra gli Stati contraenti vedono un netto favore per le procedure negoziali bilaterali, le quali spesso sono rafforzate dall'obbligo di esperire tentativi negoziali e di consultazione come condizione per potere validamente ricorrere all'intervento di un soggetto terzo. Questo può essere un tribunale arbitrale, costituito *ad hoc* o amministrato e gestito presso un idoneo organismo internazionale, o anche un'istituzione, politica od amministrativa, la cui decisione può essere vincolante o meramente propositiva<sup>188</sup>.

### **Le controversie Stato-Investitori privati: La ISDS Clause e i suoi contenuti:**

Nel contesto di generalizzato sviluppo degli investimenti internazionali, operazioni volte a creare nuove e maggiori opportunità di sviluppo economico per

---

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, p. 318.  
Vedi capitolo primo (3.3, b). Vedi inoltre UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 p. 348.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, p. 320 - 322.

paesi in via di sviluppo e paesi più avanzati, si assiste ad un continuo affinamento degli strumenti di diritto internazionale pattizio dedicati<sup>189</sup>. Laddove gli standard di trattamento ed ammissione degli investimenti, ed i limiti al potere di nazionalizzazione degli Stati ospitanti, erano oggetto d'elezione degli accordi internazionali in materia, si fa spazio un nuovo elemento

cruciale: la *Investor State-Dispute Settlement Clause*, c.d. clausola ISDS<sup>190</sup>.

La maggior parte degli accordi, bilaterali e regionali in particolare, in tema di protezione degli investimenti contengono disposizioni che disciplinano la soluzione delle controversie<sup>191</sup>.

Tradizionalmente gli strumenti di composizione delle controversie, nel diritto internazionale, sono associati a liti che coinvolgono Stati. Il rapporto trilaterale che si costituisce nelle operazioni di investimento<sup>192</sup>, invece, predispone alla possibilità che si originino situazioni di conflitto tra uno Stato ed una parte privata<sup>193</sup>.

Per questi casi il diritto internazionale consuetudinario prevede che l'investitore privato faccia valere le sue pretese di fronte alle corti dello Stato in cui svolge la sua operazione di investimento<sup>194</sup>. Potendo questa soluzione presentarsi come insoddisfacente, per la mancanza di strumenti effettivi volti all'esecuzione di una decisione avverso uno Stato sovrano o per un diniego di giustizia, per esempio, gli investitori hanno sempre cercato di ricorrere alla protezione diplomatica del loro paese di origine<sup>195</sup>. Questo si spiega osservando che,

---

Vedi meglio al capitolo primo.

August Reinish, *The scope of investor-state dispute settlement agreements*, ASIA PACIFIC LAW REVIEW, Vol.21 N°1. 2013.

Vedi capitolo primo (3.3, b). Vedi inoltre UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 p. 348.

Vedi supra al capitolo primo, paragrafo 1.1.

Vedi supra al capitolo primo, paragrafo 1.3.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 p. 348;

Vedi nota 198.

negando giustizia presso le proprie corti nazionali, lo Stato ospitante commette una violazione del diritto internazionale: mancando il privato investitore della qualità necessaria per essere soggetto al diritto internazionale consuetudinario, ossia la personalità internazionale, propria solo degli Stati sovrani, questi non può far valere la violazione se non a mezzo del suo Stato di origine<sup>196</sup>.

Anche il sistema di protezione diplomatica, dal punto di vista degli investitori, sconta alcuni difetti. In primo luogo il diritto alla protezione diplomatica spetta allo Stato di appartenenza dell'investitore il quale, per ragioni politiche, potrebbe decidere di non attivarsi. Anche qualora lo Stato si sia attivato, ed abbia portato avanti con successo le istanze dell'investitore suo cittadino, esso non avrebbe l'obbligo di trasferire a quest'ultimo i proventi che ne siano derivati<sup>197</sup>. Ulteriore problema sorge nel caso in cui il ruolo dell'investitore sia

ricoperto da una società multinazionale<sup>198</sup>: avendo questa sedi in Stati diversi si pone la questione, affatto di immediata soluzione, di individuare lo Stato il quale sia legittimato ad esercitare il potere di protezione diplomatica<sup>199</sup>.

Alla luce di queste difficoltà si capisce come uno Stato ospitante da una parte e un investitore dall'altra, in un'ottica strategica, possano voler evitare che si attivi un tale meccanismo, a maggior ragione per un piccolo reclamo tra le parti che rischierebbe poi di evolversi in un più ampio conflitto tra gli Stati<sup>200</sup>.

Avendo a disposizione un diverso strumento, le parti prediligono evitare una soluzione passibile di incrinare i rapporti tra Stato ed investitore ed ancora di più i rapporti amichevoli tra gli Stati coinvolti.

---

Il sistema di diritto internazionale consuetudinario è dettato con riguardo ai suoi soggetti principali, gli stati. Sono quindi questi i soggetti legittimati a invocare una violazione.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 p. 349.

Vedi supra capitolo primo, paragrafo 1.1.

Vedi meglio al capitolo secondo, paragrafo 1 e supra capitolo primo, paragrafo 1.1.

Vedi meglio al capitolo secondo, paragrafo 1.

Le situazioni che possono portare ad un contenzioso tra Stato ospitante ed investitore spesso concernono problemi interpretativi circa i rispettivi obblighi e doveri. È altresì comune che le parti sollevino doglianze non fondate sul contratto di investimento<sup>201</sup>, come il mancato raggiungimento di determinati standard o la mancata garanzia di uno specifico tipo o livello di protezione previsto dal diritto consuetudinario. Queste questioni possono essere ricomposte in via amichevole, senza che sia necessario il ricorso agli strumenti previsti dall'IIA applicabile<sup>202</sup> e difficilmente portano ad una lite effettiva: molto dipende dalle condizioni del rapporto e dalla disponibilità delle parti a porvi eventualmente fine<sup>203</sup>.

Le clausole ISDS contenute negli accordi, sono dettate in riferimento a casi di più profondo disaccordo ed in queste situazioni mirano a ricomporre le divergenze salvando il rapporto tra le parti dell'investimento, qualora questo non sia ormai compromesso, ed inoltre il sistema mirerà ad assicurare alle stesse che l'operazione si possa svolgere con un adeguato grado di sicurezza e correttezza, e a fare sì che le loro aspettative circa l'operazione siano, nella misura possibile, soddisfatte<sup>204</sup>.

Il fondamentale effetto di contenimento dei rischi così ottenuto lascia le parti molto più libere nel condurre il loro rapporto di investimento.

Questi importanti, e vantaggiosi, effetti non devono indurre a considerare scabra di problematiche la materia in esame; esistono infatti numerose questioni controverse.

---

Vedi supra al capitolo primo, paragrafo 1.1.  
Tipicamente una clausola ISDS.  
Vedi supra al capitolo primo, paragrafo 1.1.  
UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 p. 350.

Innanzitutto, ricordiamo che ancora ci si interroga circa l'opportunità di utilizzare l'arbitrato internazionale in luogo delle corti nazionali per la composizione di queste liti; inoltre il sistema talvolta è visto, dai paesi in via di sviluppo ma non solo<sup>205</sup>, con un certo sospetto<sup>206</sup>.

La composizione di una controversia, anche fuori dal terreno dell'investimento internazionale, richiede l'adozione di strumenti che siano il più possibile veloci, amichevoli e con costi contenuti. Da qui nasce la grande attenzione riservata, negli ultimi anni, ai sistemi di *Alternative Dispute Resolution* i c.d. ADR<sup>207</sup>. Questi meccanismi permettono di comporre una lite evitando di dover ricorrere alle corti nazionali o internazionali. Di solito comprendono sia sistemi bilaterali, quali la negoziazione, sia il coinvolgimento di una terza parte come nelle mediazioni e conciliazioni.

L'arbitrato ben si può considerare un ADR, anche se, almeno laddove si abbia un certo grado di controllo legale sulle modalità di arbitrato, domestico o internazionale, si presenta talvolta più vicino ad un procedimento giudiziale<sup>208</sup>.

Considerando la questione dal punto di vista di un investitore, l'arbitrato è un metodo di soluzione delle controversie più accessibile rispetto alla protezione diplomatica<sup>209</sup>, poiché non è in alcun modo inficiato dalla mancanza di personalità internazionale del privato investitore, limite che rende difficoltoso, inoltre, l'accesso alle corti internazionali (International Court of Justice per esempio). Benché residui la possibilità di adire corti internazionali su base

---

Come emerge dai commenti al NAFTA (De Palma 2001, Foy e Dane 2001) e dal infruttuoso tentativo di introdurre una clausola del genere nei progetti di convenzioni multilaterali (il caso del MAI sviluppato in seno all'OECD è il principale esempio).

In proposito vedi più diffusamente infra al capitolo quinto.

Vedi in generale: Enrico Righetti, *La deroga alla giurisdizione*, Giuffrè editore, 2002; e Sergio La China, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Giuffrè editore, 2011.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 p. 349-350.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10



regionale, come la Corte Europea di Giustizia, queste spesso pongono limiti e restrizioni all'accesso per le parti private, lasciando l'arbitrato come principale e più desiderabile strumento di composizione delle liti in questo ambito<sup>210</sup>.

importante rilevare come il primo approccio alla composizione di una controversia dovrebbe avvenire in via bilaterale ed informale, con i negoziati che molti BIT moderni prevedono di esperire preliminarmente. Solo successivamente si dovrebbe passare al coinvolgimento di una figura terza ed in ultima istanza ricorrere all'arbitrato. Tuttavia le misure informali ed amichevoli stentano a prendere piede, con le parti, private soprattutto, che prediligono, ove possibile, il ricorso diretto allo strumento arbitrale<sup>211</sup>.

La scelta di adoperare strumenti di *Dispute Settlement* non è obbligata per le parti, che hanno a disposizione la possibilità di adire le corti nazionali, opzione che naturalmente comporta le sue, diverse, criticità.

Questa impostazione, invero oggi in desuetudine, era in particolare adottata dai paesi dell'America Latina, in nome della c.d. "Dottrina Calvo"<sup>212</sup>, nella conclusione dei loro BIT. Oggi anche questi Stati prevedono meccanismi di composizione delle controversie nei loro accordi sulla protezione degli investimenti; ciononostante il punto rimane tra le aree di maggiore discussione in seno alla stesura del testo di questi.

Dalla parte degli investitori, invece, i sistemi di *Dispute Settlement* sono tradizionalmente stati prescelti come metodo per la soluzione dei contenziosi tra Stati ed investitori stessi: governati dal diritto e dagli standard internazionali e

---

W. Peter, op. cit. p. 271.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 p. 350/353.

Vedi meglio al capitolo primo, paragrafo 2.3 e W. Peter, op. cit. p. 271.

con l'arbitrato internazionale all'apice del sistema<sup>213</sup>. Questa presa di posizione netta è supportata principalmente da rilievi concernenti una supposta imparzialità insita nell'affidarsi ad un arbitro internazionale ed indipendente, in luogo delle corti nazionali dello Stato che ospita l'investimento, le quali sono passibili di subire influenze esercitate dal governo dello stesso. Questo atteggiamento può essere letto dagli Stati in via di sviluppo come un segno di sfiducia nei confronti delle loro leggi e del loro sistema giudiziario, sfiducia che non sempre è giustificata nei singoli casi concreti<sup>214</sup>. In ogni caso il desiderio degli Stati in via di sviluppo di attrarre investimenti esteri e di creare per questi un clima ottimale, li spinge ad accettare sistemi internazionali di composizione delle controversie<sup>215</sup>, legittimandoli ad attendersi che il sistema internazionale sia effettivamente imparziale con entrambe le parti della controversia.

### **2.1) Esistenza di una clausola arbitrale ISDS:**

Si è già messo in luce come alcuni ordinamenti possano essere (o almeno essere stati) ideologicamente contrari all'inserimento di una clausola di ISDS<sup>216</sup> nei loro rapporti di investimento internazionali.

Altre volte, benché non si sia in presenza di un rifiuto radicale dei sistemi di *Dispute Settlement* (in particolare il riferimento è allo strumento principale, nonché più usato, dell'arbitrato internazionale) il rapporto potrebbe non essere coperto da un BIT che preveda una disposizione di ISDS e le parti potrebbero non aver inserito una clausola all'uopo nel loro contratto, posponendo

---

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 p. 350.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10 p. 350-351.

Vedi supra al capitolo primo, paragrafo 2.2.

Il riferimento è alla c.d. "dottrina Calvo" abbracciata dagli stati dell'America Latina citata al capitolo primo, paragrafo 2.2 e da ultimo al capitolo secondo, paragrafo 2.

all'insorgere di una eventuale lite il momento in cui accordarsi nel senso di un arbitrato. Questo tipo di situazione è chiaramente molto pericolosa per l'investitore: essendo già difficile azionare le clausole ISDS quando queste sono presenti, addivenire ad un risultato equipollente in assenza della previsione di queste è particolarmente disagiata<sup>217</sup>; solo una clausola preesistente offre infatti sufficienti garanzie di poter portare la questione in arbitrato anche contro il volere di una delle parti.

## **2.2) Validità della clausola arbitrale:**

Si è fatto cenno<sup>218</sup> al fatto che la clausola ISDS possa essere prevista da un BIT o diverso accordo di protezione degli investimenti<sup>219</sup>, ma anche essere prevista direttamente nel contratto di investimento<sup>220</sup>, qualora vi sia incertezza sulla possibilità di ricondurre il rapporto ad un IIA che la preveda (sia direttamente sia mediante il ricorso ad una clausola MFN<sup>221</sup>) o quando l'accordo di riferimento non contenga una clausola di questa portata.

Sia che la clausola ISDS sia prevista in un accordo internazionale, sia che questa sia prevista ad un livello inferiore nel contratto di investimento tra le parti, si pone il problema della sua validità per poterla fare valere. Nei due casi la questione si presenta con sfaccettature diverse<sup>222</sup>.

Una prima tematica, riferita principalmente al caso di una clausola contrattuale che non sia inserita nel quadro di un accordo internazionale, è quella del c.d. principio di autonomia o separazione della clausola arbitrale. È oggi

---

W. Peter, op. cit. p. 270/271.

Vedi paragrafo precedente.

Vedi capitolo secondo, paragrafo 2.

Vedi capitolo primo, paragrafo 1.1.

Vedi capitolo primo, paragrafo 3.3, lettera b.

W. Peter, op. cit. p. 272.

ampiamente riconosciuto come principio generale quello per il quale una questione circa l'invalidità del contratto non colpisce anche la clausola arbitrale ivi contenuta, lasciando intatta la giurisdizione degli arbitri. Si concepisce infatti la clausola compromissoria come un accordo autonomo e separato dal resto del testo contrattuale<sup>223</sup>.

Le argomentazioni a sostegno del riconoscimento di siffatto principio risiedono fondamentalmente nella statuizione di cui all'articolo 27 della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, alla luce della quale l'esecuzione di un trattato deve prevalere sull'eventuale legge nazionale in conflitto. L'interpretazione (non pacifica ad oggi<sup>224</sup>) a sostegno del principio di autonomia considera che i contratti di stato debbano essere attratti nella sfera del diritto internazionale pubblico, considerando quindi un contratto che disponga al suo interno di una clausola a favore di un arbitrato internazionale, internazionale "per natura"<sup>225</sup>.

Si può in ogni caso dire che l'autonomia è diventata o sta divenendo un principio generale del diritto: si trova infatti menzione di questo nelle principali regolamentazioni in materia di arbitrato, quali la convenzione ICSID<sup>226</sup> e la convenzione UNCITRAL<sup>227</sup> nonché nel regolamento arbitrale della Camera di Commercio Internazionale. La questione ha forte rilevanza in quanto associata alla problematica, di origine procedurale, dell'individuazione dell'organo competente a pronunciarsi sulla sussistenza, o meno, della giurisdizione in capo

---

W. Peter, op. cit. p. 274.

W. Peter, op. cit. p. 274-275.

W. Peter, op. cit. p. 275.

Vedi meglio ai capitoli terzo e quarto.

Vedi meglio infra al paragrafo 2.5, lettera c.

agli arbitri. È peraltro ampiamente riconosciuto che sono gli arbitri stessi a doversi pronunciare sulla loro giurisdizione<sup>228</sup>.

Una tecnica utilizzata per rinforzare il principio di autonomia è quella di inserire una clausola che faccia riferimento (anche) al diritto internazionale quale legge applicabile, richiamando così i principi generali di diritto, tra i quali troviamo quello di autonomia della clausola compromissoria. Si può inoltre prevedere una clausola che resista anche all'eventuale termine dell'accordo principale cui accede o rinunciando espressamente ad ogni privilegio o immunità rispetto alla giurisdizione arbitrale.

Un'impostazione restrittiva, poi, opta per l'invalidità della clausola contraria ai principi costituzionali di uno Stato contraente o adottata da un soggetto privo del potere necessario<sup>229</sup>. In una tale circostanza all'investitore che sia in buona fede rimarrebbe la possibilità di chiedere l'intervento del proprio Stato di cittadinanza per far valere la responsabilità internazionale dello Stato ospitante. Naturalmente questo ricorso alla protezione diplomatica non è paragonabile alla possibilità di agire direttamente avverso lo Stato mediante procedura arbitrale<sup>230</sup>. Per ovviare a questa situazione si è ad oggi affermato come principio generale la conferma della clausola arbitrale che sia stata firmata in buona fede<sup>231</sup>. L'affermazione di questo principio è rafforzata dal richiamo ad altri principi di diritto internazionale: tra questi certamente il principio di buona fede; il divieto di abuso del diritto e di *venire contra factum proprium*. Si deve inoltre notare come, nel caso in cui vi sia la presenza di una

---

W. Peter, op. cit. p. 275.

Si è messo in luce al capitolo primo (1.1) come parte del rapporto, dal lato dello Stato, possa essere anche un potere di quello o un ente pubblico.

W. Peter, op. cit. p. 272-273.

W. Peter, op. cit. che riprende un'argomentazione di G. R. Delaume.

clausola contratta da un soggetto apparentemente fornito del potere necessario, e nel quale abbia avuto inizio l'esecuzione del contratto per un certo periodo, senza che da parte dello Stato fosse sollevata alcuna questione circa la validità della clausola, questa deve intendersi ratificata<sup>232</sup>. Il problema, nell'ottica dell'investitore, può complicarsi qualora sia presente, nella stessa disposizione o in una diversa clausola, il rinvio alla legge nazionale del paese ospitante quale legge applicabile al rapporto, in particolare con riferimento al riconoscimento ed all'esecuzione del lodo<sup>233</sup>.

La problematica più di interesse nel valutare la validità di una clausola ISDS, riguarda le sole clausole inserite in accordi internazionali, circostanza che peraltro ricorre ormai nella quasi totalità dei casi<sup>234</sup>.

Tra le condizioni di validità di una clausola arbitrale, al primo posto, troviamo il consenso delle parti, espresso validamente<sup>235</sup> ed in modo non equivoco<sup>236</sup>.

Nell'ambito di un IIA si assiste ad una singolare modalità con cui le parti del rapporto, lo Stato e l'investitore, si scambiano il loro consenso. Una radicata interpretazione ritiene che con la conclusione di un accordo internazionale contenente una disposizione di ISDS, ciascuno degli Stati contraenti formuli un'offerta di ricorso allo strumento arbitrale, rivolta ad una pluralità di soggetti privati, non individuati, ed accumulati dalla caratteristica da possedere la nazionalità di un diverso Stato, che sia parte dell'accordo, e di essere, potenziali, investitori nello Stato che formula l'offerta di cui sopra<sup>237</sup>.

---

111 JDI (1984), c.d. lodo *Framatome*.

W. Peter, op. cit. p. 273- 274.

UNCTAD/ITE/IIT/2004/10, in generale.

Vedi supra circa il difetto di potere del soggetto statale firmatario della clausola.

P. Bernardini, op. cit. p. 255.

P. Bernardini, op. cit. p. 255.

Per accettare l'offerta il privato investitore ha diverse opzioni, variamente collocate temporalmente rispetto all'insorgere di una data controversia.

Questa può essere rivolta alla generalità delle controversie che potrebbero originare dal rapporto di investimento, sia prima della loro insorgenza, sia, e più frequentemente, a lite iniziata con un'apposita manifestazione di accettazione.

La manifestazione espressa di accettazione può anche concretizzarsi nella notifica, direttamente allo Stato, della domanda di arbitrato per il caso di arbitrato *ad hoc*, sia per il tramite dell'istituzione prescelta dall'investitore, nel caso di arbitrato amministrato, tra le diverse opzioni generalmente contenute nella disposizione dell'accordo<sup>238</sup>.

Perché l'accettazione sia valida e dia luogo ad una valida convenzione è necessario che abbia ad oggetto la specifica offerta per come è formulata dallo Stato, con riferimento a tutti i suoi contenuti e limiti, e che sia incondizionata<sup>239</sup>.

### **2.3) Le clausole e la loro portata:**

Nonostante il successo riconosciuto al sistema di arbitrati internazionali nel garantire certezza e stabilità agli investimenti internazionali, questo è venuto recentemente a trovarsi sotto pressione<sup>240</sup>, da una parte criticato per il suo apparente favore nei confronti delle parti private e per il notevole effetto conformativo operato sulle legislazioni nazionali<sup>241</sup>, dall'altra sempre più utilizzato anche in paesi storicamente restii ad adottarlo (paesi Asiatici, in particolare con riferimento alla Cina).

---

Per una classificazione tra arbitrati *ad hoc* ed amministrati vedi infra al capitolo secondo, paragrafo 2.4 e 2.5.

In realtà sono frequenti pronunce di senso diverso, qualora si sia in presenza anche di una clausola MFN nel trattato. Vedi meglio al capitolo primo, paragrafo 3.3. lettera b.

Vedi più diffusamente infra al capitolo quinto.

A. Reinisch, art. cit.

I diversificati approcci alla questione trovano un contraltare nelle formulazioni delle clausole, che sono il risultato di negoziazioni spesso condotte all'insegna di esperienze precedenti, le quali vedono le incertezze emergere attraverso formulazioni non di rado ambigue ed infelici. La conseguente incertezza sulla portata delle clausole è un dato ora quasi sistematico che si traduce in un costo aggiuntivo non necessario<sup>242</sup>.

Diversi sono gli elementi limitativi ed estensivi della portata delle clausole arbitrali in materia di investimenti.

#### Elementi limitativi:

Il consenso preventivo all'arbitrato da parte degli stati, elemento distintivo e peculiare degli IIA<sup>243</sup>, non è necessariamente onnicomprensivo, anzi le parti tendono a limitare l'obbligo di sottoporre le liti coperte dall'accordo internazionale ad arbitrato con diverse tecniche.

Una prima ipotesi è quella, frequente, di limitare l'operatività delle clausole ISDS ai c.d. *Treaty Claims*, ovvero alle liti nascenti direttamente sotto l'IIA, come quelle relative alla violazione di standard da questo previsti, escludendo i c.d. *Contract Claims*, comprensivi di tutte le questioni inerenti al rapporto contrattuale che, sulla base dell'accordo internazionale, si instaura tra uno degli Stati contraenti di questo ed un privato investitore proveniente da un diverso Stato firmatario dello stesso<sup>244</sup>.

Molti BIT, e IIA in genere, richiedono alle parti di tentare una soluzione amichevole della controversia, prima di sollevarla innanzi al tribunale

---

A. Reinish, art. cit.  
Vedi supra capitolo secondo, paragrafo 2.2.  
A. Reinish, art. cit.



arbitrale<sup>245</sup>. Questo si traduce solitamente in una previsione che obbliga le parti ad attendere un dato periodo di tempo, da dedicare a negoziazioni e consultazioni, prima di proporre domanda di arbitrato<sup>246</sup>.

Similarmente, nel solco della c.d. *Dottrina Calvo*<sup>247</sup> in una sua versione edulcorata, molti Stati richiedono un favore verso la giurisdizione domestica, che non si esprime nel rifiuto categorico di sollevare la lite in arbitrato, come propone il pensiero del giurista latinoamericano, ma prevede di esaurire i rimedi offerti dalla giurisdizione dello Stato ospitante, prima di poter validamente proporre domanda di arbitrato. Altre volte ci si limita a posticipare la possibilità di arbitrato internazionale, obbligando l'investitore ad attendere, per un periodo di tempo limitato, che le corti nazionali offrano una soluzione, in assenza della

quale la questione può essere devoluta al tribunale arbitrale internazionale<sup>248</sup>. Un diverso metodo che mette in correlazione la possibilità di avviare una procedura di arbitrato internazionale con l'inizio di una procedura presso le corti nazionali è la c.d. clausola *Fork in the road*<sup>249</sup>.

Originariamente prevista dal modello Americano di BIT del 1994, questa clausola disponeva che l'investitore non potesse validamente azionare un arbitrato fondato sul BIT qualora avesse precedentemente azionato un diverso metodo di soluzione delle controversie previsto dal contratto<sup>250</sup>. Questo meccanismo imponeva all'investitore di operare una scelta tra la giurisdizione interna dello Stato ospitante e la procedura arbitrale. Ne derivavano seri problemi interpretativi ogniqualvolta fosse in discussione l'identità tra la

---

Vedi supra capitolo secondo, paragrafo 2.2.

A. Reinish, art. cit.

Vedi supra al capitolo primo.

A. Reinish, art. cit.

P. Bernardini, op. cit. p. 269.

A. Giardina, art. cit. p.545.

domanda eventualmente proposta alla corte nazionale e quella successivamente proposta in arbitrato<sup>251</sup>.

Il modello attuale prevede, invece, che l'arbitrato ai sensi del BIT possa essere sempre e comunque iniziato, a condizione che l'investitore rinunci a iniziare o proseguire ogni altra e diversa procedura, sia essa civile, amministrativa o arbitrale<sup>252</sup>.

Diverso, invece, è l'effetto del c.d. *"no-U-turn"*, che consente di rinviare la scelta fino al momento nel quale le corti nazionali si siano pronunciate in modo definitivo<sup>253</sup>.

Da ultimo taluni IIA circoscrivono l'operatività delle clausole di ISDS ad alcune materie. Tipicamente vengono escluse le materie che afferiscono alla fiscalità. Forme più radicali di limitazioni sostanziali sono da rinvenirsi in particolari clausole espressamente applicabili solo a talune controversie, in particolare quelle concernenti l'individuazione del metodo di compensazione, e della sua misura, per il caso di espropriazioni e nazionalizzazioni, lasciando alla competenza delle corti nazionali la decisione circa l'esistenza o meno di siffatta situazione (questione delicata in caso di espropriazione c.d. indiretta<sup>254,255</sup>).

Clausole del genere erano adottate, prevalentemente, dai paesi dell'Europa dell'est e dalla Cina.

---

A. Reinish, art. cit.  
A. Reinish, art. cit.  
P. Bernardini, op. cit. p. 269.  
Vedi supra capitolo primo 3.3.c.  
A. Reinish, art. cit.

Elementi estensivi:

Benché i tribunali arbitrali internazionali siano soliti osservare scrupolosamente i limiti di cui sopra, si registrano tecniche adottate da questi al fine di eludere le limitazioni dei loro poteri decisorii. Da questo discende la difficoltà nel prevedere se un tribunale arbitrale riterrà sussistente, o meno, la propria giurisdizione in merito ad una determinata controversia<sup>256</sup>.

Una prima tecnica interpretativa è volta a svuotare di ogni effetto la previsione delle clausole *Fork in the road*.

Facendo perno sulla distinzione tra *Treaty Claim* e *Contract Claim*<sup>257</sup>, alcuni tribunali<sup>258</sup> hanno ritenuto di confermare la loro giurisdizione basandosi sull'assunto che, anche qualora nascenti dai medesimi fatti, i due tipi di domande siano radicalmente diversi a causa del differente fondamento giuridico in forza del quale vengono proposte.

Secondo questa impostazione, anche in presenza di una domanda, precedente o ancora pendente presso una corte nazionale, per una violazione del contratto di investimento, l'investitore avrà la facoltà di adire il tribunale arbitrale internazionale, senza incorrere nella preclusione imposta dalla clausola *Fork in the road*<sup>259</sup> contenuta nell'IIA di riferimento, per la violazione di questo che dipenda dagli stessi fatti, poiché le due domande sono riferibili a violazioni di due distinti atti vincolanti e hanno conseguentemente diverso fondamento<sup>260</sup>.

Le limitazioni sostanziali apposte all'ambito di applicazione delle disposizioni ISDS, principalmente relative alla materia fiscale ed alle questioni strettamente

---

A. Reinisch, art. cit.

Vedi supra alla lettera a.

ICSID ARB/03/3, 22 aprile 2005; ICSID ARB/04/13 16 giugno 2006.

Vedi supra alla lettera a.

ICSID ARB/01/8 17 luglio 2003 e A. Reinisch, art. Cit.

connesse, sono state superate<sup>261</sup> da alcune pronunce che hanno ritenuto tali misure contrarie allo standard fissato dal BIT di riferimento in materia di espropriazione<sup>262</sup>.

Le clausole che limitano la giurisdizione del tribunale arbitrale alle sole domande volte alla determinazione del *quantum* e della *species* dell'eventuale risarcimento, che offrono quindi una ridotta protezione degli interessi

dell'investitore, soprattutto di fronte a ipotesi di espropriazione indiretta<sup>263</sup>, in cui è fondamentale, dapprima, riconoscere la sussistenza del diritto ad un risarcimento, sono state superate<sup>264</sup> con un'interpretazione estensiva di siffatte clausole ISDS, rendendole attuali in un periodo in cui gli Stati non operano più grandi espropriazioni in forma diretta ma agiscono per il tramite di misure diverse<sup>265</sup>.

Laddove non residuino spazi interpretativi per ampliare la portata di disposizioni di ISDS soggette a limitazioni agendo sulle stesse, alcuni tribunali arbitrali hanno fatto leva su una diversa clausola, presente in un grande numero di IIA, la già menzionata clausola MFN<sup>266</sup>.

A partire dalla storica pronuncia sul c.d. *Caso Maffezini*<sup>267</sup>, in cui gli arbitri hanno ritenuto la clausola MFN sufficiente a superare un ostacolo di carattere procedurale<sup>268</sup>, si è affermata la convinzione che clausole di questo tipo non potessero andare oltre questo effetto, importando la possibilità di devolvere la giurisdizione a favore di un tribunale arbitrale quando ciò non era previsto dal

---

ICSID ARB/07/6 7 luglio 2011 e LCIA UN 3467 1 luglio 2004.

A. Reinish, art. cit.

Vedi capitolo primo, paragrafo 3.3. lettera c.

ICSID ARB/07/6 19 giugno 2009.

A. Reinish, art. cit.

Vedi capitolo primo, paragrafo 3.3, lettera b.

ICSID ARB/97/7 25 gennaio 2000.

Nel caso di specie un periodo di attesa di 18 mesi in cui non poter presentare validamente domanda di arbitrato.

testo del BIT di riferimento<sup>269</sup>. Le più recenti decisioni<sup>270</sup> hanno segnato una rottura con questa teoria, con tribunali che hanno seguito tutte le possibilità: dalla negazione della possibilità di qualsivoglia effetto favorevole fino al riconoscimento del potere di estendere ogni vantaggio di carattere sostanziale, procedurale e giurisdizionale previsto da un BIT diverso da quello applicabile, che preveda tra le sue disposizioni una clausola MFN.

### Le Umbrella clause (segue):

Tra gli strumenti ampliativi della portata di una clausola ISDS, merita un'attenzione particolare la c.d. *Umbrella Clause*.

Le disposizioni di ISDS coprono solamente i *Treaty claims*, negando la possibilità di adire i tribunali arbitrali sugli investimenti per domande diverse, in particolare i c.d. *Contract claims*. All'atto pratico però, questa restrizione può essere stemperata mediante un'apposita clausola: la c.d. *Umbrella clause*, detta talvolta anche *clausola pacta sunt servanda*<sup>271</sup>.

Il risultato effettivo dipende, ovviamente, dall'interpretazione che di questa clausola viene data<sup>272</sup>. La domanda è: se, e in caso affermativo con quale estensione, un'*Umbrella clause* permetta ad un investitore privato di portare innanzi ad un tribunale arbitrale internazionale una lite sorta in relazione ad un contratto di investimento, coperto da un'IIA, avverso lo Stato che lo ospita.

---

A. Reinish, art. cit.  
ICSID ARB/04/14 8 dicembre 2008 e SCC Arb V079/2005.  
P. Bernardini, op. cit. 266.  
A. Reinish, art. cit.

A questo interrogativo i tribunali arbitrali hanno dato varie risposte, che si possono ricondurre a due fondamentali filoni interpretativi<sup>273</sup>.

Il primo fa capo alla pronuncia sul caso *SGS v. the Republic of the Philippines*<sup>274</sup>, nella quale la *Umbrella clause* contenuta nel BIT tra Svizzera e Filippine del 1997, la quale impone alle parti di “osservare ogni obbligazione assunta riguardo agli specifici investimenti nel suo territorio da parte di investitori (aventi cittadinanza) dell’altra parte dell’accordo”, è stata riconosciuta avere un tenore letterale chiaro ed un contenuto imperativo evidente, esplicitato dalla formula “*shall observe*”<sup>275</sup>, e conseguentemente interpretata in senso estensivo, comprendente sia i *Treaty claims* sia i *Contract claims*<sup>276</sup>.

A supporto della sua decisione il tribunale ha rilevato come un’interpretazione estensiva sia anche volta a prevenire l’instaurazione di più giudizi relativi allo stesso investimento in fori diversi, riducendo di conseguenza le possibili incertezze sulla giurisdizione<sup>277</sup>.

Inoltre una diversa interpretazione avrebbe reso difficile individuare un ragionevole senso alla previsione di tale clausola<sup>278</sup>.

Un’interpretazione affine dell’*Umbrella Clause*, come una disposizione capace di elevare semplici *Contract Claims* attraendoli nella sfera del diritto internazionale pubblico, con la conseguente possibilità di invocare le clausole ISDS, si riscontra anche in altre importanti pronunce dei tribunali arbitrali. Paradigmatico, in questo senso, è quanto statuito dalla pronuncia conclusiva del

---

Elisabeth Meruling e Bart Volders: *Umbrella Clauses in international investment litigation*, in *European Public Private Partnership Law Review*, n°80/2007.  
ICSID ARB/02/6 29 gennaio 2004.  
P. Bernardini, op. cit. p. 267.  
E. Meruling e B. Volders, art. cit.; A. Reinish, art. cit. e P. Bernardini, op. cit. p.267.  
E. Meruling e B. Volders, art. cit.  
P. Bernardini, op. cit. p. 267.

caso che ha visto opposti il *Consortio Groupement L.E.S.I. PENTA* e la *Repubblica di Algeria*<sup>279</sup>, nonché da quanto stabilito dal coevo collegio arbitrale costituitosi per la vertenza *Eureko B.V. v. Polonia*<sup>280</sup>.

Affianco al favore riscontrato in sede di arbitrato, la teoria trova il sostegno della dottrina più autorevole: la maggioranza degli studiosi vi aderisce rilevando come questo tipo di clausole “attraiga le obbligazioni contrattuali sotto l’ombrello protettivo del BIT; conformando il contratto, o il diverso accordo di investimento con lo Stato ospitante, allo standard previsto dal BIT. In questo modo la violazione di tale contratto diviene una violazione del BIT stesso”<sup>281</sup>.

La prima delle possibili interpretazioni di una *Umbrella Clause*, sopra delineata, previene la difficoltà di differenziare tra *Contract e Treaty Claims*, operazione che in concreto potrebbe non essere agevole. Inoltre, estendendo la portata della clausola ISDS, va a rafforzare la posizione dell’investitore, il quale si vedrà legittimato ad adire il, neutrale, tribunale arbitrale per tutte le questioni che attengono all’operazione di investimento<sup>282</sup>. Essendo peraltro possibile che il contratto di investimento contenga una sua, diversa, clausola arbitrale questa interpretazione si espone al rischio che sorgano complesse questioni di concorrenza tra diversi fori arbitrali.

Resta da domandarsi se un’interpretazione di questo tipo sia conforme alle iniziali intenzioni delle parti. Se lo Stato contraente abbia effettivamente voluto assumersi il rischio di vedere tutte le liti relative al contratto elevate al grado di violazioni di un trattato internazionale, con i costi che inevitabilmente ne derivano.

---

ICSID ARB/03/08/ 10 gennaio 2005.

Particolare in quanto arbitrato *ad hoc*, 19 agosto 2005, disponibile su: <http://investment-claims.com>.

In questo senso Christoph Shreuer, e similamente Prosper Weil e Fritz A. Mann in E. Meruling e B. Volders, art. cit. nota 34. E. Meruling e B. Volders, art. cit.

Sebbene non manchi chi sostiene che siffatta interpretazione sia contraria al diritto consuetudinario<sup>283</sup>, se questa persevererà nella sua affermazione, questo porterà gli Stati ad una riflessione nel senso di, eventualmente, emendare od eliminare le clausole *Pacta Sunt Servanda* dai loro IIA<sup>284</sup>.

Un secondo orientamento interpretativo, di senso contrario, trae origine dal lodo nel caso *SGS Société Générale de Surveillance v. Repubblica Islamica del Pakistan*<sup>285</sup>, il quale nuovamente vede coinvolta una società Svizzera ed ha al centro l'interpretazione dell'*Umbrella clause* contenuta in un BIT della Repubblica federale Svizzera, anch'esso del 1995, contratto in questo caso con il Pakistan. L'articolo di riferimento è l'11 del trattato. Nonostante il tenore letterale della disposizione inviti ad un'interpretazione ampia dell'*Umbrella Clause*, adoperando una formulazione che ricorda molto quella di cui al BIT Svizzera-Filippine, il tribunale arbitrale investito del caso rifiuta

un'interpretazione estensiva della clausola<sup>286</sup>. Ritenendo quindi che la clausola non sia da intendersi nel senso di un'automatica elevazione degli accordi di investimento, tra uno degli Stati firmatari del BIT e un soggetto nazionale dell'altro, al livello di trattati internazionali con le conseguenze note in caso di insorgenza di controversie.

Il tribunale inoltre rileva come un'interpretazione ampia finirebbe per incorporare per relazione un illimitato numero di contratti di stato in obbligazioni nate sotto il diritto internazionale.

Questa impostazione deriva da una scelta politica, volta a bilanciare gli interessi degli investitori privati con quelli, di senso contrario, degli Stati ospitanti gli

---

Stanimir A. Alexandrov citato in E. Meruling e B. Volders, art. cit. nota 37.  
E. Meruling e B. Volders, art. cit.  
<http://ita.law.uvic.ca/index.htm>, 27 agosto 2003.  
P. Bernardini, op. cit. p. 267.



stessi. Non prevedere la possibilità di sollevare la lite presso un'istituzione arbitrale internazionale, lasciando che questa rimanga nella giurisdizione delle corti nazionali, o del tribunale arbitrale previsto dal contratto di investimento<sup>287</sup>, elimina l'eventualità di un conflitto tra giurisdizioni di diverse istituzioni arbitrali<sup>288</sup>, diversamente da quanto accade sotto l'interpretazione estensiva.

A controbilanciare il vantaggio di cui sopra emerge il rilievo che un'interpretazione restrittiva di questo genere va a svuotare l'*Umbrella Clause* della sua vincolatività. Questo, naturalmente, si ripercuote sulla tutela offerta dalle stesse agli investitori, la quale risulta evidentemente diminuita. All'atto pratico rende nullo o quasi il valore di una clausola di questo genere dal punto di vista dell'investitore, presumibilmente contraddicendo la volontà degli Stati contraenti il BIT, o di almeno uno di questi<sup>289</sup>.

Tra le due opposte teorie più radicate, si inserisce una nuova impostazione che emerge dalla più recente giurisprudenza arbitrale.

Questa nuova interpretazione mira a ridurre l'ampiezza della portata delle disposizioni *Pacta Sunt Servanda*, senza peraltro privarle di ogni effetto; riducendo, ma non eliminando, la possibilità che un *Contract Claim* possa essere sollevato in arbitrato internazionale. A questo scopo la teoria si incentra sulla nozione di sovranità dello Stato ospitante per individuare il confine tra le violazioni contrattuali che integrano violazione del BIT e le altre: solo le questioni, relative al contratto, nate dall'esercizio di prerogative sovrane dello Stato ospitante, vuoi per sfuggire ai suoi obblighi contrattuali, vuoi per alterarli

---

Il contratto tra SGS e Pakistan prevedeva la possibilità di portare la lite in arbitrato, in Pakistan e secondo le regole del Pakistan Arbitration Act.  
E. Meruling e B. Volders, art. cit.  
E. Meruling e B. Volders, art. cit.

nella sostanza, violano gli standard del trattato di protezione degli investimenti<sup>290</sup>.

Impostazione questa, già anticipata dagli arbitri del caso *Joy Mining Machinery v. Egitto*<sup>291</sup>, i quali, nel pronunciarsi nel senso di non riconoscere alla clausola l'effetto di rendere la violazione del contratto di investimento una lesione del

BIT<sup>292</sup>, sottolineano come questo effetto sia salvo per quelle violazioni degli obblighi contrattuali di una gravità tale da innescare il meccanismo di protezione previsto dal trattato, con la conseguente possibilità di risolvere la controversia mediante le strutture arbitrali internazionali. La pronuncia, sebbene esplicitamente riconosca l'effetto della clausola di coprire alcune liti di origine contrattuale, manca di enunciare un criterio generale chiaro per distinguere tra le normali violazioni contrattuali e quelle di una gravità tale da

consentire alla parte lesa di valersi del sistema protettivo predisposto dai BIT<sup>293</sup>.

Più completa appare la pronuncia nel caso *CMS Gas Transmission Company v. Repubblica Argentina*<sup>294</sup>, nel quale il tribunale arbitrale riprende la posizione secondo la quale un'*Umbrella Clause* non è da sola sufficiente ad attrarre ogni lesione del contratto nella sfera del diritto internazionale pubblico, ma solo alcune di queste. La pronuncia si spinge però oltre, offrendo un criterio distintivo per individuare le violazioni contrattuali passibili di essere portate in arbitrato internazionale dalle altre: il discrimine tra le due ipotesi è fissato stabilendo che gli aspetti puramente commerciali del contratto non siano protetti dal BIT, la cui protezione è offerta però nei casi in cui emerga

---

E. Meruling e B. Volders, art. cit.  
ICSID ARB/03/11 6 agosto 2004.  
P. Bernardini, op. cit. p. 268.  
E. Meruling e B. Volders, art. cit.  
ICSID ARB/01/8 12 maggio 2005.

un'indebita interferenza del governo o di una società pubblica a danno dei diritti dell'investitore<sup>295</sup>. Questa impostazione mediana trova conferma e compimento nella statuizione del caso *El Paso Energy International Company v. Repubblica Argentina*<sup>296</sup>.

In questo gli arbitri operano un bilanciamento degli interessi in conflitto, tenendo conto, sia della sovranità statale e della responsabilità dello Stato nel creare le adeguate condizioni per favorire lo sviluppo delle attività economiche, sia della necessità di proteggere gli investimenti stranieri<sup>297</sup>. Viene posto alla base della distinzione tra violazioni del contratto meritevoli della tutela offerta dal BIT e non, il ruolo dello Stato come controparte contrattuale, ovvero se questo agisca quale operatore commerciale "*iure gestionis*" o in virtù di prerogative sovrane "*iure imperii*". Si dispone quindi che la protezione internazionale sia offerta nel secondo caso, in presenza, quindi, di una lesione di un contratto in cui lo Stato agisce quale tutore dell'interesse pubblico, offrendo in questa veste particolari garanzie all'investitore e non sia riconosciuta nel

primo, a fronte di lesioni dei contratti a carattere puramente commerciale<sup>298</sup>. Alla luce di questa impostazione le rivendicazioni per violazioni del contratto in forma di *Treaty Claim* potranno essere fatte valere unicamente ad opera della parte che abbia sottoscritto l'accordo con lo Stato<sup>299</sup>.

Questo approccio bilanciato alla questione, benché ancora lontano dall'affermarsi in giurisprudenza, presenta alcuni aspetti di indubbio interesse. Innanzitutto consente al tribunale arbitrale internazionale di accettare la

---

E. Meruling e B. Volders, art. cit.  
ICSID ARB/03/15 27 aprile 2006.  
E. Meruling e B. Volders, art. cit.  
P. Bernardini, op. cit. p. 268.

Laddove firmataria sia una società locale, quindi, la pretesa non potrà essere fatta valere, in queste forme, dagli azionisti di questa. Vedasi :P. Bernardini, op. cit. p. 268-269.

propria giurisdizione anche in quei casi nei quali è lecito dubitare se si sia in presenza di una violazione del contratto tale da comportare la lesione dello standard previsto dal trattato, una clausola dettata in vista di conferire una protezione maggiore sul versante dell'investitore, legittima infatti a valutare i *Contract Claims* "in dubio pro conventionis"<sup>300</sup>.

Altro considerevole vantaggio è quello rilevato da uno dei più illustri commentatori della Convenzione di Washington, Christoph Shreuer<sup>301</sup>, il quale sottolinea come la soluzione adottata nel caso *El Paso* eviti di considerare violazione di trattato ogni inadempimento di un contratto internazionale in cui

sia una parte pubblica, per il quale sono esperibili i normali rimedi contrattuali; ma fa salva l'ipotesi che lo Stato tenga un comportamento volto a vanificare o ad ostacolare l'esecuzione di quei contratti, integrando una lesione dello standard previsto dal BIT (*Fair and Equitable Treatment*) da farsi valere con le modalità dallo stesso previste<sup>302</sup>.

In conclusione si può rilevare come entrambe le interpretazioni più risalenti scontino talune criticità: laddove una concezione estensiva della clausola si espone ad un possibile conflitto tra diverse giurisdizioni arbitrali, l'impostazione restrittiva riduce l'*Umbrella Clause* ad una disposizione priva di contenuto o quasi.

Più importante ancora è analizzare la questione dal punto di vista del rapporto tra gli interessi delle parti coinvolte, il quale risulta in ambedue i casi sbilanciato: a favore dell'investitore da una parte, a favore dello Stato che lo ospita dall'altra.

---

E. Meruling e B. Volders, art. cit.  
P. Bernardini, op. cit. p. 269.  
E. Meruling e B. Volders, art. cit.

Alla luce di queste ulteriori considerazioni, un terzo filone interpretativo, benché ancora in corso di consolidamento nella giurisprudenza arbitrale, appare come risolutivo di queste problematiche: salvaguardando l'equilibrio dell'assetto di interessi oggetto di ogni BIT e conformandosi al diritto internazionale consuetudinario<sup>303</sup>.

### Ostacoli di origine giurisprudenziale alle decisioni nel merito:

La giurisprudenza dei tribunali arbitrali si segnala, oltre che per la ricerca di soluzioni interpretative volte ad estendere l'ambito di applicazione delle clausole ISDS come innanzi illustrato, anche per aver sviluppato interpretazioni in senso restrittivo<sup>304</sup>.

Un'importante limitazione della loro giurisdizione è stata recentemente ricavata da alcuni tribunali arbitrali ICSID<sup>305</sup>, e sembra essersi consolidata nella giurisprudenza arbitrale<sup>306</sup>. Questa ha ad oggetto uno degli elementi tipici delle clausole ISDS ovvero il periodo di attesa, inteso a favorire una soluzione amicale della vertenza tra le parti, durante il quale non è possibile azionare i meccanismi di arbitrato internazionale previsti dalla clausola<sup>307</sup>. I tribunali in materia di investimenti hanno tradizionalmente trattato questi periodi di consultazione come aventi carattere meramente procedurale, alla stregua di una condizione di ammissibilità al cui mancato rispetto reagivano con la sospensione del procedimento al fine di permettere alle parti di esperire il tentativo di conciliazione. Con il *revirement* operato dalle due pronunce del 2010 si va oggi a

---

E. Meruling e B. Volders, art. cit.

A. Reinish, art. cit.

ICSID ARB/08/5 2 giugno 2010 (c.d. caso *PetroEquador*); ICSID ARB/08/4 15 dicembre 2010.

A. Reinish, art. cit.

Vedi al capitolo secondo, paragrafo 2.

considerare il mancato rispetto di questi periodi di attesa come una circostanza comportante un difetto di giurisdizione, il quale risulta in una nuova limitazione temporale della portata delle clausole di ISDS, sebbene l'interpretazione sia aderente al tenore letterale delle clausole stesse<sup>308</sup>.

Altra importante limitazione, *ratione materiae* in questo caso, è quella che attiene alla necessità che la lite, che una parte voglia portare in arbitrato, origini nel contesto di un rapporto di investimento.

Stante l'assenza di una esaustiva definizione di "investimento", sia negli IIA<sup>309</sup>, sia nella Convenzione di Washington del 1965 per gli arbitrati a questa soggetti, la giurisprudenza si è fatta carico di individuare i criteri distintivi delle operazioni di investimento rispetto a quelle meramente commerciali. Nell'ambito degli arbitrati ICSID, ai normali caratteri di durata del rapporto; apporto di capitali e conoscenze tecniche; assunzione del rischio ed ampiezza di questo; l'ormai consolidata giurisprudenza riferita al c.d. *Caso Salini*<sup>310</sup>, considera necessario e dirimente un contributo allo sviluppo economico del paese ospitante.

La circostanza che anche negli arbitrati non soggetti alla Convenzione di Washington i tribunali per gli investimenti si siano uniformati ai criteri sviluppati dalla giurisprudenza arbitrale a questa riferita introduce un nuovo ostacolo, di origine giurisprudenziale, all'arbitrabilità delle controversie<sup>311</sup>.

Gli ostacoli al riconoscimento della giurisdizione dei tribunali per gli investimenti, comportano un incremento nel numero di controversie che si arrestano senza che vi sia discussione, e conseguente pronuncia, sul merito.

---

A. Reinish, art. cit.

Vedi supra al capitolo primo, paragrafo 3.1.

Vedi supra al capitolo primo, paragrafo 3.1; e ICSID ARB/00/4.

A. Reinish, art. cit.

Sebbene le clausole ISDS siano dettate in riferimento a determinate controversie, con l'intenzione di escluderne delle altre (quelle a carattere puramente commerciale per esempio), per raggiungere lo scopo, alla base di tutti gli IIA, di creare un clima ottimale per lo sviluppo di investimenti tra due Stati,

fondamentale garantire che ogni controversia sia decisa nel merito<sup>312</sup>. Si può infatti ipotizzare che la parte la cui domanda sia respinta senza giungere al merito cerchi soddisfazione azionando un diverso meccanismo arbitrale qualora previsto come alternativa, o che si rivolga al suo paese di origine per avere protezione in via diplomatica, con il rischio di politicizzare la questione a danno dei rapporti tra gli Stati coinvolti. Potrebbe infine proporre la sua domanda nelle corti nazionali dello Stato ospitante, ove l'eventuale frustrazione della stessa andrebbe a incrinare il clima attorno agli investimenti, frenando potenziali nuovi investitori con un danno anche per lo Stato ospitante. Un'interpretazione estensiva delle disposizioni ISDS, quindi potrebbe essere a vantaggio, non del solo investitore nel caso specifico, ma in proiezione futura anche dello Stato che continuerebbe ad attrarre nuovi investimenti. Lasciando a specifiche disposizioni il compito di consentire al collegio arbitrale di rifiutare i casi che siano manifestamente infondati, onde evitare che un sistema così aperto si esponga alla proliferazione di liti temerarie<sup>313</sup>. Spetta, in ogni caso, alla volontà dalle parti dell'IIA determinare quali siano le controversie arbitrabili secondo le disposizioni di quello.

Peraltro, l'evoluzione dell'economia globale in riferimento agli investimenti, sta rendendo i BIT "bilaterali" di fatto e non nel solo nome, con Stati tradizionalmente esportatori di investimenti che ne diventano importatori e

---

A. Reinish, art. cit.  
A. Reinish, art. cit.

viceversa, rendendo più difficoltoso individuare la parte che si avvantaggerebbe di un'interpretazione più estensiva delle clausole arbitrali e quella che trarrebbe beneficio da un'impostazione di senso contrario.

In definitiva spetta agli Stati il compito di ridurre gli spazi per controversie non necessarie, delineando in fase di negoziazione clausole ISDS il più possibile precise, prevenendo sia l'eventualità che una parte privata sia indotta a proporre una domanda irragionevole, sia che uno Stato si difenda avanzando insostenibili questioni di giurisdizione, concedendo ai tribunali lo spazio necessario per decidere i veri problemi, sostanziali, che affliggono i rapporti internazionali di investimento<sup>314</sup>.

#### **2.4) I tipi di arbitrato previsti dalle clausole (cenni):**

Come per l'arbitrato domestico, anche per l'arbitrato internazionale, e nello specifico quello in materia di investimenti, la clausola che lo prevede come sistema di composizione delle controversie alternativo alla giurisdizione Statale, può presentarsi in due forme, a cui corrispondono due diversi tipi di arbitrato: amministrato o *Ad Hoc*<sup>315</sup>.

La scelta tra queste due opzioni non sempre è prevista nel campo degli investimenti internazionali. Laddove ambedue le parti siano concordi nell'affidare ad un'istituzione apposita l'amministrazione delle, eventuali, future procedure arbitrali tra loro, si avrà il vantaggio di una procedura con maggiori probabilità di concludersi senza che sopraggiungano intoppi, alla luce del fatto che le principali istituzioni che si occupano della gestione di arbitrati

---

A. Reinish, art. cit.

W. Peter, op. cit. p. 277 e, sulla distinzione tra arbitrati amministrati ed ad hoc, Sergio La China, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Giuffrè editore, 2011.



internazionali, adottano regolamenti specificamente redatti per guidare la procedura attraverso tutte le principali difficoltà messe in luce dall'esperienza<sup>316</sup>. La scelta dell'arbitrato amministrato, contempla inoltre il vantaggio di godere dell'autorità e della reputazione proprie dell'istituzione cui la procedura viene affidata. Per esempio, tra le principali istituzioni di questo genere troviamo la Camera di Commercio Internazionale (ICC), la cui camera di arbitrato è stata fondata nel 1923. Anche a fronte delle numerose critiche che investono i costi di questa procedura e gli aspetti di burocrazia, non si può non rilevare il successo che questa istituzione ha riscontrato, facendosi forte della sicurezza e della coerenza procedurale che il suo regolamento offre.

Altra, e fondamentale, istituzione a cui fare riferimento è il centro ICSID<sup>317</sup>, fondato con la Convenzione di Washington del 1965. La fondamentale differenza tra gli arbitrati che fanno capo a questo (direttamente o a mezzo delle c.d.

*Additional Facility Rules*<sup>318</sup>) e tutti gli altri, risiede nel fatto che, essendo questa fondata su un trattato multilaterale ratificato da 160 Stati, si presenta come completamente autosufficiente ed indipendente rispetto a leggi e corti nazionali, laddove gli altri meccanismi traggono forza dal regolamento scelto dalle parti, stante il loro carattere privato, scontando quindi necessarie interferenze da parte delle norme del luogo ove l'arbitrato ha sede<sup>319</sup>.

Nei casi in cui una delle parti non acconsenta alla scelta di un arbitrato istituzionale, le parti opereranno per una clausola arbitrale *Ad Hoc*, la cui stesura è però alquanto difficoltosa, dovendo essa contenere tutti gli elementi necessari

---

W. Peter, op. cit. p. 277.

Già menzionata supra capitolo primo; vedi infra capitoli terzo e quarto specificatamente dedicati.

Vedi meglio infra al capitolo terzo.

P. Bernardini, op. cit. p. 253-254.

per fronteggiare ogni possibile problematica nel momento della sua attuazione, già a partire dall'individuazione degli arbitri<sup>320</sup>.

In merito alla redazione di tali disposizioni, la dottrina è divisa tra la posizione di chi ritiene che una clausola arbitrale sia in difetto ogniqualvolta non faccia riferimento ad un regolamento arbitrale, anche se si tratta di una clausola altamente dettagliata quali quelle inserite nei contratti a lungo termine come sono quelli di investimento internazionale<sup>321</sup>, e l'impostazione più mite di coloro i quali ritengono possibile la redazione di una clausola sganciata da ogni riferimento a regolamenti arbitrali, benché tale difficile compito richieda grande esperienza. In sintesi estrema una clausola di questo genere deve assolvere a quattro fondamentali funzioni: avere effetti che siano obbligatori per le parti; impedire ingerenze delle corti nazionali fino al momento nel quale la vertenza non sia conclusa; conferire agli arbitri il potere di decidere in merito a tutte le controversie che possano sorgere tra le parti, in relazione al contratto cui la clausola è riferita; avere una procedura fluida ed efficiente che si concluda con un lodo capace di essere riconosciuto ed eseguito<sup>322</sup>.

Tra le due forme canoniche di arbitrato che una clausola può prevedere, si inserisce una terza opzione, in cui un'istituzione assolve al solo compito di individuare gli arbitri, mentre la clausola prevede essa stessa a disciplinare gli aspetti procedurali dell'arbitrato. Slava la più ampia libertà possibile per le parti di redigere le disposizioni ISDS, attingendo elementi di entrambe le ipotesi classiche, la pratica si è fatta carico di evidenziare come queste clausole siano difficili, quando non impossibili, da adoperare. Spesso, naturalmente, nel

---

Vedi infra al paragrafo 2.5. lettera a.  
C. M. Schmitthof – in W. Peter, op. cit. p. 278, nota 244.  
F. Eisenmann – in W. Peter, op. cit. p. 278, nota 245.

momento in cui optano per siffatta impostazione le parti non sono sufficientemente consapevoli delle potenziali insidie che questa cela<sup>323</sup>.

## **2.5) I contenuti della clausola:**

Si è messo il luce<sup>324</sup> come siano sempre più frequenti i casi nei quali le parti decidono di introdurre delle limitazioni, di vario genere, all'applicabilità della clausola arbitrale.

Al di là di eventuali disposizioni in questo senso, le clausole arbitrali hanno dei contenuti obbligati.

### **La scelta degli arbitri:**

Questo primo compito fondamentale è normalmente affidato dalle clausole all'accordo tra le parti in causa. Le difficoltà emergono nel caso in cui questo fallisca, per qualche motivo, di assolvere alla sua funzione. Quando si tratta di arbitrato amministrato, si può fare affidamento sull'istituzione di riferimento, in quanto tutte le istituzioni arbitrali, come la ICC e il centro ICSID<sup>325</sup>, dispongono di adeguati meccanismi per sopperire alla mancata scelta concorde ad opera delle parti o alla mancata nomina da parte di una di queste<sup>326</sup>.

Quando si versa, invece, in un caso nel quale questo compito non è, e non può essere, riferito ad un'istituzione arbitrale, se le parti hanno dettato requisiti particolari che un soggetto debba presentare per essere nominato, possono sorgere delle difficoltà fino a trovarsi ad un punto morto. Si tratta, per esempio, di situazioni nelle quali le parti hanno richiesto qualifiche professionali di alto

---

W. Peter, op. cit. p.278.  
Vedi supra al paragrafo 2.3.  
Vedi infra al capitolo quarto.  
W. Peter, op. cit. p. 280.

profilo, unitamente a particolari abilità linguistiche o requisiti circa la nazionalità, tali per cui la nomina dell'arbitro risulta farraginoso o impossibile. Allo stesso modo può darsi il caso in cui uno specifico soggetto sia stato individuato dalle parti come arbitro, senza però che sia disposto un adeguato meccanismo per individuare un sostituto nel caso in cui questo sia impossibilitato, vuoi per morte o incapacità, ma anche per un rifiuto, rendendo la clausola inutilizzabile<sup>327</sup>.

Si deve ricordare che le clausole arbitrali *Ad Hoc* hanno il compito di provvedere adeguate soluzioni sia nel caso in cui una delle parti rifiuti di nominare il suo arbitro di parte, sia in quello in cui le parti non arrivino ad un accordo sulla persona del presidente del collegio arbitrale. Soluzione tipica per risolvere queste situazioni è disporre che il compito di nominare l'arbitro si affidi ad un soggetto terzo. Le difficoltà, peraltro, si ripropongono nel caso non infrequente in cui il terzo non ottemperi all'incarico: in questo caso l'*impasse* può essere superato solo da quelle clausole le quali prevedano un meccanismo alternativo per la nomina. A questo proposito si rinvengono nella pratica varie soluzioni. Spesso le corti nazionali hanno il potere di nominare l'arbitro a fronte del disaccordo o dell'inerzia delle parti. Sembra in ogni caso preferibile che la clausola indichi essa stessa l'autorità cui fare riferimento in queste occasioni, alla luce del fatto che l'arbitrato può avere sede in un paese in cui la legislazione<sup>328</sup> in materia di arbitrato non esista o non sia particolarmente raffinata. L'affidarsi alla legislazione nazionale potrebbe, peraltro, risultare in ulteriori ostacoli alla prosecuzione della procedura arbitrale<sup>329</sup>.

---

W. Peter, op. cit. p. 280.

Si veda il punto b del presente paragrafo per l'influenza della legislazione del paese in cui l'arbitrato ha sede sullo stesso.

W. Peter, op. cit. p. 280.

*La sede dell'arbitrato:*

L'indicazione del luogo ove avranno sede gli eventuali arbitrati derivanti dal contratto riveste un ruolo altamente significativo<sup>330</sup>. Nell'ambito dei contratti internazionali di investimento, le parti sono solite concordare un luogo neutro a questo fine o, in alternativa, riferirsi allo Stato in cui l'operazione di investimento si svolge.

L'importanza di una tale scelta risiede nella circostanza che vede la legge procedurale di tale luogo applicabile e vincolante nei confronti della procedura arbitrale ivi tenuta<sup>331</sup>: la scelta di un luogo neutro, quindi, si inserisce nell'ottica di indipendenza della procedura determinata dalla clausola ISDS e di parità tra le parti, nessuna delle quali impone all'altra la sua legge procedurale.

Quando la scelta delle parti ricade sulle corti del paese che ospita l'investimento si riscontrano vantaggi circa l'istruzione probatoria, dovuti alla vicinanza con il luogo di esecuzione del contratto. Per converso la procedura sconta il rischio di essere qualificata come arbitrato domestico quando ne venga chiesta l'esecuzione nello stesso luogo, perdendo la garanzia ulteriore data dalla possibilità di applicare le norme della Convenzione di New York del 1958, la quale disciplina specificatamente il riconoscimento e l'esecuzione delle pronunce arbitrali straniere<sup>332</sup>.

L'importanza della scelta in merito alla sede del procedimento arbitrale emerge ancora di più prendendo in considerazione i poteri di controllo ed intervento che la legge nazionale di questo luogo esercita sull'arbitrato. Ogni legge nazionale

---

Vedi punto a del presente paragrafo: la legge del paese in cui la procedura ha sede sopperisce all'inerzia di una parte nel nominare un arbitro evitando la paralisi del procedimento.

Vedi più dettagliatamente al punto c del presente capitolo.  
W. Peter, op. cit. p. 284.

annovera infatti disposizioni in materia<sup>333</sup>, le quali possono essere più o meno liberali. Nell'atto di concludere un accordo in materia di investimenti le parti devono porre particolare attenzione alla clausola arbitrale, non affidandosi a formule standard ma andando a prevedere ogni possibile situazione di conflitto<sup>334</sup>, in questo modo potranno minimizzare la necessità di un intervento della legge nazionale. Questo intervento peraltro, potrebbe rivelarsi necessario comunque, per garantire la costituzione del tribunale arbitrale; per raccogliere delle prove; o per prendere dei provvedimenti di natura provvisoria.

Tra i più importanti poteri riferibili alla legge del luogo ove la procedura ha la sua sede si annoverano quelli di controllo, soprattutto qualora si prenda in considerazione che solitamente è presso le corti di questo luogo che il lodo potrà essere impugnato dalle parti, quando è data questa possibilità, circostanza che aumenta l'importanza in merito alla decisione delle parti sull'individuazione di quello. Naturalmente le parti devono essere a conoscenza della possibilità di appellare avverso la decisione degli arbitri. Sull'eventualità che il lodo possa essere annullato nel merito, tematica delicata e di grande importanza, spesso sorgono controversie<sup>335</sup>. Nella pratica si riscontra la volontà delle parti di limitare il potere di intervento della corte ove la procedura ha avuto sede, con la previsione, ad opera delle parti, di un diverso giudice ritenuto adatto a questo scopo.

Alcuni Stati<sup>336</sup> hanno adottato legislazioni fortemente liberali per favorire la libertà delle parti nell'individuazione del giudice cui affidarsi in queste

---

Così l'articolo 185 della legge federale svizzera sul diritto internazionale privato: "per ogni ulteriore assistenza giudiziale la corte della sede dell'arbitrato deve avere giurisdizione".

W. Peter, op. cit. p. 284.

W. Peter, op. cit. p. 285.

Riforme in tale senso si riscontrano in Belgio, Inghilterra, Francia ed in Svizzera.

circostanze. Benché possa apparire il contrario, una riforma in questo senso non necessariamente risponde all'interesse della parti: a fronte di irregolarità nella procedura la parte soccombente deve avere la possibilità di far valere le sue pretese nel luogo ove questa si è svolta, senza dover necessariamente attendere che la sua controparte faccia domanda per l'esecuzione della decisione in un altro luogo<sup>337</sup>.

Si comprende la necessità che le corti locali non interferiscano in modo alcuno con lo svolgimento dell'arbitrato, ma a fronte di gravi irregolarità può apparire inefficiente un sistema che obbliga la parte lesa a resistere nel procedimento di esecuzione iniziato dalla parte vincitrice in un luogo diverso<sup>338</sup>.

#### Le regole di procedura:

Altro contenuto fondamentale delle clausole arbitrali sono le disposizioni concernenti le regole di procedura da applicarsi nello svolgimento dell'arbitrato. Ai sensi della già citata Convenzione di New York, in assenza di accordo tra le parti sul punto, si applicherà la *Lex Fori*<sup>339</sup>.

La determinazione delle regole procedurali è affidata quindi alle parti, le quali possono accordarsi variamente. La decisione in merito a questo punto assume un rilievo di molto maggiore qualora si tratti di una clausola la quale preveda un arbitrato *Ad Hoc*. Questo in quanto in caso di arbitrato amministrato l'istituzione cui è affidata la gestione della procedura avrà nel proprio regolamento una disciplina volta ad individuare la legge procedurale applicabile o, nel caso di arbitrati soggetti alla Convenzione di Washington, il regolamento

---

German P. Shlossere, in W. Peter, op. cit. p. 285 nota 277.

W. Peter, op. cit. p. 286.

Vedi al punto b del presente paragrafo.

del centro ICSID contiene al suo interno tutte le regole necessarie allo svolgimento del procedimento arbitrale, in forza della sua caratteristica di autonomia totale rispetto agli ordinamenti nazionali i cui giudici non conservano alcun potere di controllo sulla causa<sup>340 341</sup>.

Le parti possono convenire che sia adottata una legge nazionale per governare la procedura, tipicamente quella dello Stato che ospita l'investimento. Questo tipo di soluzione solleva le parti dall'onere di trovare un accordo su di un più completo complesso di norme che regolino la procedura, a potenziale danno dell'investitore, il quale potrebbe soffrire la poca o alcuna familiarità con quella legislazione<sup>342</sup>.

Soluzione opposta alla precedente è quella che vede le parti dettare esse stesse un regolamento per la procedura arbitrale, nell'intento di assicurare che certi specifici aspetti vengano trattati in conformità al loro intendimento, il quale viene così fatto prevalere sulla legge procedurale eventualmente applicabile, o sulla soluzione eventualmente adottata dal collegio arbitrale per assicurare che la procedura si instauri evitando eventuali manovre dilatorie di una parte. Stante l'estrema difficoltà, per le parti, di dettare un regolamento che compiutamente disciplini ogni aspetto rilevante del procedimento, le questioni non regolamentate cadranno per necessità nella *Lex Fori* o nella giurisdizione degli arbitri<sup>343</sup>.

Si è già messo in luce come una teoria, avvalorata del riferimento alla Convenzione di New York e da parte della dottrina<sup>344</sup>, ritenga che l'indicazione

---

P. Bernardini, op. cit. p. 277.

Su questo punto vedi meglio infra, capitolo terzo e quarto sulla Convenzione di Washington.

W. Peter, op. cit. p. 282.

W. Peter, op. cit. p. 282.

In questo senso Sauser-Hall e F. A. Mann, in W. Peter, op., cit. p. 282/283, note 262 e 265.



ad opera delle parti della sede della procedura, comporti l'applicazione delle norme della *Lex Fori*, secondo alcuni applicando le norme inderogabili di questa anche in contrasto con la libertà negoziale delle parti che sia espressa in senso diverso. Si può ritenere che, in assenza di specifiche previsioni, l'indicazione della sede non debba intendersi nel senso dell'applicabilità automatica della *Lex Fori*, avendo comunque presente che la violazione di norme inderogabili di questa avranno un riflesso sul riconoscimento del lodo e sull'esecuzione dello stesso<sup>345</sup>.

Come riflesso della libertà negoziale delle parti che contrattano una clausola ISDS, vi è la possibilità che queste affidino, esplicitamente o implicitamente, agli arbitri il compito di individuare le regole procedurali da applicare al caso. Questi potranno quindi disporre nel senso di adottare una legge nazionale od optare per la stesura di un regolamento apposito, tipicamente redatto con richiami a regolamenti di istituzioni o parti di leggi nazionali.

Il trend è quello di determinare liberamente la procedura, facendo salve le norme inderogabili di *Lex Fori* in vista del riconoscimento del lodo<sup>346</sup>.

Ultima, ed invero remota, possibilità è quella che vede le parti omettere di indicare sia la sede dell'arbitrato, sia le regole procedurali senza che la determinazione di queste sia affidata agli arbitri. In casi del genere, se non si è in presenza di un arbitrato amministrato, la procedura è suscettibile di arenarsi<sup>347</sup>.

---

W. Peter, op. cit. p. 283.  
W. Peter, op. cit. p. 283.  
W. Peter, op. cit. p. 283.

Altri elementi:

Le clausole ISDS possono poi contenere una serie variegata di elementi ulteriori, che vanno dalla determinazione del numero di arbitri che andranno a comporre il collegio e della lingua ufficiale per le udienze, alla determinazione dei costi o la previsione di rimedi avverso il lodo, fino ai già noti<sup>348</sup>, e sempre più frequenti, tentativi preliminari di composizione amichevole della controversia<sup>349</sup>.

---

Vedi al presente capitolo il paragrafo 2.  
W. Peter, op. cit. p. 286/287.

## Capitolo Terzo:

### La Convenzione di Washington 1965:

**sommario:** 1 La Convenzione e la struttura del centro ICSID. - 2 Le caratteristiche delle clausole ICSID e la giurisdizione del centro. - 2.1 La manifestazione del consenso. - 2.2 Requisiti soggettivi delle parti. - 2.3 La giuridicità della controversia. - 2.4 La nozione di investimento ai fini della convenzione. - 3 L'autonomia della convenzione. - 4 “*Additional facility rules*”, l'estensione della giurisdizione ICSID.

Il panorama delle istituzioni che ad oggi si fanno carico della gestione di procedimenti arbitrali amministrati in materia di investimenti è particolarmente variegato, allo stesso modo di quelle che si fanno promotrici di leggi modello contenenti regolamenti arbitrali i quali possano essere richiamati dalle parti, con apposito rinvio operato dalla clausola ISDS contenuta nel loro contratto o in un BIT, per disciplinare il procedimento arbitrale tra le stesse. Tra queste istituzioni un interesse particolare va tributato alla già citata Convenzione di Washington del 1965 per almeno due motivi fondamentali: innanzitutto è l'unica dettata con riferimento ai soli procedimenti arbitrali in materia di investimenti internazionali; inoltre l'arbitrato che si svolga secondo questa è caratterizzato da un'autonomia tale da renderlo un unicum nel panorama dei procedimenti arbitrali internazionali<sup>350</sup>.

---

Su questo punti vedi meglio infra, paragrafo 2.4.

### La Convenzione e la struttura del centro ICSID:

La "Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati" entra in vigore il 14 ottobre 1966, a seguito delle prime ratifiche da parte di venti degli Stati contraenti<sup>351</sup>. L'istituzione del centro ICSID avviene in risposta ad alcune problematiche evidenziate dalla pratica degli investimenti internazionali in paesi in via di sviluppo. Ci si riferisce in particolare alla riscontrata indisponibilità di un meccanismo internazionale per la conciliazione e l'arbitrato. Una tale mancanza va a frustrare i tentativi di individuare un adeguato sistema di composizione delle liti tra governi ed investitori privati stranieri<sup>352</sup>. I tribunali istituiti da organizzazioni private, quali "American Arbitration Association" e "Inter-American Commercial Arbitration Commission", nonché della Camera di Commercio Internazionale, sovente non sono accettati dai governi quali istituzioni cui affidare la soluzione delle vertenze in materia di investimenti. Ad aggravare la situazione l'unica istituzione internazionale pubblica in materia di composizione delle controversie, la Corte Permanente di Arbitrato, non è aperta ai privati. Stante l'infruttuosità dei vari tentativi di predisporre una convenzione internazionale, la protezione degli investimenti, al 1966, è affidata ai soli standard previsti in legislazioni nazionali e nei nuovi BIT; ad un eventuale protezione diplomatica offerta dallo Stato di nazionalità dell'investitore ed ai meccanismi di assicurazione predisposti nei paesi

---

Georges R. Delaume, *ICSID arbitration in practice*; in *International Tax and Business Lawyer*, p.58, 1984.

Joy Cherian, *Foreign investment arbitration: the role of the international center for settlement of investment dispute*; in *Third world legal studies journal* n°172, 1983.

esportatori di capitali. Tutti meccanismi basati su un intrinseco antagonismo tra le parti Stato – Investitore<sup>353</sup>.

Questo clima sfavorevole allo sviluppo dei rapporti di investimento viene notato dal consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, le quali però decidono di non contribuire attivamente alla soluzione delle controversie sugli investimenti internazionali, limitandosi ad una risoluzione dell'Assemblea Generale che impegna il Segretariato a collaborare con la Banca Mondiale al fine di predisporre strutture atte allo scopo. La Banca Mondiale poteva vantare dell'esperienza nell'agevolazione della composizione di conflitti tra Stati ed investitori privati, ma prima dell'istituzione del centro ICSID si presenta in difetto della struttura necessaria<sup>354</sup>.

Al meeting annuale del 1962 il consiglio dei governatori adotta una risoluzione che impegna il direttore esecutivo a valutare la possibilità di istituire un foro arbitrale internazionale dedicato alle controversie in materia di investimenti internazionali. Come conseguenza nel 1965 iniziano i lavori sulla convenzione: è il primo strumento di protezione dell'investimento Multilaterale e potenzialmente universale. Nel 1966, con l'istituzione del centro ICSID, nasce una nuova organizzazione ancillare nell'orbita della Banca Mondiale<sup>355</sup>.

I documenti relativi alla fondazione del centro, mettono in rilievo i tre obiettivi principali che la convenzione intende perseguire, i quali ben si inseriscono nel generale scopo della Banca Mondiale di “promuovere la sostenibilità ambientale e sociale, di perseguire un piano di sviluppo fiscalmente responsabile”, operando

---

P. Bernardini, op. cit. p. 275.  
J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.

quale istituzione democratica che favorisce uguale partecipazione dei rappresentanti di ogni Stato membro<sup>356</sup>.

Innanzitutto l'ICSID è istituito allo scopo di proteggere gli investimenti stranieri, tramite l'agevolazione di procedure di *dispute settlement*. Inoltre è tra gli obiettivi della convenzione promuovere flussi di investimenti verso i paesi del terzo mondo ed in via di sviluppo: garantire la protezione degli investimenti tramite un meccanismo arbitrale Stato – Investitore favorisce l'aumento dell'attività degli investitori stranieri sul territorio, con il risultato ultimo di agevolare e velocizzare lo sviluppo economico delle economie dei paesi in via di sviluppo<sup>357</sup>. Infine, il terzo ed ultimo obiettivo è quello di contribuire a creare un clima di collaborazione e reciproca fiducia tra investitori e Stati ospitanti, superando un limite dei preesistenti meccanismi di protezione<sup>358</sup>.

A fronte di uno scarso impiego del centro nei primi trenta anni di vita dello stesso, il ricorso alla Convenzione è incrementato in maniera più che significativa negli ultimi vent'anni. Questo incremento è da imputarsi all'aumento delle operazioni di investimento internazionale ed alla sempre più marcata diffusione di IIA, in particolare di BIT<sup>359</sup>, i quali, prevedendo nel loro testo clausole ISDS<sup>360</sup> a favore del meccanismo ICSID, consentono ai privati accesso diretto al tribunale istituito dalla convenzione senza la necessità di una specifica pattuizione contrattuale ad opera delle parti<sup>361</sup>.

---

Elizabeth Moul, *the international center for the settlement of investment disputes and the developing world: creating a mutual confidence in the international investment regime*; in Santa Clara Law Review n°881, 2015.

E. Moul, art. cit.

E. Moul, art. cit. e P. Bernardini, op. cit. p. 276.

Vedi supra al capitolo primo.

Vedi supra al capitolo secondo.

E. Moul, art. cit.

Benché esistano diversi tribunali internazionali e regole che le parti possono adottare per far fronte alle controversie originatesi nel contesto di un rapporto di investimento internazionale, quali le regole UNCITRAL o la Camera di Commercio Internazionale (ICC), ad oggi la maggior parte degli IIA dispone a favore del meccanismo ICSID, in quanto questo è il solo creato appositamente per queste fattispecie. Nei 433 casi sollevati innanzi al tribunale del centro, in oltre il settanta per cento la giurisdizione dello stesso trova fondamento nella clausola ISDS prevista da un IIA<sup>362</sup>.

La convenzione prevede per il centro una struttura interna fondata su due organi principali: il Consiglio amministrativo e il Segretariato<sup>363</sup>. Il primo è composto da un rappresentante per ciascuno Stato membro, ognuno con uguale potere di voto, e presieduto dal presidente della Banca Mondiale, il quale non può prendere parte alle votazioni<sup>364</sup>. Tra i suoi compiti vi sono l'elezione del Segretario Generale, l'approvazione del budget annuale, l'adozione di regole e regolamenti per l'istituzione ed i procedimenti e l'approvazione del report annuale sulle operazioni del centro.

Al Segretariato, composto dal Segretario generale coadiuvato da uno o più sostituti e da personale amministrativo, è affidato il compito di sorvegliare sui singoli procedimenti, sulla loro instaurazione e sul regolare svolgimento; così come di assistere nella costituzione delle commissioni di conciliazione e dei tribunali arbitrali<sup>365</sup>. Ha inoltre la rappresentanza legale del centro.

Ogni Stato contraente può poi nominare fino ad un massimo di quattro soggetti che andranno a comporre i "Panel", insieme con i dieci nominati dal presidente

---

E. Moul, art. cit.

Costanza Felicita Giancola, *Gli effetti del lodo ICSID*, Leone Editore, 2012 Milano, p. 12.

J. Cherian, art. cit.

E. Moul, art. cit.

del Consiglio amministrativo<sup>366</sup>. Le nomine soggiacciono al limite soggettivo della richiesta qualifica di arbitri o conciliatori ai sensi dell'articolo 14 della convenzione<sup>367</sup>.

### **Le caratteristiche delle clausole ICSID e la giurisdizione del**

#### **centro:**

L'articolo 25 della convenzione<sup>368</sup> disciplina l'estensione della giurisdizione del centro ICSID. Dal testo dello stesso si possono desumere gli elementi in presenza dei quali una controversia è ammessa ad essere risolta mediante il ricorso alle strutture ed al regolamento ICSID: si deve trattare, innanzitutto, di una controversia che abbia *natura giuridica*, la quale derivi direttamente da un *rapporto di investimento* tra uno *Stato contraente* (la convenzione) o una sua *articolazione o agenzia* ed un soggetto privato *nazionale di un diverso Stato contraente*, i quali abbiano espresso il loro *consenso per iscritto* affinché la controversia stessa fosse sottoposta alla giurisdizione del centro<sup>369</sup>.

La redazione di una clausola ICSID non comporta apparentemente difficoltà diverse od ulteriori rispetto alla redazione di una qualsiasi altra clausola contrattuale, cionondimeno, stante la delicatezza e la rilevanza degli interessi su cui questa va ad esercitare la propria influenza, alla sua formulazione è tributata grande attenzione dalle parti<sup>370</sup>. Per facilitare il compito alle stesse, il segretariato del centro provvede alla pubblicazione di "model clauses" che le parti possono semplicemente recepire nel loro accordo.

---

Purché di nazionalità differente dalla propria.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 12.  
Vedi allegato 1.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 14.  
G. R. Delaume, art. cit.



Come la Model Clause I:<sup>371</sup>

“The [Government]/[name of constituent subdivision or agency] of name of Contracting State (hereinafter the "Host State") and name of investor (hereinafter the "Investor") hereby consent to submit to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter the "Centre") any dispute arising out of or relating to this agreement for settlement by [conciliation]/[arbitration]/[conciliation followed, if the dispute remains unresolved within time limit of the communication of the report of the Conciliation Commission to the parties, by arbitration] pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (hereinafter the "Convention").”

Siffatte clausole, come il centro stesso indica, sono solo modelli predisposti per agevolare le parti, la cui responsabilità per la redazione della clausola e delle disposizioni rilevanti rimane ferma<sup>372</sup>.

## **2.1) La manifestazione del consenso:**

Il requisito del consenso delle parti è stato definito come la pietra angolare<sup>373</sup> della convenzione, in quanto è questo che costituisce la condizione necessaria affinché sia possibile radicare il meccanismo arbitrale tra parti che siano soggettivamente qualificate<sup>374</sup>. Il consenso prestato diviene irrevocabile<sup>375</sup>: il rifiuto unilaterale di una delle parti a prendere parte al giudizio non solo non impedisce in modo alcuno il regolare svolgimento dello stesso, né inficia la possibilità di ottenere il riconoscimento e l'esecuzione della pronuncia conclusiva dello stesso, ma vieta allo Stato di sollevare e far valere l'eccezione

---

W. Peter, op. cit. p. 309.

G. R. Delaume, art. cit.

J. Cherian, art. cit.

P. Bernardini, op. cit. p. 278.

Diverse pronunce ICSID hanno ritenuto che il ritiro del consenso sia possibile, ma mai con effetti retroattivi.

dell'immunità dalla giurisdizione, in qualità di ente sovrano, e quindi di portare il giudizio ad una fase di stallo<sup>376</sup>.

Sul versante dello Stato il consenso avviene in due momenti, in primis è richiesto che sia uno Stato contraente la convenzione, la cui ratifica non è però di per sé sufficiente a imporre allo Stato stesso l'obbligazione di sottoporre tutte le controversie, in materia di investimenti, al centro. È necessario che sia prestato un secondo consenso, espresso per iscritto, in un contratto di investimento; in una legge nazionale o, sempre più di frequente, con l'adozione di un BIT, o un IIA in genere<sup>377</sup>.

Occorre notare che in base al dettato dell'articolo 25 della convenzione, lo Stato può notificare al centro di Washington la sua intenzione di limitare il suo consenso all'arbitrabilità delle controversie in base alla convenzione a certe e determinate categorie<sup>378</sup>.

Per potersi considerare validamente espresso il consenso deve essere prestato dalle parti in modo non equivoco; inoltre non deve ledere norme costituzionali o di legge che limitino l'utilizzabilità dello strumento arbitrale. Quest'ultima eventualità si presenta come alquanto remota, essendo lo Stato contraente la convenzione. Di pari rilievo è la necessità che il consenso sia prestato da un soggetto o un ente il quale abbia il potere di rappresentare legittimamente lo Stato. Poiché un numero significativo di contratti di investimento è concluso da società a controllo statale o enti pubblici (si pensi alle compagnie minerarie e petrolifere nazionali), la convenzione detta una disposizione particolare per queste circostanze: il comma terzo dell'articolo 25 stabilisce che il consenso di

---

P. Bernardini, op. cit. p. 278-279.

W. Peter, op. cit. p. 309.

P. Bernardini, op. cit. p. 278.

un organo o agenzia dello Stato, per essere validamente prestato, richieda l'approvazione dello Stato stesso, a meno che questo non abbia notificato al centro la non necessità dell'approvazione da parte del governo.

Sta, quindi, all'investitore straniero verificare la sussistenza, in capo all'ente statale con cui entra in contatto, dei poteri necessari a concludere una clausola ICSID, nonché di verificare che la materia del contratto non rientri tra quelle eventualmente inserite dallo Stato tra le materie non assoggettabili ad arbitrato secondo la convenzione<sup>379</sup>.

Essendo il sistema orientato alla tutela degli investimenti stranieri, sul versante dell'investitore sono minori le questioni attorno alla manifestazione del consenso all'arbitrato. Questi, addizionalmente alle verifiche precedentemente indicate, deve manifestare il suo consenso in forma scritta qualora la clausola sia inserita nel contratto di investimento; o notificare l'intenzione di valersi dell'offerta dello Stato ospitante qualora l'adesione dello stesso sia inserita in una legge nazionale sulla protezione degli investimenti o in un BIT<sup>380</sup>.

## **2.2) Requisiti soggettivi delle parti:**

Ai fini della sussistenza della giurisdizione del centro ICSID, l'articolo 25 della convenzione richiede alcune caratteristiche soggettive in capo alle parti. Si deve trattare di uno Stato contraente, o di una sua articolazione o ente, da un lato, e di un soggetto nazionale di un diverso Stato contraente, dall'altro<sup>381</sup>.

Per quanto attiene alla parte "pubblica" del rapporto, nessun problema si presenta qualora il ruolo sia coperto dallo Stato contraente stesso. Profili più

---

W. Peter, op. cit. p. 310 – 311.  
P. Bernardini, op. cit. p. 278.  
P. Bernardini, op. cit. p. 279.

problematici si sollevano quando il posto di questo è ricoperto da un'articolazione o ente statale.

La convenzione richiede che il soggetto pubblico in questione sia segnalato, dallo Stato contraente al centro, quale entità passibile di essere parte di un arbitrato ICSID; e che il consenso prestato dalla detta entità sia validamente espresso essendo intervenuta l'approvazione dello Stato, salvo che questo abbia disposto nel senso di non ritenere la stessa condizione di validità del consenso. Prudenzialmente le parti possono esplicitare nella clausola il rispetto di questi requisiti<sup>382</sup>: si segnalano infatti dei casi nei quali lo Stato si è dichiarato estraneo alla controversia sorta, in quanto non avente preso parte al rapporto contrattuale.

In situazioni di questo genere si richiede al tribunale ICSID di procedere all'accertamento della natura della relazione con lo Stato nella singola controversia<sup>383</sup>.

In alcuni casi le corti, nella valutazione sulla sussistenza della propria giurisdizione sulla lite, hanno dovuto procedere alla verifica della natura della società parte del contratto di investimenti nel cui contesto la lite era sorta. Non di rado le società sono risultate, e risultano, emanazioni dello Stato e non enti nel controllo di soggetti privati<sup>384</sup>.

Dei rilievi in parte simili sono quelli che attengono, sull'opposto versante del rapporto, alla determinazione della nazionalità dell'investitore, che tipicamente sarà una società e solo in rari casi una persona fisica<sup>385</sup>.

---

G. R. Delaume, art. cit.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 15.  
ICSID ARB/72/1; ICSID ARB/81/1 e ICSID ARB/00/4.  
G. R. Delaume, art. cit.

largamente condivisa la nozione per cui, ai sensi dell'articolo 25 della convenzione, la nazionalità dell'investitore deve essere valutata con riferimento al luogo di costituzione (tenendo ferma la società come investitore di riferimento).

Benché sia questo il principio, è stemperato dalla possibilità, offerta dalla convenzione alle parti, di considerare una società locale come nazionale di un altro Stato contraente qualora, in ragione del controllo della stessa in capo a soggetti stranieri, le parti abbiano concordato di considerarla tale ai fini dell'applicazione della convenzione<sup>386</sup>.

Questa previsione è volta ad ovviare alla situazione, molto comune, nella quale la legislazione dello Stato ospitante richieda all'investitore di costituire una società locale per la gestione dell'operazione di investimento<sup>387</sup>. In assenza di una tale interpretazione della regola generalmente accettata, una società con queste caratteristiche non potrebbe considerarsi straniera, e di conseguenza non potrebbe beneficiare degli strumenti offerti dalla convenzione, dovendo quindi far valere le proprie, eventuali, doglianze in una diversa sede, quale le corti locali. Questa situazione costituirebbe una lesione dello spirito e dello scopo dichiarato della convenzione<sup>388</sup>.

Nella convenzione non si trovano specificate le modalità con le quali le parti devono perfezionare il loro accordo su tale questione. Quanto si può ricavare dal testo della convenzione stessa e dalle regole che la implementano, è che questo accordo deve essere esplicito. In realtà non si esclude totalmente la rilevanza di

---

G. R. Delaume, art. cit.  
P. Bernardini, op. cit. p. 279 – 280.  
G. R. Delaume, art. cit.

un possibile accordo implicito, laddove dalle circostanze del caso questo emerga in maniera inequivoca<sup>389</sup>.

Alcuni tribunali hanno ritenuto il fatto stesso della previsione di una clausola ICSID come indice della volontà concorde delle parti nel considerare la Società come nazionale di un diverso Stato contraente, e di conseguenza capace di attivare il meccanismo della convenzione<sup>390</sup>.

### **2.3) La “giuridicità” della controversia:**

Oltre ai requisiti di nazionalità, l’articolo 25 della convenzione pone dei limiti *Ratione Materiae* alla giurisdizione del centro ICSID.

Una controversia, per essere sottoposta al centro, deve avere natura giuridica e vertere su un’operazione di investimento: nessuno dei due concetti trova, nel testo della convenzione, la sua definizione.

Con riferimento alla natura giuridica della controversia, si ritiene che la disposizione sia tesa a limitare la portata dell’arbitrato ICSID al controllo dei rispettivi obblighi e diritti delle parti, contenuti nel contratto di investimento, alla luce delle leggi nazionali e dei trattati internazionali rilevanti per il contratto stesso<sup>391</sup>.

Sono normalmente considerati avente natura giuridica le questioni circa l’esistenza e la portata degli obblighi contrattuali; la specie e l’ammontare dei risarcimenti per la violazione di obbligazioni; l’interpretazione del contratto o il suo termine, ivi inclusi i casi di nazionalizzazione ed espropriazione<sup>392</sup>.

---

G. R. Delaume, art. cit.  
W. Peter, op. cit. p. 312.  
G. R. Delaume, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.

Rimangono esclusi quindi conflitti di interesse quali, ad esempio, il desiderio di rinegoziare tutti od alcuni dei contenuti del contratto<sup>393</sup>.

#### **2.4) La nozione di investimento ai fini della convenzione:**

Quello che diversi commentatori della convenzione indicano come il “fallimento” nell’addivenire alla formulazione di una definizione di investimento ai fini della convenzione stessa, è il secondo, nonché più controverso, limite sostanziale alla giurisdizione del centro ICSID.

La situazione di ambiguità, paventata come un limite nei primi anni di vigenza della convenzione, può oggi essere considerata una fortuna, nel senso di garantire alla convenzione l’elasticità necessaria ad adattarsi all’evoluzione dei commerci internazionali e di averne garantito l’estensione dell’ambito di operatività<sup>394</sup>.

Questa convinzione è oggi così radicata da far ravvisare ad alcuni autori<sup>395</sup> una volontarietà, da parte degli estensori della convenzione, nel non definire il concetto di “investimento”<sup>396</sup>.

Il concetto tradizionale di investimento valido al tempo in cui la convenzione ha avuto la sua genesi, ancorato all’ideale di investimento industriale, allo sfruttamento delle risorse naturali ed alla costruzione di grandi opere ed impianti, si trova oggi rimodellato dall’evoluzione sociale, economica e tecnologica<sup>397</sup>.

---

G. R. Delaume, art. cit.

G. R. Delaume, art. cit.

In questo senso P. Bernardini, op. cit. p. 280 e C. F. Giancola, op. cit. p. 19.

G. R. Delaume, art. cit.

C. F. Giancola, op. cit. p. 20.

Pur includendo nella nozione l'investimento tradizionale, in forma di apporto di ingenti capitali, esso altresì abbraccia e comprende oggi gli appalti di opere e servizi; la realizzazione di impianti "chiavi in mano"; fino a meri contratti di finanziamento o assistenza tecnica.

Rimane ferma, invece, l'esclusione dei meri contratti di compravendita dal novero delle operazioni di investimento<sup>398</sup>.

L'individuazione delle caratteristiche distintive dei rapporti di investimento è stata affidata al lavoro interpretativo dei tribunali arbitrali, i quali, in alcune pronunce fondamentali quali la c.d. *Pronuncia Salini*<sup>399</sup>, hanno fissato delle linee di riferimento<sup>400 401</sup>.

In ogni caso viene lasciato un certo margine di discrezionalità alle commissioni conciliatrici ed ai tribunali arbitrali investiti dei singoli casi, nell'analizzare caso per caso ed eventualmente ravvisare l'esistenza di un investimento, condizione necessaria di applicazione della convenzione ICSID. Questa possibilità di adottare interpretazioni difformi in capo ad arbitri e conciliatori, permette al centro di ammettere una più ampia casistica di accordi economici internazionali<sup>402</sup>.

In ogni caso, specie qualora si sia in vista di un'operazione di investimento dai caratteri innovativi, le parti traggono chiari benefici dal raccogliere la raccomandazione, inserita nell'ICSID Model Clause, di esplicitare il loro accordo circa la natura di investimento, ai sensi della convenzione, dell'operazione che

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 20.  
ICSID ARB/00/4.  
P. Bernardini, op. cit. p. 280.  
Su questo tema vedi più diffusamente supra al capitolo primo, paragrafo 3.1.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 20.



andranno a concludere, andando così a ridurre notevolmente i margini di  
ambiguità nell'applicazione della convenzione<sup>403</sup>.

### **L'autonomia della convenzione:**

Entro la cornice legale delineata dalla convenzione stessa, unitamente alle regole  
ed i regolamenti adottati per la sua implementazione<sup>404</sup>, il sistema di arbitrato ICSID  
opera in totale indipendenza rispetto ai sistemi legali nazionali<sup>405</sup>.

Questo carattere di autonomia emerge chiaramente dal testo dell'articolo 44<sup>406</sup> della  
convenzione stessa:

“Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the  
provisions of present section and, except as the parties otherwise agree, in  
accordance with Arbitration Rules in effect on the date on which the parties  
consented to arbitration. If any question of procedures arises which is not  
covered by this section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the  
parties, the tribunal shall decide the question...”

La disposizione dell'articolo 44 è completata da quanto previsto all'articolo 26<sup>407</sup>:

“Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless  
otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of  
any other remedy”

Sottoponendo ad arbitrato ICSID le eventuali controversie relative al loro rapporto di  
investimento, le parti le parti hanno la garanzia di poter usufruire appieno delle  
regole procedurali del centro ed ancor di più che queste regole

---

G. R. Delaume, art. cit.  
ICSID Rules and regulations, ICSID/4/Rev.1 (1975).  
G. R. Delaume, art. cit.  
Vedi allegato 1 per il testo tradotto.  
Vedi allegato 1 per il testo tradotto.

andranno esenti da qualsivoglia forma di controllo od esame da parte delle corti nazionali degli Stati contraenti<sup>408</sup>.

Componente fondamentale per il corretto funzionamento del meccanismo di soluzione delle controversie approntato dalla convenzione, è la necessità che le corti domestiche si astengano dall'assumere qualsiasi decisione la quale sia passibile di interferire con i caratteri di esclusività ed autonomia dell'arbitrato ICSID.

Il giudice nazionale che venga a conoscere di una controversia nella quale ravvisa la possibilità che la stessa ricada nella competenza del centro ICSID, deve sospendere il procedimento, rinviando le parti al centro stesso perché il tribunale arbitrale valuti sulla propria competenza<sup>409</sup>.

Solo in caso di una pronuncia di senso negativo, per esempio laddove il Segretario Generale rifiuti di registrare una causa che non ritiene rientrare nella competenza del centro, il giudice nazionale di questo viene legittimato a riassumere presso di sé la causa, assumendo naturalmente che lo stesso abbia una base indipendente a fondamento della propria giurisdizione sulle parti nonché sull'oggetto della controversia<sup>410</sup>.

Questo meccanismo prende il nome di *Rule of Abstention* del giudice, ed è alla base del buon funzionamento del sistema ICSID<sup>411</sup>.

Stante la sua importanza, la regola è rafforzata dalla previsione, di cui all'articolo 64 della convenzione<sup>412</sup>, che stabilisce quanto segue:

---

G. R. Delaume, art. cit.

G. R. Delaume, art. cit.

G. R. Delaume, art. cit.

P. Bernardini, op. cit. p. 277.

Vedi allegato 1 per il testo tradotto.

“Any dispute between contracting States concerning the interpretation or the application of this convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by application of any party to such a dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement”

Essendo la *Rule of Abstention* direttamente rilevante ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione della convenzione, il giudice nazionale che non si uniformasse alla stessa esporrebbe il proprio Stato di appartenenza alla rivendicazione internazionale, ai sensi dell'articolo 64, da parte dello Stato parte della controversia o dello Stato di appartenenza dell'investitore<sup>413</sup>.

La possibilità, per le parti di un arbitrato ICSID, di fare legittimamente ricorso alle corti nazionali per ottenere da queste un provvedimento conservativo di natura cautelare è controversa.

Una prima interpretazione della convenzione porta a ritenere che le sole misure cautelari nella disponibilità delle parti siano quelle che possono essere raccomandate dal tribunale ICSID stesso, di propria iniziativa o a richiesta di parte<sup>414</sup>.

Questa impostazione, che ha trovato il sostegno di una vasta giurisprudenza, è chiaramente orientata a preservare il sistema ICSID nella sua autonomia, salvaguardando il delicato bilanciamento di interessi tra Stati ospitanti ed investitori che questo comporta<sup>415</sup>.

I detrattori di questa interpretazione propongono una diversa lettura della questione, secondo la quale le parti sarebbero legittimate a richiedere assistenza alle corti nazionali se necessario, come nei casi in cui venga richiesta una misura urgente prima che il tribunale ICSID si sia costituito. Naturalmente ogni

---

G. R. Delaume, art. cit.  
W. Peter, op. cit. p. 314.  
W. Peter, op. cit. p. 314.

decisione deve essere assunta da un giudice dotato della giurisdizione per ordinare misure conservative esecutive.

Questa interpretazione è stata fatta propria dalla “Court de Cassation” francese, secondo la quale la convenzione non mira a proibire il ricorso ai giudici nazionali per richiedere misure conservative volte a garantire l’esecuzione del futuro

lodo<sup>416</sup>.

La decisione poggia sulla distinzione tra misure volte a garantire l’esecuzione del futuro lodo e le altre misure, operata fra i provvedimenti di natura cautelare. Dal punto di vista dei professionisti del diritto, questa seconda linea interpretativa può risultare preferibile; cionondimeno la questione è stata affrontata dal centro stesso, con la pubblicazione delle revisionate ICSID Arbitration Rules, la cui rule 39 dispone infatti che:

“Nothing in this rule shall prevent the parties, provided that they have so stipulated in the agreement recording their consent, from requesting any judicial or other authority to order provisional measures, prior to the institution of the proceeding, or during the proceeding, for the preservation of their respective rights and interests”.

Ne risulta quindi che, in assenza di una specifica previsione nel contratto o nel BIT di riferimento, le parti non sono legittimate a richiedere l’assistenza delle corti nazionali. Ne consegue che le parti interessate a conservare la possibilità di ottenere l’intervento del giudice nazionale, limitatamente alle misure cautelari, debbano prevederlo espressamente<sup>417</sup>.

---

W. Peter, op. cit. p. 314.  
W. Peter, op. cit. p. 315.

## “Additional Facility Rules”, l’estensione della giurisdizione

### ICSID:

Nonostante le considerazioni già svolte in merito all’assenza di una definizione di “investimento” ai fini della convenzione, la giurisdizione del centro ICSID, per come è delineata dal dettato dell’articolo 25, risulta sufficientemente dettagliata da non consentire interpretazioni particolarmente estensive della disposizione<sup>418</sup>.

Con il precipuo scopo di seguire le intenzioni degli autori della convenzioni, circa la possibilità di applicare<sup>419</sup> la stessa nel senso maggiormente estensivo, l’ICSID nel 1978 istituì l’Additional Facility per l’amministrazione della conciliazione e dell’arbitrato nonché dei procedimenti di “fact finding”.

Da allora questo strumento consente di ricondurre alla giurisdizione del centro controversie che ne sarebbero, altrimenti, rimaste escluse.

Si fa riferimento a circostanze particolari, come quelle che vedono quali parti della controversia un cittadino di uno Stato non contraente oppure uno Stato ospitante l’investimento che non sia parte della convenzione<sup>420</sup>.

L’introduzione di questo meccanismo ha consentito di sottoporre ugualmente l’arbitrato tra queste parti alle regole ICSID, sebbene si riscontrino alcune, inevitabili, conseguenze su profili di rilievo assoluto quali il riconoscimento e l’esecuzione del lodo.

Le pronunce rese in base alle Additional Facility, infatti, non beneficiano delle caratteristiche di automaticità e semplicità di esecuzione<sup>421</sup> proprie del lodo

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 24.

C. F. Giancola, op. cit. p. 24.

C. F. Giancola, op. cit. p. 25.

Vedi infra al capitolo quarto, paragrafo 5.

ICSID in senso stretto, ma la loro circolazione avviene ai sensi della convenzione di New York.

Perché la disputa possa svolgersi sotto l'egida del centro, è inoltre necessaria l'approvazione da parte del segretario generale dello stesso, da domandarsi, di regola, precedentemente all'istituzione dei procedimenti ed in ogni caso prima della conclusione degli stessi.

Il consenso del segretario, ai sensi dell'articolo 4 della convenzione, è sempre concesso qualora le parti acconsentano inoltre a che la controversia si sottoposta alle regole di conciliazione ed arbitrato della convenzione, in luogo dell'Additional Facility, per il caso in cui, in pendenza del procedimento, ambedue gli Stati coinvolti (lo Stato ospitante e quello di nazionalità dell'investitore) divengano parti della convenzione stessa<sup>422</sup>.

Analogamente a quanto avviene per le normali clausole ICSID, il centro predispone delle "Model Clauses" che le parti possono inserire nei loro accordi al fine di consentire la giurisdizione del centro attraverso il meccanismo supplementare.

Grazie all'Additional Facility il centro ICSID può ritenersi competente, in presenza dell'accordo delle parti, anche in casi nei quali la controversia coinvolge uno Stato non firmatario della convenzione; nei quali, benché ambedue gli Stati coinvolti siano contraenti, la disputa non sia in relazione con un'operazione di investimento; non si sia in presenza di un'effettiva controversia, ma di un mero accertamento di fatti<sup>423</sup>.

L'articolo 46 delle Additional Facility, prevedendo la possibilità che qualsiasi autorità giudiziale competente assuma, a richiesta delle parti, misure ad interim

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 25.

C. F. Giancola, op. cit. p. 26.

e conservative indipendentemente dal previo consenso espresso dalle parti,  
segna una leggera differenza rispetto ai procedimenti ICSID in senso stretto.

## Capitolo Quarto:

### il procedimento arbitrale ICSID:

**sommario:** 1 Gli atti introduttivi nell'arbitrato ICSID. - 2 La costituzione del tribunale arbitrale. - 3 Sede dell'arbitrato. - 4 La legge applicabile al merito della controversia. - 4.1 La regola del *non liquet*. - 4.2 La decisione *ex aequo et bono*. - 4.3 I rapporti tra diritto nazionale ed internazionale. - 4.4 I tribunali ICSID e i principi generali del diritto. - 5 Il lodo: riconoscimento ed esecuzione. - 6 I mezzi di ricorso avverso il lodo ICSID. - 6.1 I motivi di annullamento (segue).

6.2 Impugnazione parziale ed effetti dell'annullamento. - 7 I costi delle procedure ICSID. - 8 Considerazioni conclusive sul sistema ICSID.

La convenzione di Washington disciplina due metodologie di composizione delle liti: conciliazione ed arbitrato<sup>424</sup>. La conciliazione è un procedimento che mira ad assistere le parti nel tentativo di raggiungere un accordo stragiudiziale. Per esperire questo metodo è necessario il consenso di entrambe le parti.

L'accordo eventualmente raggiunto dalle parti viene inserito in una relazione redatta dalla commissione, che indica anche l'oggetto della disputa. La conciliazione è un procedimento più informale, il cui risultato non ha effetti vincolanti sulle parti<sup>425</sup>.

L'arbitrato, per converso, è un metodo di soluzione delle controversie caratterizzato da una più marcata formalità procedimentale ed al cui esito è resa una decisione i cui effetti vincolano le parti, le quali possono agevolmente ottenere il riconoscimento e l'esecuzione della stessa<sup>426</sup>.

---

E. Moul, art. cit.

E. Moul, art. cit.

Vedi meglio infra paragrafo 4.



Tra i procedimenti che si svolgono secondo la disciplina prevista dalla convenzione la netta maggioranza assume le forme dell'arbitrato. Qualora l'accordo tra due parti a favore della giurisdizione ICSID preveda ambedue le possibilità, la parte attrice opterà per il procedimento in forma arbitrale, poiché in questo caso che avrà la sicurezza che i propri sforzi in termini di tempo ed i costi sostenuti si tradurranno in un provvedimento conclusivo vincolante<sup>427</sup>.

### **Gli atti introduttivi nell'arbitrato ICSID:**

La procedura arbitrale ha il suo inizio nel momento nel quale una delle due parti presenta istanza al Segretario generale del centro<sup>428</sup>.

La parte attrice, nell'istanza, dovrà fornire prove sufficienti dell'avvenuto accordo tra le parti a favore dell'arbitrato, nonché indicare tutte le informazioni rilevanti al fine di consentire l'individuazione delle parti e dell'oggetto della controversia<sup>429</sup>.

Con la registrazione della domanda, ad opera del segretario Generale, la procedura ha il suo inizio. È nella facoltà del Segretario Generale rifiutare di registrare la domanda proposta dalla parte, qualora ravvisi che questa ecceda manifestatamente la sfera di competenza del centro, non soddisfacendo i requisiti previsti dalla convenzione<sup>430</sup>.

---

E. Moul, art. cit.

E. Moul, art. cit.

P. Bernardini, op. cit. p. 281.

Per questi si rinvia supra al capitolo terzo.

### La costituzione del tribunale arbitrale:

I procedimenti arbitrali in materia di investimenti che si svolgono secondo la convenzione di Washington, sono decisi da tribunali indipendenti.

Nella maggioranza dei casi il tribunale arbitrale è composto da tre membri: un arbitro nominato dall'investitore, uno dallo Stato ospitante ed un terzo, che svolge la funzione di presidente del tribunale arbitrale, individuato con il consenso di entrambe le parti<sup>431</sup>.

Il centro ICSID si preoccupa di mantenere sempre aggiornata una lista di personalità che possono essere nominate quali arbitri, nota come "ICSID Panel of Conciliators and of Arbitrators"<sup>432</sup>, al fine di agevolare le parti nell'individuazione dei soggetti adeguati<sup>433</sup>. È nell'articolo 3<sup>434</sup> della convenzione che questa pratica trova la sua disciplina; mentre è con l'articolo 14<sup>435</sup> che la convenzione stessa si preoccupa di assicurare che i soggetti inseriti nelle predette liste posseggano dei requisiti atti a garantire la bontà ed imparzialità del loro giudizio, richiedendo il possesso di talune specifiche competenze<sup>436</sup>.

La convenzione ammette anche che le parti in causa decidano di nominare delle personalità non ricomprese nelle predette liste che ugualmente riscontrino la loro fiducia, ma richiede che anche questi, diversi, soggetti posseggano le qualità richieste dall'articolo 14: alto spessore morale; competenze riconosciute in materia legale; commerciale; dell'industria o della finanza. La competenza in

---

E. Moul, art. cit.

Per la composizione del Panel vedi supra al capitolo terzo, paragrafo 1.

E. Moul, art. cit.

Vedi allegato 1.

Vedi allegato 1.

J. Cherian, art. cit.

materia legale è indicata come particolarmente importante per gli arbitri del Panel<sup>437</sup>.

Peraltro la formulazione letterale dell'articolo 14 non indica quale assolutamente necessario il requisito dello studio in materie giuridiche. Circostanza che solleva interrogativi in presenza di arbitri, nominati dalle parti o dal presidente del Consiglio di Amministrazione, i quali non siano esperti in materia legale, in virtù dell'essere l'arbitrato un metodo giudiziale di soluzione delle controversie. Limitatamente agli arbitri nominati dal Segretario Generale, una rassicurazione deriva dalla necessità che questi, ai sensi dell'articolo 14, nell'individuazione dei soggetti da nominare, debba tenere conto dell'importanza a che tutti i principali sistemi legali del mondo siano adeguatamente rappresentati<sup>438</sup>.

Dopo aver ricevuto, da parte di un qualsiasi Stato contraente, o di un investitore nazionale di uno Stato firmatario della convenzione, la richiesta per l'istituzione di un procedimento arbitrale, il tribunale arbitrale è bene che venga costituito nel più rapido tempo possibile. Questo può constare di un unico arbitro così come di un qualsiasi numero, non pari, di arbitri. In assenza di esplicito accordo delle parti circa la consistenza numerica del tribunale arbitrale, questo conterà di tre arbitri: uno nominato da ciascuna parte della vertenza ed il presidente, nominato da entrambe di comune accordo<sup>439</sup>.

Se il tribunale non vede la sua costituzione entro il novantesimo giorno, a decorrere da quello nel quale il Segretario Generale ha registrato la domanda scritta di arbitrato, sta al presidente del Consiglio di Amministrazione

---

J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.

nominare, alternativamente, il singolo arbitro o tutti gli arbitri del tribunale, riferendosi al numero di componenti eventualmente pattuito dalle parti<sup>440</sup>.

Diversamente da quanto avviene con le nomine ad opera delle parti, gli arbitri scelti in questa seconda circostanza devono obbligatoriamente essere di nazionalità differenti rispetto a quelle delle parti in causa<sup>441</sup>.

Prima di prendere in mano la procedura arbitrale, tutti i membri del tribunale devono firmare una dichiarazione, con la quale si impegnano a giudicare la questione loro sottoposta in modo imparziale nel rispetto della legge a questa applicabile. Il tribunale è giudice della sua stessa competenza ed ha inoltre il potere di giudicare sull'estensione della propria giurisdizione<sup>442</sup>.

Nel minore tempo possibile, dopo che il tribunale si è costituito, il presidente dello stesso ed i suoi componenti devono indirizzare i loro sforzi nell'accertare le posizioni delle parti circa le questioni di procedura inclusi: il quorum del tribunale nell'assumere le decisioni; la lingua del procedimento; aspetti relativi alla procedura orale o scritta; nonché i costi del procedimento<sup>443</sup>.

Questa regola contribuisce in maniera significativa a realizzare un clima di cooperazione tra portatori di interessi contrapposti, che è caratteristica saliente del meccanismo delineato dalla convenzione<sup>444</sup>, e va a costituire un concreto quadro di regole procedurali<sup>445</sup>.

Questo passaggio preliminare, in veste consultiva, operato dal tribunale, può inoltre aiutare le parti ad addivenire ad un accordo, laddove questo non sia intervenuto anticipatamente insieme con il consenso all'arbitrato nella clausola

---

J. Cherian, art. cit.

J. Cherian, art. cit.

J. Cherian, art. cit.

J. Cherian, art. cit. e P. Bernardini, op. cit. p. 282.

Vedi supra al capitolo terzo, paragrafo 1.

P. Bernardini, op. cit. p. 282.

ISDS, su alcune tematiche rilevanti quali: la raccolta delle prove; l'ammissibilità di un eventuale contro-reclamo; la legge applicabile; o la possibilità che il tribunale decida *ex aequo et bono*<sup>446</sup>.

Le regole ICSID prendono in considerazione, inoltre, gli aspetti relativi alla riservatezza dei provvedimenti, cui decidano un'apposita disciplina.

Ad ogni arbitro è richiesto di firmare una dichiarazione mediante la quale questi si vincola a mantenere confidenziali tutte le informazioni relative al procedimento arbitrale, nonché i contenuti delle pronunce<sup>447</sup>.

inoltre limitata la partecipazione alle udienze, cui sono ammessi unicamente: i membri del tribunale; le parti; i loro difensori e rappresentanti; i testimoni ed i periti.

Nel 2006 le regole ICSID sono state emendate relativamente a questi aspetti, in vista di una maggiore trasparenza dei procedimenti. È quindi permesso, ad ora, che terze parti partecipino alle udienze, previo il consenso di ambedue le parti. Cionondimeno solo i membri del tribunale possono partecipare alle deliberazioni e le stesse devono rimanere coperte da segreto, salvo che i suoi componenti non dispongano in senso contrario<sup>448</sup>.

Ai sensi della convenzione, infatti, il tribunale è inibito dal rendere pubblici i lodi, salvo il caso in cui non sia intervenuto il parere, favorevole e vincolante, delle parti della controversia. Il centro in ogni caso ha sempre ottenuto il consenso necessario alla pubblicazione delle decisioni con una certa facilità<sup>449</sup>.

Prima che intervenissero le novelle del 2006, le regole ICSID prevedevano che i tribunali avessero comunque un certo margine di discrezione nel pubblicare

---

J. Cherian, art. cit.  
E. Moul, art. cit.  
E. Moul, art. cit.  
E. Moul, art. cit.

estratti delle loro decisioni che fossero sufficienti a rivelare il ragionamento

giuridico a sostegno della decisione adottata<sup>450</sup>.

In uno sforzo verso una maggiore trasparenza, le modifiche intervenute nei regolamenti dispongono ora nel senso di una necessaria pronta pubblicazione degli estratti menzionati, rendendo di fatto più accessibili al pubblico i ragionamenti sottesi alle decisioni dei tribunali internazionali in materia di investimenti, da sempre oggetto di critiche<sup>451</sup>.

Rimane salva la necessaria acquisizione del consenso di entrambe le parti per una pubblicazione integrale delle pronuncia<sup>452</sup>.

I regolamenti ICSID rimangono invece silenti circa un eventuale, implicito, obbligo di riservatezza circa gli atti del procedimento. In un caso il tribunale ha rilevato che entrambe le parti dovrebbero, nel loro esclusivo interesse, astenersi dal tenere qualsiasi comportamento che potrebbe aggravare o acuire la controversia<sup>453</sup>.

In ingenerale i tribunali hanno concordato nel senso di ritenere che, sotto le regole ICSID, le parti sono libere di dare diffusione ad ogni informazione relativa al procedimento arbitrale.

Per ovviare a situazioni di conflitto non è infrequente che le parti, negli IIA, accanto alle previsioni di ISDS, predispongano patti di riservatezza relativi agli eventuali arbitrati, aggiungendo, affianco alle regole del tribunale arbitrale, una protezione ulteriore<sup>454</sup>.

---

E. Moul, art. cit.  
Vedi infra al capitolo quinto.  
E. Moul, art. cit.  
E. Moul, art. cit.  
E. Moul, art. cit.

### **La sede dell'arbitrato:**

La sede dell'arbitrato, di norma, è presso la sede del centro: Washington<sup>455</sup>. Le parti, con il loro accordo, possono però optare a favore de L'Aia, in qualità di sede della Corte Permanente di Arbitrato, oppure per una delle sedi con le quali l'ICSID ha stretto rapporti di collaborazione, quali sono quello di Kuala Lumpur e de Il Cairo<sup>456</sup>.

ammissibile inoltre una qualsiasi altra località, individuata dalle parti, che sia approvata al tribunale dopo una consultazione con il Segretario Generale, ai sensi degli articoli 62 e 63<sup>457</sup> della convenzione<sup>458</sup>.

Alla luce dei rilievi già compiuti<sup>459</sup> circa i caratteri di autonomia ed esclusività del meccanismo arbitrale disciplinato della convenzione di Washington, emerge come la particolare localizzazione della sede di una siffatta procedura non assuma rilievo alcuno, né per quanto concerne l'eventuale applicabilità di norme di legge nazionali, né per quanto riguarda i profili di riconoscimento ed esecuzione della decisione<sup>460</sup>.

### **La legge applicabile al merito della controversia:**

In ogni arbitrato questione cruciale è l'individuazione della legge applicabile al merito della controversia. Questa fondamentale questione trova disciplina, come è naturale, anche nella convenzione di Washington, all'articolo 42<sup>461</sup>.

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 28.  
P. Bernardini, op. cit. p. 282.  
Vedi allegato 1.  
P. Bernardini, op. cit. p. 282.  
Vedi supra capitolo terzo, paragrafo 3.  
P. Bernardini, op. cit. p. 282.  
P. Bernardini, op. cit. p. 283.

Nonostante la sua fondamentale importanza, la portata dell'articolo 42 è spesso trascurata dagli investitori privati, i quali mirano a trovare una garanzia per il loro investimento e la sua redditività in altre disposizioni del contratto di investimento, piuttosto che curare la scelta della legge applicabile<sup>462</sup>.

“The tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the tribunal shall apply the law of the contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

The tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law.

The provision of paragraphs 1 and 2 shall not prejudice the power of the tribunal to decide a dispute ex aequo et bono if the parties so agree.”<sup>463</sup>

Appare chiaro, dal primo comma dell'articolo, come questo riconosca la teoria soggettiva della scelta della legge applicabile, fondata sul principio di autonomia delle parti<sup>464</sup>.

La prima frase del testo sembra costruita come un implicito rifiuto di quelle teorie

che vedono i contratti tra Stati ed investitori privati come

*denazionalizzati*<sup>465</sup>, ovvero come legalmente autosufficienti, capaci di esistere indipendentemente da qualsivoglia riferimento ad un sistema giuridico, sia esso nazionale o internazionale<sup>466</sup>.

---

P. Bernardini, op. cit. p. 283.

Per il testo tradotto vedi allegato 1

J. Cherian, art. cit.

P. Bernardini, op. cit. p. 282.

J. Cherian, art. cit.



L'adesione a questa impostazione farebbe della scelta circa la legge applicabile al merito della controversia, che le parti sono libere di individuare per le future liti relative al loro rapporto, un elemento di importanza centrale<sup>467</sup>.

La piena libertà di scelta concessa alle parti può condurre all'adozione di un qualsiasi sistema giuridico o anche combinazione di più sistemi diversi, essendo le parti stesse libere di pattuire in favore dell'applicazione della legge dello Stato ospitante, o di questa ma con opportune modificazioni od esclusioni; o viceversa a favore della legge dello Stato di nazionalità dell'investitore o ancora di uno Stato terzo, con o senza il riferimento alle limitazioni dovute al diritto internazionale, per come definito all'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia<sup>468</sup>.

Quale che sia l'indicazione espressa dalle parti con il loro consenso circa la legge applicabile, il tribunale ICSID è vincolato al rispetto di questa. Consentendo, allo stesso modo, alle parti che lo ritengano corrispondente al proprio interesse, di restringere il potere del tribunale nell'applicare la legge dello Stato ospitante o il diritto internazionale ai sensi del secondo comma dello stesso articolo 42<sup>469</sup>. Per quanto attiene al modo nel quale, le parti che lo vogliano, devono manifestare il loro consenso, è da escludersi l'idea che l'autonomia della volontà, pur rimanendo il principio reggente la scelta in materia di legge applicabile nel sistema delineato dalla convenzione, comporti il potere, in capo agli arbitri, di individuare una volontà implicita delle parti, ricavando quindi la scelta della

---

J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.

legge non da un'apposita disposizione contrattuale, bensì da una serie di altri elementi dai quali desumere la scelta<sup>470</sup>.

Concedere un simile potere all'arbitro regalerebbe a questi un margine eccessivamente ampio di apprezzamento nella scelta della legge applicabile, in contrasto con la *ratio* che si evince da un'attenta analisi della norma: l'accento posto dall'articolo sul necessario accordo delle parti; la predisposizione di un meccanismo alternativo in assenza di tale accordo; la palese finalità di accrescere il margine di sicurezza e prevedibilità della disciplina giuridica di un rapporto connotato da elementi di forte complessità, quale quello tra uno Stato ed un privato; il rilievo che, solitamente, la mancanza di pattuizione in merito alla legge applicabile è da imputarsi all'impossibilità, per le parti, di addivenire ad un punto di accordo, sono tutti elementi che dispongono a favore della necessità di un accordo in forma espressa per evitare l'applicazione del meccanismo sussidiario previsto dall'articolo 42<sup>471</sup>.

In riferimento ai contenuti dell'accordo in materia di legge applicabile, taluni hanno visto nella norma una conferma della più ampia libertà di scelta, a favore delle parti, in ordine ai principi regolatori del contratto, salvo il limite del contratto *denazionalizzato* ed *autosufficiente*, che trova d'accordo quasi tutti i commentatori della convenzione<sup>472</sup>.

Il riferimento, nel testo della disposizione, alle "rule of law"<sup>473</sup>, costituisce comunque un limite alla possibilità di una scelta delle parti che miri ad escludere l'applicazione del meccanismo sussidiario di individuazione della legge

---

P. Bernardini, op. cit. p. 284.

P. Bernardini, op. cit. p. 285.

P. Bernardini, op. cit. p. 285.

Mauro Rubino-Sammartano, *L'Arbitrato Internazionale*, CEDAM; Padova (1989), p. 109.

applicabile<sup>474</sup>. Si evince, infatti, che le regole richiamate dalle parti con il loro accordo debbano essere connotate da *giuridicità*: poiché espressive della volontà di un dato ordinamento o gruppo sociale, non necessariamente statale, ma tale da poter porre in essere norme che siano considerate quali vincolanti dai soggetti che ne sono parte.

Quali esempi di una scelta indirizzata in questo senso si possono citare: il richiamo, contestuale, ai principi comuni a due diversi ordinamenti giuridici, lo

Stato ospitante e quello di origine dell'investitore, c.d. *tronc commun*<sup>475</sup>; il rinvio ad una parte soltanto del sistema nazionale richiamato (il solo diritto amministrativo o commerciale); il diritto dello Stato ospitante, congelato alla data in cui l'accordo si perfeziona; il richiamo a più ordinamenti diversi, ciascuno applicabile con riferimento a parti specifiche del contratto di investimento, qualora questo sia scomponibile in sezioni individualmente considerabili<sup>476</sup>.

Non è pacifica la teoria che consente a che il richiamo possa avere ad oggetto una convenzione internazionale non ancora ratificata; la *lex mercatoria*; o i principi generali del diritto. Un richiamo a norme quali sono quelle evidenziate si presta indubbiamente a notevoli problematiche, poiché se fosse richiamata quale legge esclusiva difficilmente potrebbe esaurire la disciplina di un rapporto con un grado di complessità come quello che si riscontra negli investimenti internazionali, proprio a cagione della genericità ed indeterminatezza dei suoi contenuti<sup>477</sup>.

---

P. Bernardini, op. cit. p. 285.

M. Rubino-Sammartano, op. cit. p. 109.

P. Bernardini, op. cit. p. 285.

P. Bernardini, op. cit. p. 286.

Risulta per altro evidente la ragione sottesa a richiami di questo tipo: sottrarre il contratto di investimento alla possibilità che questo divenga alterato, con riferimento all'equilibrio delle prestazioni e delle condizioni, da una modifica delle proprie norme di legge nazionale, applicabili, ad opera dello Stato ospitante.

A Scongiurare tale ipotetica e spiacevole conseguenza, basterebbe però che le parti si limitassero a richiamare, congiuntamente alla legge nazionale dello Stato ospitante, anche il diritto internazionale: soluzione che, incredibilmente, le parti non sempre hanno l'accortezza di predisporre<sup>478</sup>.

Tra le più delicate questioni sollevate dall'articolo 42 infatti, vi è il caso in cui le parti abbiano optato per richiamare la legge nazionale dello Stato ospitante, senza ulteriori specificazioni e qualificazioni, ed in particolare omettendo di richiamare, congiuntamente a quella, il diritto internazionale. L'eventualità è, nella pratica, ben più di un'ipotesi teorica. Questo è dovuto alla circostanza che vede molti Stati porre, come condizione per prestare il loro consenso a sottoporre le eventuali liti originatesi nel contesto del rapporto di investimento al meccanismo convenzionale di soluzione di queste, l'applicazione della propria legge locale<sup>479</sup>.

L'interrogativo che consegue al verificarsi di queste situazioni è se rientri, o meno, nelle facoltà del tribunale, la possibilità di applicare ugualmente, di propria iniziativa, il diritto internazionale; come farebbe, ai sensi del secondo comma, nel caso in cui le parti nulla avessero disposto<sup>480</sup>.

---

P. Bernardini, op. cit. p. 286.

P. Bernardini, op. cit. p. 286.

P. Bernardini, op. cit. p. 286.

Apparirebbe insoddisfacente che in un sistema come quello delineato dalla convenzione di Washington, il diritto internazionale potesse essere preso in considerazione solamente nei casi in cui le parti abbiano mantenuto il silenzio circa l'eventuale scelta della legge applicabile<sup>481</sup>. L'intero sistema ICSID, a cominciare dalla temporanea rinuncia alla protezione diplomatica dello Stato di provenienza dell'investitore, disposta dall'articolo 27<sup>482</sup>, sino al sistema, fondato sull'autonomia, di riconoscimento ed esecuzione<sup>483</sup>, spinge ad abbracciare un'interpretazione secondo la quale esisterebbe una condizione implicita quale necessario presupposto per l'applicazione della legge nazionale dello Stato ospitante: ovvero la circostanza che questa sia conforme al diritto internazionale pubblico, allo sviluppo del quale contribuiscono, da anni, anche i paesi importatori di investimenti ed in via di sviluppo<sup>484</sup>.

Una diversa lettura della questione "implicherebbe accettare che gli Stati contraenti abbiano inteso collocare a livello di obblighi internazionalmente tutelati e perseguibili, il complesso di garanzie ed i particolari effetti scaturenti dal sistema voluto dalla convenzione; ed ammettere nello stesso tempo, che una legge statale in contrasto con il diritto internazionale possa trovare cittadinanza nell'ambito di questo sistema"<sup>485</sup>.

Il comma secondo dell'articolo 42 della convenzione è dedicato ad un sistema sussidiario, volto all'individuazione della legge applicabile qualora le parti non abbiano provveduto, con il loro consenso, alla sua indicazione. Questo può avvenire in quanto le parti non sono riuscite a trovare un punto di incontro sulla

---

P. Bernardini, op. cit. p. 287.  
Vedi allegato 1.  
Vedi infra al paragrafo 5.  
P. Bernardini, op. cit. p. 287.  
P. Bernardini, op. cit. p. 287.

questione, ma anche qualora queste abbiano ritenuto che il tribunale fosse un soggetto meglio qualificato per assumere questo tipo di decisione<sup>486</sup>.

Quando si versi in questa situazione, il secondo periodo dell'articolo 42 indica al tribunale due fonti cui riferirsi: in primis la legge nazionale dello Stato in cui l'investimento è ospitato e successivamente, al diritto internazionale pubblico<sup>487</sup>.

Con la predisposizione di questo sistema, teso ad indirizzare il tribunale, la convenzione di Washington elimina le possibili ambiguità relative ad una questione, di importanza cruciale, quale è l'individuazione della legge applicabile al merito della controversia<sup>488</sup>.

Non vi sono perplessità circa l'appropriatezza che la scelta ricada, in primis, sulla legge nazionale dello Stato ospitante ogniqualvolta che, in una procedura arbitrale, sogli la questione relativa alla scelta delle legge applicabile al merito di una controversia in materia di investimenti; si ricorda però come il settore degli investimenti internazionali, dalle sue origini, abbia assunto una rilevanza particolare in relazione alle operazioni svolte in paesi in via di sviluppo<sup>489</sup>, la cui legislazione nazionale potrebbe presentare lacune tali, che il tribunale ICSID investito di una controversia venga a trovarsi nell'impossibilità di addivenire alla sua decisione basandosi esclusivamente su quella legge<sup>490</sup>.

Poiché la convenzione vieta ai tribunali ICSID di arrestare il procedimento con un "non liquet"<sup>491</sup>, l'articolo 42 dispone che il tribunale ricerchi altrove una legge applicabile, per sopperire a quella inadeguata dello Stato ospitante.

---

J. Cherian, art. cit.  
P. Bernardini, op. cit. p. 287.  
J. Cherian, art. cit.  
Vedi supra al capitolo primo.  
J. Cherian, art. cit.  
Vedi infra al paragrafo 4.1.

Il tribunale potrà allora ricorrere all'applicazione delle norme statali sul conflitto di leggi per individuare un diverso corpo normativo applicabile, o fare riferimento ai principi di diritto internazionale pubblico applicabili<sup>492</sup>.

Per quanto riguarda il significato attribuibile a “diritto internazionale”, ai sensi della presente disposizione, indicazioni utili vengono dal rapporto del direttore esecutivo della Banca Mondiale del 18 Marzo 1965. In questo è espressamente indicato come il concetto debba interpretarsi nel senso espresso dall'articolo 38 dello statuto della Corte Internazionale di Giustizia; rinvio motivato dalla circostanza che tale articolo è stato redatto in vista della sua applicazione a controversie internazionali<sup>493</sup>.

Il rinvio al diritto internazionale è considerato, sin dai primi commenti alla convenzione, uno degli elementi cruciali del sistema che questa dispone. A sottolineare ulteriormente la rilevanza attribuita a questo, va notato come la disposizione di cui al secondo comma dell'articolo 42 abbia raggiunto la sua formulazione attuale attraverso un percorso che consta di almeno tre passaggi, cui corrispondono diverse stesure dell'articolo, evolutesi di volta in volta grazie alla discussione sviluppatasi in seno a diversi consessi<sup>494</sup>.

Una stesura preliminare, sottoposta ad all'esame dei rappresentanti dei governi, riuniti in veste consultiva in un convegno regionale, affrontava il tema in questi termini:

“In the absence of agreement between the parties concerning the law to be applied, and unless the parties shall have given the tribunal the power to decide *ex aequo et bono*, the tribunal shall decide the dispute submitted to it in accordance with rules of law,

---

J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.

whether national or international, as it shall determine to be applicable”.

Benché la maggioranza degli esperti in materia legale presenti all’incontro avesse ritenuto la disposizione fondamentalmente accettabile, furono sollevate alcune obiezioni<sup>495</sup>.

I rappresentanti di alcuni paesi, tradizionalmente importatori di investimenti (Thailandia, Cina ed India), obiettarono rilevando l’inappropriatezza, a loro avviso, di una disposizione che concedeva al tribunale libertà di scelta circa l’eventuale applicazione del diritto internazionale. A sostegno e motivazione dell’osservazione si asserì che un’operazione di investimento in un paese terzo implica, da parte dell’investitore, il consenso a che il diritto interno di quel paese regoli il contratto in ogni suo aspetto. Quindi il tribunale dovrebbe applicare quello ed essere invece inibito dall’applicare il diritto internazionale, se non in ragione di uno specifico accordo in tale senso ad opera delle parti<sup>496</sup>.

Di senso opposto il parere del presidente del convegno regionale. Questi<sup>497</sup> ritenne la disposizione incettabile in ragione dei seguenti rilievi: non vi è alcuna ragione di ritenere che le parti debbano provvedere specificatamente ad attribuire al tribunale il potere di fare ciò che ogni tribunale, che si trovi a giudicare su di una transazione connotata da elementi di internazionalità, deve fare<sup>498</sup>. Lo scopo fondamentale della convenzione è quello di stabilire una giurisdizione internazionale ed è ragionevole ritenere che un tribunale internazionale abbia il potere di applicare il diritto internazionale, salvo il caso in cui gli sia specificatamente vietato.

---

J. Cherian, art. cit.

J. Cherian, art. cit.

Aron Broches (1914 -1997).

J. Cherian, art. cit.



Ciò posto, anche un tribunale internazionale ha il compito di guardare, dapprima, alla legge nazionale nel giudicare sulle controversie relative al rapporto, dal momento che è questa a governare la relazione tra Stato ospitante ed investitore in prima istanza, ricorrendo al diritto internazionale solo quando la legge nazionale sia in violazione dello stesso<sup>499</sup>.

Alla luce delle considerazioni emerse attorno alla stesura preliminare, la prima formulazione della convenzione viene portata in un apposito comitato di delegati della Banca Mondiale per ulteriori considerazioni. L'articolo dedicato alla legge applicabile era in allora il 45:

“In the absence of agreement between the parties concerning the law to be applied, the tribunal shall decide the dispute submitted to it in accordance with such rules of national and international law as it shall determine to be applicable. The term “international law” shall be understood in the sense given to it by article 38 of the statute of the International Court of Justice”.

Questa nuova formulazione non riflette alcune delle critiche portate alla stesura preliminare, rivelatesi minoritarie<sup>500</sup>.

Sono due le novità significative: innanzitutto compare per la prima volta una definizione di diritto internazionale, in risposta ai dubbi sollevati circa l'effettivo significato del richiamo; inoltre il sistema sussidiario non invita più il tribunale ad applicare il diritto dello Stato contraente o il diritto internazionale; bensì il diritto nazionale e quello internazionale, per fugare ogni dubbio sull'eventualità che il tribunale debba scegliere tra l'uno e l'altro<sup>501</sup>.

---

J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.

Come in sede di discussione sulla stesura preliminare, il riferimento al diritto internazionale porta alcuni delegati a muovere delle critiche. Taluni osservano come il tribunale non possa essere autorizzato ad apportare modifiche alla legge nazionale di uno Stato e che nessun'altra legge, al di fuori di questa, possa essere applicata al rapporto. Si spingono, inoltre, a sostenere che nemmeno il consenso delle parti possa essere legittimato a sovvertire tale principio<sup>502</sup>.

Altri obiettano rilevando come i contratti tra privati e Stati non siano mai stati governati dal diritto internazionale ed a disporre in tale senso debba intervenire, più appropriatamente, la "International Law Commission". Inoltre il richiamo generico al "diritto internazionale" viene considerato eccessivamente generico, laddove sarebbe bene enucleare e chiarire i singoli principi che le parti si impegnano a rispettare, prima di siglare la convenzione. Altri, ancora, osservano come il diritto internazionale dovrebbe essere applicabile solamente nei casi nei quali la legge nazionale prevede ciò. I principi generali di diritto internazionale, infatti, sono incorporati nelle leggi di molti Stati e verranno applicati nel caso si rilevino azioni discriminatorie<sup>503</sup>.

Non sono mancate, come è naturale, anche le osservazioni di segno opposto. Alcuni delegati si sono fatti carico di sottolineare come molte corti nazionali siano tenute ad applicare tanto il diritto nazionale, quanto quello statale; rilevando quindi il paradosso che risulterebbe qualora si prevedesse in senso diverso per quanto riguarda un tribunale internazionale per definizione. Viene, infine, messa in luce la possibilità, ai sensi del primo comma, che le parti

---

J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.

escludano l'applicabilità del diritto internazionale, nel caso in cui ritengano questo assetto più aderente ai loro interessi<sup>504</sup>.

Il comitato di delegati, preso atto delle osservazioni, adotta quindi a maggioranza il testo finale del secondo comma dell'articolo 42, il quale fa salva la possibilità per i tribunali di applicare il diritto internazionale qualora la legge statale sia lacunosa<sup>505</sup>.

Dal testo definitivo adottato scompare invece il rinvio alla definizione di "diritto internazionale" di cui all'articolo 38 dello statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

#### **4.1) La regola del "non liquet":**

La possibilità per un tribunale ICSID di concludere il procedimento senza pronunciarsi, motivando con l'asserzione che tanto la legge nazionale, quanto il diritto internazionale, non forniscono indicazioni sufficienti, o sufficientemente chiare, per addivenire ad una decisione (circostanza nota come "non liquet") è espressamente esclusa dal dettato dell'articolo 42<sup>506</sup>.

La previsione, presente già nel testo preliminare, non è mai stata oggetto di rilevanti obiezioni ed è quindi confluita nel testo definitivo della convenzione licenziato dal comitato di delegati.

Il problema del "non liquet", talvolta, viene erroneamente ricondotto sotto il cappello del più ampio concetto di non giustiziabilità; laddove questa è la prevalenza di un interesse statale *contra*, o al limite *extra, legem*; mentre il "non liquet" si verifica quando una normativa, esaustiva ed appropriata per dirimere

---

J. Cherian, art. cit.  
P. Bernardini, op. cit. p. 287.  
J. Cherian, art. cit.

la controversia semplicemente non sia disponibile. La questione del “non liquet”, inevitabilmente, introduce in una controversia il problema della validità del diritto internazionale e dell’autorità dei tribunali internazionali di sviluppare, adattare e creare norme dalla portata innovativa<sup>507</sup>.

In rapporti paragonabili a quelli sottoposti ad arbitrato ICSID, è frequente che si configuri una situazione di “non liquet”, nella quale i tribunali tendono a non assumersi la responsabilità di giudicare, magari in relazione a questioni di diritto, nazionale ed internazionale, non ancora oggetto di una convenzione. Questo esito non è invece consentito dal dettato dell’articolo 42 nel sistema ICSID.

chiaro quindi come il consenso degli Stati contraenti su questa disposizione come principio guida per i tribunali, sia una significativa fonte di sviluppo per l’arbitrato internazionale<sup>508</sup>.

infatti il primo caso in cui un rilevante numero di Stati acconsente all’introduzione di una regola di questa portata in una convenzione internazionale in materia di arbitrato.

#### **4.2) La decisione “ex aequo et bono”:**

L’ultimo comma dell’articolo 42, il terzo, riproduce quanto previsto dal secondo comma dell’articolo 38 dello statuto della Corte Internazionale di Giustizia, il quale prevede la possibilità che le parti di una controversia si accordino nel senso di concedere al tribunale il potere di giudicare *ex aequo et bono*, applicando perciò principi di equità, nel senso ampio del termine<sup>509</sup>.

---

Citazione di: Stone *Non liquet and the function of law in international community*, 1959; richiamato in J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.  
P. Bernardini, op. cit. p. 284; J. Cherian, art. cit. e M. Rubino-Sammartano, op. cit. p. 111.

Come è stato osservato, la concessione di questa facoltà al tribunale solleva i decidenti dal fondare la loro pronuncia sulla legge, potendo questi basarsi su massime di equità e principi di buona fede, i quali potrebbero portare a soluzioni difformi, e finanche contrarie, rispetto all'applicazione della legge. Rimane peraltro nella facoltà del tribunale, che affronterà la questione riferendosi solamente al personale apprezzamento dei suoi componenti relativamente alle circostanze del caso, decidere se eventualmente applicare comunque delle norme di legge<sup>510</sup>.

#### **4.3) I rapporti tra diritto nazionale ed internazionale:**

L'articolo 42 lascia apparentemente irrisolta una questione: quale legge dovrà applicare il tribunale in caso di conflitto tra il diritto nazionale e quello internazionale?<sup>511</sup>

Si ritiene che il tribunale debba in prima istanza applicare la legge statale, solo successivamente vaglierà la legittimità di questa alla luce del diritto internazionale, dando applicazione alla sola parte di legge nazionale non in contrasto con quest'ultimo<sup>512</sup>.

Si evidenziano quindi due ruoli distinti per il diritto internazionale: uno integrativo, a colmare le lacune del diritto statale; ed un altro correttivo, laddove quello sia in contrasto con i suoi principi<sup>513</sup>.

---

J. Cherian, art. cit.

J. Cherian, art. cit.

M. Rubino-Sammartano, op. cit. p.110 e P. Bernardini, op. cit. P. 287.

P. Bernardini, op. cit. p. 287.

#### **4.4) I tribunali ICSID e i principi generali del diritto:**

Dal combinato disposto degli articoli 42 e 48 della convenzione, si ricava un'ulteriore aspetto di differenziazione dei procedimenti arbitrali ICSID rispetto ad ogni altro tipo di arbitrato in materia di investimenti, che fa del sistema predisposto dalla convenzione una significativa fonte di elaborazione di diritto internazionale.

La possibilità di enucleazione di nuovi principi generali del diritto, ad opera dei tribunali ICSID, pone la convenzione di Washington in una posizione unica tra i trattati internazionali in materia di arbitrato<sup>514</sup>.

Lo sviluppo di nuovi principi generali è un sottoprodotto dell'attività decisionale dei tribunali ICSID nell'ambito della soluzione della problematica relativa all'individuazione della legge applicabile al merito della controversia. I tribunali, infatti, nell'applicazione dei sistemi normativi, nazionale dello Stato ospitante ed internazionale in forza del mancato accordo tra le parti, possono rilevare la presenza di lacune in questi sistemi o conflitti tra gli stessi. Dovranno quindi ricorrere ai principi generali, ricavabili da altri sistemi legali disponibili, al fine di rendere una decisione imparziale, superando l'*impasse*<sup>515</sup>.

Non è raro che un tribunale internazionale, per colmare una lacuna rinvenuta nelle maglie del diritto internazionale, debba ricorrere ai principi generali del diritto, ricavati mediante il ricorso ad altri sistemi normativi. Questa possibilità, rispetto ai tribunali istituiti dal centro ICSID, è consentita, e resa necessaria, da quanto previsto da due distinte disposizioni della convenzione.

In primo luogo viene nuovamente in rilievo la fondamentale disposizione di cui all'articolo 42 la quale, tra le altre cose, vincola i tribunali al divieto di "non

---

J. Cherian, art. cit.  
J. Cherian, art. cit.

liquet”. In forza di questo principio gli arbitri chiamati a pronunciarsi in un procedimento ICSID, a fronte di una lacuna, saranno spinti a ricavare appropriati principi ricorrendo ad altri sistemi disponibili, per giungere ad una giusta ed imparziale soluzione della controversia.

Poiché ai principi generali di diritto è riconosciuto il valore di fonti del diritto internazionale, il quale è espressamente indicato come applicabile dallo stesso articolo 42, non si pongono problemi al loro ricorso da parte dei tribunali in sede di decisione delle controversie su investimenti<sup>516</sup>.

A rafforzare questi principi interviene il dettato dell’articolo 48<sup>517</sup>. Questo obbliga i tribunali a pronunciarsi su ogni questione dedotta ed a fornire le ragioni a sostegno delle posizioni assunte con la loro decisione.

Nonostante non trovi spazio, nel sistema disciplinato dalla convenzione, un principio di “stare decisis”, è facile notare come i principi sviluppati dal singolo tribunale in relazione ad una specifica controversia si presentino come un’opportunità in più, per i futuri tribunali ICSID investiti di questioni simili, di

addivenire ad una decisione applicando e sviluppando ulteriormente gli stessi<sup>518</sup>.

Similarmente potranno usufruire di questo prodotto dell’attività ICSID altri tribunali internazionali, arbitrali e non, facendo della convenzione una vera e propria fonte di diritto internazionale degli investimenti<sup>519</sup>.

---

J. Cherian, art. cit.  
Vedi allegato 1.  
J. Cherian, art. cit.

Si vedano in proposito le considerazioni svolte al capitolo primo, paragrafo 3.1, in merito alla definizione del concetto di *Investimento internazionale*.

### Il lodo ICSID, riconoscimento ed esecuzione:

I caratteri di autonomia<sup>520</sup> ed autosufficienza del meccanismo ICSID trovano la loro massima espressione relativamente alla fase di riconoscimento ed esecuzione del lodo arbitrale<sup>521</sup>.

L'esecuzione delle pronunce ICSID comporta l'esigenza di scegliere se trattare il lodo come una sentenza nazionale o, in alternativa, come una sentenza straniera<sup>522</sup>.

Nel primo caso questo diverrebbe quindi soggetto al regime di impugnazione ed ai mezzi di controllo propri dell'ordinamento nel quale il riconoscimento e l'esecuzione vengono chiesti; nel secondo diverrebbe oggetto del procedimento delibatorio ai sensi, per esempio, della convenzione di New York del 1958<sup>523</sup>.

Di fronte all'alternativa tra due opzioni, ambedue insoddisfacenti e contrarie ai principi (di autonomia nel primo caso e di esecutività diretta dei lodi nel secondo) della convenzione, la dottrina si è spinta a considerare le sentenze arbitrali, rese dai tribunali del centro, come "a-nazionali"<sup>524</sup>.

La normativa che disciplina la loro procedura sarebbe, quindi, svincolata dalle legislazioni nazionali anche in questa fase del procedimento<sup>525</sup>.

Il meccanismo predisposto dalla convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi, realizza il carattere di autonomia proprio del sistema ICSID nel momento in cui, ai sensi dell'articolo 54<sup>526</sup>, stabilisce l'obbligo, per ogni Stato contraente, di riconoscere il carattere vincolante della pronuncia stessa e di

---

Vedi supra al capitolo terzo, paragrafo 3.

P. Bernardini, op. cit. p. 289.

C. F. Giancola, op. cit. p. 27.

Come avviene sotto il regime dell'*Additional Facility*, vedi supra capitolo terzo, paragrafo 5.

O, con una soluzione meno convincente, come nazionali di tutti gli stati parte della convenzione simultaneamente.

C. F. Giancola, op. cit. p. 27.

Vedi allegato 1.



assicurare l'esecuzione delle obbligazioni pecuniarie da questa derivanti, al pari di una sentenza definitiva resa da un giudice dello Stato in cui l'esecuzione è richiesta<sup>527</sup>; escludendo di fatto ogni necessità di una procedura di *exequatur* ad opera del giudice dell'esecuzione<sup>528</sup>. Quindi le pronunce ICSID hanno efficacia di *res iudicata* in tutti gli Stati contraenti la convenzione di Washington.

L'assenza di ogni genere di differenziazione tra le sentenze rese a favore dell'investitore e quelle rese in favore dello Stato, in questa fase, contribuisce ad alimentare il clima di collaborazione<sup>529</sup> che contraddistingue il sistema ICSID<sup>530</sup>.

Poiché la forza obbligatoria delle pronunce ICSID non deriva da un determinato sistema giuridico, ma trova fondamento solo nella convenzione, queste non possono essere trattate alla stregua di pronunce rese da un autorità straniera, che gli Stati devono riconoscere in ragione della loro, eventuale, adesione a convenzioni internazionali, tra le quali ricordiamo la convenzione di New York del 1958 e quella di Ginevra del 1961<sup>531</sup>. Parimenti alle disposizioni di siffatte convenzioni, risultano del tutto inapplicabili le norme interne dello Stato contraente in cui l'esecuzione sia richiesta che disciplinino forme di controllo da parte degli organi giudiziari dello stesso<sup>532</sup>.

scontato il rilievo circa l'importanza di questa ultima peculiare caratteristica del sistema rispetto alla posizione del privato investitore, essendo la fase di esecuzione del lodo quella nella quale si realizza l'obiettivo all'origine del contenzioso<sup>533</sup>.

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 27.  
P. Bernardini, op. cit. p. 289.  
Vedi supra al capitolo terzo, paragrafo 2.  
P. Bernardini, op. cit. p. 290.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 27.  
P. Bernardini, op. cit. p. 290.  
P. Bernardini, op. cit. p. 290.

Perché la sentenza divenga automaticamente un titolo esecutivo sul quale fondare eventuali atti di esecuzione, è necessario il rispetto degli scarni requisiti imposti dall'articolo 54.

sufficiente la sola presentazione, al tribunale nazionale competente, di una copia del lodo ICSID ed il relativo certificato di conformità da parte del Segretario Generale del centro; senza che si possano far valere in questa sede eccezioni quali quelle relative alla contrarietà all'ordine pubblico dello Stato in cui l'esecuzione è richiesta, o dell'immunità dalla giurisdizione dello Stato parte della controversia<sup>534</sup>.

Un unico momento di debolezza, nell'impianto disegnato dalla convenzione ICSID, emerge in questa fase. L'articolo 55<sup>535</sup>, infatti, fa salva la disciplina dell'immunità degli Stati dall'esecuzione, vigente nel luogo ove l'esecuzione è richiesta. La pronuncia è quindi passibile, nei diversi Stati, di trattamenti differenti quanto alle misure di esecuzione, come se fosse una qualsiasi sentenza arbitrale<sup>536</sup>.

Questo apparente sbandamento è controbilanciato da almeno tre circostanze: innanzitutto sono ormai molti i paesi che applicano il principio di immunità ristretta degli Stati dall'esecuzione; inoltre il mancato rispetto delle norme ICSID in materia di esecuzione ripristina la possibilità che l'investitore si avvalga della protezione diplomatica del suo Stato di provenienza; da ultimo è bene ricordare la possibilità che questo stesso Stato convenga lo Stato inadempiente agli obblighi sanciti dalla pronuncia ICSID di fronte alla Corte

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 29.  
Vedi allegato 1.  
P. Bernardini, op. cit. p. 290.

Internazionale di Giustizia, lamentando la violazione del trattato come previsto all'articolo 64<sup>537</sup>.

A questo si deve aggiungere il rilievo secondo il quale, il mancato rispetto da parte di uno Stato di una pronuncia di un tribunale costituito secondo la convenzione, minerebbe la credibilità dello stesso sul piano internazionale degli affari ed agli occhi della Banca Mondiale sotto la cui egida il centro è stato posto in essere<sup>538</sup>.

Nel parificare i lodi ICSID alle pronunce dei giudici nazionali degli Stati membri della convenzione, l'articolo 54 non specifica a quale livello di autorità giudiziale si debba fare riferimento. Ci si chiede, quindi, se debbano essere parificate alle sentenze di rango più elevato, anche se pare indubbio doversi riferire a decisioni finali<sup>539</sup>.

Il dubbio assume rilievo qualora l'esecuzione ed il riconoscimento siano richiesti in uno Stato federale, ove il rischio è che la sentenza arbitrale sia considerata equipollente ad una resa da una corte statale e non invece di una federale<sup>540</sup>. Per il riconoscimento e l'esecuzione del lodo ICSID in uno dei paesi contraenti, la parte richiedente può autonomamente adire l'autorità, giurisdizionale od amministrativa, nazionale competente ai sensi della legge dello Stato<sup>541</sup>.

Solo un caso, ad oggi, ha visto un lodo ICSID portato innanzi ad una corte nazionale in virtù di problemi relativi all'esecuzione: è il caso *Benvenuti e Bonfanti v. The People's of Republic of Congo*<sup>542</sup>, giudicato dalle corti francesi.

---

Vedi allegato 1.

P. Bernardini, op. cit. p. 291.

C. F. Giancola, op. cit. p. 32.

C. F. Giancola, op. cit. p. 33.

C. F. Giancola, op. cit. p. 33.

ICSID ABR/77/2, 13 gennaio 1981.

In prima istanza il presidente della corte di Parigi garantì un *exequatur*, controllando solo l'assenza di attriti tra il lodo e la legge francese oltre all'assenza di contrarietà con la politica pubblica, tralasciando la questione sull'esistenza della decisione ICSID. In realtà solo quest'ultimo punto era di competenza della corte, che oltre alla regolarità della procedura non ha competenza per una procedura, *l'exequatur*, assolutamente inadeguata al sistema ICSID<sup>543</sup>.

La corte d'appello, adita in seconda istanza, eliminò eventuali confusioni circa la dichiarazione di riconoscimento e della vincolatività della decisione. Venne rilevato come la funzione di riconoscimento ad opera della corte stessa, riguardo ai lodi ICSID, debba essere strettamente limitata al riscontro circa l'autenticità della pronuncia, certificata dal Segretario Generale del centro, ed all'esclusione di ogni questione di immunità statale ex articolo 55<sup>544</sup>.

Questo anche perché la convenzione dispone di un proprio ed autonomo sistema di revisione<sup>545</sup> della validità delle proprie pronunce, che garantisce gli Stati contraenti sul rispetto, da parte delle stesse, dei più alti standard richiesti nei diversi ordinamenti nazionali<sup>546</sup>.

Questa decisione illustra con chiarezza i vantaggi di una pronuncia resa al termine di un procedimento disciplinato dalla convenzione di Washington rispetto ad un altri procedimenti<sup>547</sup>.

L'efficacia parificata alle pronunce nazionali definitive, combinata alla forza auto-esecutiva riconosciuta ai lodi ICSID, non implicano che la fase di

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 32.  
G. R. Delaume, art. cit.  
Vedi infra paragrafo 6.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 33.  
G. R. Delaume, art. cit.

riconoscimento ed esecuzione delle sentenze arbitrali sia scevra da problematiche.

L'esecuzione avviene infatti (articolo 55) a norma della legge nazionale dello Stato in cui è richiesta, senza comunque che sia premesso di modificare o derogare alle disposizioni sul riconoscimento e l'esecuzione, in materia di immunità degli Stati dall'esecuzione o di immunità degli Stati

stranieri, in base a norme in vigore negli Stati contraenti<sup>548</sup>. Sopravvivono, infatti, in taluni paesi, legislazioni che riconoscono trattamenti differenziati per l'esecuzione di lodi relativi a proprietà di soggetti nazionali o di Stati stranieri.

La convenzione non prevede una soluzione univoca, ma tende a favorire quella, di caso in caso, che permetta di garantire un'esecuzione nel rispetto della proprietà degli Stati<sup>549</sup>.

### **I mezzi di ricorso avverso il lodo ICSID:**

Il lodo, che viene reso entro i sessanta giorni dal termine della procedura ed è assunto a maggioranza dei componenti il tribunale, è trasmesso alle parti a cura del Segretario Generale<sup>550</sup>.

Contro questa pronuncia le parti possono proporre due mezzi di ricorso: la revisione (articolo 51<sup>551</sup>) e l'appello (articolo 52<sup>552</sup>)<sup>553</sup>, non potendo invece esperire nessun tipo di ricorso innanzi ai tribunali nazionali, in forza dei noti caratteri di autonomia di questa forma di arbitrato.

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 34.

C. F. Giancola, op. cit. p. 34-35.

P. Bernardini, op. cit. p. 288.

Vedi allegato 1.

Vedi allegato 1.

C. F. Giancola, op. cit. p. 80 e P. Bernardini, op. cit. p. 288.

La revisione può essere richiesta qualora vengano scoperti fatti, ignoti al tribunale ed alla parte istante, di rilevanza tale da influire sulla decisione; la domanda va presentata allo stesso tribunale che si è pronunciato con il lodo<sup>554</sup>. La procedura di annullamento è esperibile solo in cinque ipotesi tassative: vizio di costituzione del tribunale; manifesto eccesso di potere del tribunale; corruzione di un arbitro; grave inosservanza di una norma di procedura; difetto di motivazione della pronuncia<sup>555</sup>.

La domanda deve essere presentata ad uno speciale Comitato, composto da tre membri, appositamente costituito a cura del Presidente del Consiglio Amministrativo (ovvero del Presidente della Banca Mondiale)<sup>556</sup>.

Questo procedimento si differenzia da un secondo grado di giudizio: laddove nel primo il risultato conseguibile è la conferma o l'espunzione totale della pronuncia, nel secondo la pronuncia può essere modificata; inoltre nel primo caso il vaglio è sulla legittimità procedimentale e non, come avviene nella seconda ipotesi, nel merito della decisione<sup>557</sup>.

L'annullamento può proporsi nei confronti di una "sentenza", senza che dal testo dell'articolo 52 si possa desumere il significato specifico ascrivito a tale termine.

Da un caso<sup>558</sup> si evince come il Segretario Generale sia contrario a considerare tali le pronunce definitive, da parte dei tribunali, sulla competenza del centro. Si ritiene oggi che il provvedimento debba essere definitivo (rigetto di rito o di merito), con l'esclusione delle domande pregiudiziali e preliminari. Non vi è invece, ancora, giurisprudenza che affronti il dubbio se l'eventuale

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 81.  
P. Bernardini, op. cit. p. 288.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 82 e p. Bernardini, op. cit. p. 288.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 82.  
ICSID ARB/84/3.

provvedimento su una delle domande che costituiscono l'oggetto del provvedimento sia impugnabile autonomamente o viceversa, debba sottostare al regime delle pronunce definitive, con la sola impugnabilità del provvedimento finale<sup>559</sup>.

Quanto all'interpretazione dei vizi, tassativi, la giurisprudenza ICSID non è sempre stata unanime. In due casi, *Klockner v. Cameroon*<sup>560</sup> e *Amco Asia v. Indonesia*<sup>561</sup>, i due, diversi, comitati si rivelarono indirettamente favorevoli ad un'interpretazione estensiva del contenuto dei vizi contestati, estendendo il loro controllo anche al merito della decisione e trasformando la domanda di annullamento in un appello<sup>562</sup>. Le due decisioni sono accumulate dalla motivazione della decisione: manifesto eccesso di potere, rilevato avendo gli arbitri disapplicato la legge dello Stato la quale, se fosse stata erroneamente applicata non avrebbe comportato l'annullamento, come le stesse decisioni precisano<sup>563</sup>. Il comportamento dei Comitati, spintisi oltre i limiti dei poteri loro riconosciuti dalla convenzione, avendo riesaminato i casi nel merito ed oltrepassato il confine tra annullamento ed appello, fu oggetto di vive critiche e preoccupazioni da parte della dottrina<sup>564</sup>, preoccupata che la diffusione del ricorso a questo mezzo di attacco alle pronunce ICSID potesse risolversi nel vanificare gli sforzi compiuti per affermare questo sistema di soluzione delle controversie quale efficace ed efficiente<sup>565</sup>.

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 84.  
ICSID ARB/81/2 del 1985.  
ICSID ARB/81/1 del 1986.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 87.  
P. Bernardini, op. cit. p. 288.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 87 e P. Bernardini, op. cit. p. 288.  
P. Bernardini, op. cit. p. 288.

Questi timori hanno trovato la loro risposta in una “seconda generazione” di pronunce, che ha respinto le richieste di annullamento riproposte nei due casi. La “terza generazione” di pronunce su domande di annullamento conferma un approccio più misurato, teso a dare rilievo alla presenza di *material violations* rispetto ad un approccio dei primi comitati definito “dal grilletto facile”<sup>566</sup>.

La disciplina dell’articolo 52 è figlia della volontà, dei padri della convenzione, di contemperare due opposte esigenze: garantire l’effettività dei lodi e la loro correttezza. La prima esigenza ispira il principio di assoluta ed immediata vincolatività della decisione arbitrale; la seconda si realizza con la predisposizione dei mezzi di impugnazione incisivi, ma esperibili in via eccezionale a fronte di gravi vizi di legittimità della sentenza<sup>567</sup>.

### **6.1) I motivi di annullamento (segue):**

Dei cinque vizi, previsti in via tassativa<sup>568</sup> perché si possa proporre domanda di annullamento, due non sono mai stati eccepiti: il vizio di costituzione del tribunale e la corruzione di un arbitro.

Nel primo caso la domanda deve essere presentata come questione preliminare e comunque dopo la pronuncia che conclude il giudizio, qualora i fatti non fossero stati noti precedentemente. La cura osservata dal Segretario Generale nello svolgimento delle mansioni affidategli ha fatto sì che il vizio non sia mai stato riscontrato. Si può ipotizzare che questo si verifichi per violazione degli articoli

38 e 39<sup>569</sup>, i quali richiedono che la nazionalità dei membri del tribunale nominati dal Segretario sia differente da quella delle parti, nel caso in cui un

---

P. Bernardini, op. cit. p. 289.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 88.  
Vedi supra al paragrafo 6.  
Vedi allegato 1.



arbitro abbia più di una cittadinanza o qualora vi sia incertezza circa la nazionalità di una società nella fase iniziale del procedimento<sup>570</sup>.

L'ipotesi di corruzione di un membro del tribunale, gravissima in quanto lesiva dei principi fondanti l'impianto della convenzione, è considerata abbastanza remota da non essere contemplata in altre convenzioni internazionali in materia di arbitrato, quali la convenzione di New York.

Si ritiene che il vizio debba essere provato e non solo dedotto. Essendo la corruzione un fatto il quale avviene, normalmente, all'oscuro di chi ne è danneggiato, il sistema ICSID prevede degli appositi termini per la domanda di annullamento in questa ipotesi: 120 giorni dalla conoscenza del vizio e tre anni dalla pronuncia del lodo. Questi sono perentori e il Segretario Generale non accoglierà le domande in carenza di questi presupposti. Inoltre, qualora lo facesse, è nelle facoltà del Comitato rilavare il difetto della domanda<sup>571</sup>.

Si può ipotizzare un vizio di corruzione di un arbitro nel caso in cui un membro del tribunale tenga una condotta impropria in vista di un ritorno personale. Non rientrano in questa casistica le, eventuali, dichiarazioni mendaci o incomplete sulle relazioni personali o professionali di un arbitro con una delle parti. Mentre l'arbitro che incontra, in questa veste, una delle parti e preveda un guadagno, o una perdita, in dipendenza dell'esito della controversia realizzerebbe la fattispecie<sup>572</sup>.

Il manifesto eccesso di potere è il vizio dedotto nelle domande dei discussi casi

*Klockner e Amco*<sup>573</sup>. Con la configurazione di questo, gli autori della convenzione intendevano, inizialmente, sanzionare ogni "passo falso" dei componenti i

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 90.

C. F. Giancola, op. cit. p. 97.

C. F. Giancola, op. cit. p. 96.

Vedi supra al paragrafo 6.

tribunali; successivamente la specificazione “manifesto” ha ristretto il campo di applicazione della norma. Sono ricompresi tutti i casi di eccesso di potere evidenti, a prescindere dalla gravità del vizio<sup>574</sup>.

Nei lavori preparatori si ritenne pacifica la ricomprensione nella sfera della norma il caso di assenza di giurisdizione ICSID, così come l'incompetenza del tribunale. Discussa, invece, fu l'ipotesi circa la disapplicazione della legge sostanziale deputata a disciplinare il rapporto nel merito; intesa sia come applicazione di una normativa diversa, sia come giudizio non reso secondo equità, quando così disposto dalle parti<sup>575</sup>.

Questa ipotesi, che si sarebbe posta come garanzia dell'articolo 42<sup>576</sup>, venne esclusa dal campo di applicazione della norma e la dottrina<sup>577</sup> è oggi orientata nel senso dell'irrelevanza di un'eventuale *error in iudicando* compiuto dai tribunali<sup>578</sup>.

A seguito dei vivi timori, suscitati dalle pronunce dei Comitati dei casi *Klockner* ed *Amco*<sup>579</sup>, sull'eventualità che il vizio potesse essere usato come strumento atto a minare la vincolatività delle pronunce ICSID, la dottrina ha ritenuto che la domanda possa essere proposta come impugnazione solo nel caso in cui sia stata, anche, tempestivamente eccepita nel corso del giudizio<sup>580</sup>.

La previsione della seria violazione di una regola di procedura come motivo di annullamento non ha mai riscontrato obiezioni. Pacifico il rilievo che non ogni violazione procedimentale possa essere causa di annullamento, limitando questo

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 91-93.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 92.  
Vedi supra al paragrafo 2.  
Broches  
C. F. Giancola, op. cit. p. 92-93.  
Vedi supra al paragrafo 6.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 92-93.

effetto alla violazione di una regola fondamentale. Sono ritenuti tali i principi giustizia naturale<sup>581</sup>.

Perché la domanda di annullamento possa essere accolta, il vizio che investe una regola fondamentale di procedura deve, inoltre, essere connotato da una certa gravità<sup>582</sup>.

La motivazione delle sentenze è condizione necessaria per una corretta amministrazione della giustizia. Nel sistema della convenzione di Washington questo requisito è sancito per mezzo del dettato dell'articolo 48<sup>583</sup>, la cui violazione è prevista all'articolo 52 quale motivo di annullamento di un lodo ICSID.

Inizialmente ricondotto nel alveo della grave inosservanza di regole di procedura, il vizio trova invece autonomo spazio nel testo definitivo della convenzione. Non viene definito il concetto di "difetto" di motivazione, demandando alla giurisprudenza dei Comitati il compito di tratteggiarlo, risolvendo il dubbio sulla ricomprensione, affianco alla mancanza totale di motivazione, anche della motivazione contraddittoria, insufficiente o inadeguata<sup>584</sup>.

Il dibattito sulla possibilità di far rientrare in questa fattispecie il caso nel quale il Comitato ometta di pronunciarsi su tutte le questioni sottoposte, per alcuni già coperto da altri vizi come la violazione di regole di procedura, è stato risolto in senso favorevole dai Comitati.

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 98.

Esempio di tale vizio è il mancato rispetto del principio del contraddittorio, lamentato ma non riscontrato dal Comitato, nel caso Klockner.

Vedi allegato 1.

C. F. Giancola, op. cit. p. 102.

Il concetto di “motivazione” deve essere comprensivo delle ragioni di fatto e di diritto che fondando la decisione. Il problema si acuisce a fronte delle differenti interpretazioni del termine rinvenibili nelle varie tradizioni giuridiche degli Stati contraenti<sup>585</sup>.

## **6.2) Impugnazione parziale ed effetti dell’annullamento:**

Si è discusso circa la possibilità, in capo alle parti, di limitare quello che è stato configurato come un potere dei Comitati essenzialmente rescindente inserito in un mezzo di impugnazione in senso stretto, proponendo una domanda di annullamento solo parziale. Ferma la possibilità, per il Comitato, di pronunciarsi nel senso di un annullamento solo parziale, la dottrina dubita dell’esistenza di un potere delle parti che possa limitare la cognizione del giudice dell’impugnazione. La giurisprudenza, invece, si è mostrata discorde sulla questione<sup>586</sup>.

Dopo la sua costituzione ad opera del Segretario Generale, il Comitato ad hoc è chiamato a pronunciarsi nel senso di un annullamento, parziale o totale, della pronuncia del tribunale o nel senso di un rigetto della domanda.

Dubbi sono sorti attorno all’eventualità che il nuovo tribunale, chiamato a pronunciarsi a seguito di annullamento, debba ritenersi vincolato alle statuizioni del Comitato. La questione, invero, ha assunto rilevanza alla luce della propensione degli organi chiamati a pronunciarsi sull’impugnazione ad esorbitare la loro competenza, spingendosi a sindacare il lodo reso dal tribunale anche nel merito<sup>587</sup>.

---

C. F. Giancola, op. cit. p. 103.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 106.  
C. F. Giancola, op. cit. p. 103-104.

### I costi delle procedure ICSID:

Le parti di una procedura ICSID si trovano a dover sostenere tre ordini di spese: i costi relativi alle attività di amministrazione compiute dal centro; il compenso e le spese dovute per l'attività degli arbitri; ed i costi per l'attività dei propri legali e consulenti, nonché quant'altro richiesto per sostenere la propria domanda o resistere a quella di controparte<sup>588</sup>.

Una somma contenuta<sup>589</sup> viene versata dalle parti, a fondo perduto, già appena dopo la costituzione del tribunale, a titolo di attività amministrativa.

Quindi vengono versate delle provvisionali al Segretariato, sufficienti a coprire un periodo di attività del tribunale compreso tra i tre ed i sei mesi. Gli anticipi sono divisi, salvo diversa disposizione del tribunale, egualmente tra le parti, senza che vi sia pregiudizio avverso una differente ripartizione contenuta nel futuro provvedimento conclusivo del procedimento<sup>590</sup>.

Nei procedimenti per annullamento invece, la parte istante è tenuta all'anticipazione di tutte le spese, salvo poi la distribuzione delle stesse, ad opera del Comitato al termine del procedimento.

Se le parti non adempiono entro 30 giorni dalla richiesta, il Segretario Generale invia loro un sollecito. Se questo non è seguito dall'adempimento nel termine di 15 giorni, il Segretario stesso invita il tribunale a sospendere il procedimento, ponendovi fine in caso la sospensione si protragga per sei o più mesi.

---

Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*; Kluwer Law International, 2004; p. 91.  
3000 USD nel 2003.  
L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, op. cit. p. 91.

Nella pratica, però, i frequenti contatti tra le parti ed il Segretario generale garantiscono uno svolgimento lineare di tutto il procedimento<sup>591</sup>.

Laddove raffrontati con quelli di altre istituzioni, la Camera di Commercio Internazionale (ICC) di Parigi per esempio, i costi per l'attività di amministrazione del centro ed i compensi degli arbitri appaiono contenuti<sup>592</sup>.

Su un fronte grazie alla decisione della Banca Mondiale di sovvenzionare l'ICSID, decisione, questa, assunta prima dell'adozione della convenzione. Sull'altro versante va rilevato come, diversamente da molte altre procedure, il compenso per l'attività resa degli arbitri è calcolato in base ad un massimo giornaliero, discusso precedentemente all'insediamento del tribunale<sup>593</sup>.

Da notare quindi come i costi del procedimento non dipendano dal valore della controversia, circostanza che, alla luce degli interessi coinvolti in rapporti di investimento a lunga durata, ne comporterebbe un significativo aumento<sup>594</sup>.

A questi si aggiungono i costi di traduzione, le spese sostenute dagli arbitri e di eventuali altri servizi resi dalle strutture del centro.

Significativamente più alti sono i costi che ogni parte sostiene per la propria attività nel procedimento.

La complessità delle circostanze fattuali e degli aspetti legali richiedono un notevole impegno da parte dei difensori, il cui onorario è spesso parametrato al valore della controversia oltre che alle ore di lavoro dedicate ad essa. Spesso poi si rende necessario il ricorso a testimonianze di esperti, il cui onorario dipenderà dalla specificità del parere richiesto e dal tempo necessario alla sua redazione<sup>595</sup>.

---

L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, op. cit. p. 91.

C. F. Giancola, op. cit. p. 28.

C. F. Giancola, op. cit. p. 28; e L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, op. cit. p. 92.

L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, op. cit. p. 92.

L. Reed, J. Paulsson, N. Blackaby, op. cit. p. 92.

### **Considerazioni conclusive sul sistema ICSID:**

In oltre cinquant'anni di attività il centro ICSID non ha forse ancora visto riconosciuti propri meriti, in particolare quello più grande di aver offerto agli investitori privati uno strumento per la soluzione delle controversie, con controparte statale/pubblica, che non fondi la propria disciplina solo sull'accordo delle parti, come gli altri sistemi arbitrali a carattere privato, ma che rinvii il suo fondamento sul piano delle relazioni interstatali<sup>596</sup>.

Tra gli altri risultati degni di menzione, il merito di aver condotto le relazioni internazionali di investimento al superamento di quelle criticità, sorte a cavallo tra gli anni '60 e '70<sup>597</sup>, depoliticizzando i contrasti e conducendoli entro un meccanismo accettabile da ambo le parti, grazie alla fonte internazionale da cui promana<sup>598</sup>.

La giurisprudenza del centro poi, ha generato ed affermato alcuni principi generali e regole materiali capaci di fornire un rinnovato quadro giuridico di riferimento per le operazioni di investimento. Questo mantenendo una posizione di equilibrio rispetto agli interessi delle due parti in contrapposizione. Tra le pronunce a difesa del contrante privato, esposto all'abuso della supremazia giuridica della controparte Statale, ritroviamo quelle che hanno stabilito il diritto ad un pronto ed effettivo risarcimento ai privati sottoposti a nazionalizzazione delle proprietà ed espropriazione dei beni; tra quelle a tutela degli interessi degli Stati contro gli investitori in mala fede o poco solleciti nell'adempimento dei proprio obblighi contrattuali, ed assoggettati alla

---

P. Bernardini, op. cit. p. 291.  
Vedi supra al capitolo primo paragrafo 1.  
P. Bernardini, op. cit. p. 291.

superiorità finanziaria ed organizzativa del contraente privato, spiccano le pronunce che hanno riaffermato il ruolo della legge locale rispetto al contratto di investimento, arrivando a decisioni di annullamento<sup>599</sup> motivate dalla mancata applicazione della stessa al merito della questione<sup>600</sup>.

Va a completarsi, momentaneamente, un processo iniziato negli anni '50 con la delocalizzazione dell'investimento e che vede ora la sua rilocalizzazione nell'ordinamento naturalmente destinato a disciplinarlo, ma con la fondamentale condizione del rispetto del diritto internazionale pubblico<sup>601</sup>.

---

Vedi i già richiamati casi Amco e Klockner.  
P. Bernardini, op. cit. p. 291.  
P. Bernardini, op. cit. p. 292.



## **Capitolo quinto:**

### **Le critiche al sistema ISDS e proposte di riforma:**

**sommario:** 1 Criticità dei meccanismi di ISDS. - a) *Diritti superiori in capo agli investitori.* - b) *Parzialità dei tribunali.* - c) *Il “Regulatory Chill”.* - d) *Difetto di trasparenza.* - e) *Esiti sproporzionati dei procedimenti.* - 2 Proposte e tentativi di riforma. - a) *Incoraggiare l’uso di altri sistemi di ADR.* - b) *Caratteristiche soggettive degli arbitri e doveri di “disclosure”.* - c) *Intervenire sulla procedura attuale.* - d) *Limitare l’accesso agli arbitrati.* - e) *Introduzione di un sistema di appello.* - f) *Istituzione di una Corte Permanente per le controversie su Investimenti Internazionali.* - 3 Considerazioni conclusive.

#### **Criticità dei meccanismi di ISDS:**

Il costante incremento nel numero di IIA conclusi; la sempre più dettagliata e precisa articolazione degli standard di trattamento da questi previsti; nonché l’applicazione espansiva di questi ad opera dei vari tribunali arbitrali; hanno determinato l’instaurazione di un regime di protezione degli investimenti internazionali la cui efficacia è andata oltre ogni ragionevole aspettativa agli inizi del processo<sup>602</sup>. Di pari passo con questo sviluppo è venuta a crescere la preoccupazione che l’attuale regime degli investimenti internazionali sia avverso agli interessi dei paesi in via di sviluppo. Gli investimenti stranieri in forma diretta sono di importanza essenziale ai fini di accrescere lo sviluppo economico dei paesi più arretrati. Ciononostante, nella competizione per attrarre gli investimenti stranieri, questi paesi si vengono a trovare in una posizione di

---

P. Bernardini, op. cit. p. 270.

svantaggio nel processo di negoziazione: ciò potrebbe determinare la conclusione da parte degli stessi di IIA sbilanciati a favore degli interessi dei paesi sviluppati ed esportatori di investimenti, il cui risultato ultimo sarebbe quello di vedere ridotti, o financo annullati, i potenziali benefici di un processo di investimento diretto<sup>603</sup>.

Le critiche più rilevanti vengono sollevate avverso le disposizioni di ISDS: essendo queste state create basandosi sul presupposto secondo il quale offrire protezione agli investitori stranieri avrebbe facilitato gli investimenti nei paesi in via di sviluppo, ed in ultima istanza determinato un incremento nello sviluppo economico degli stessi, si è fatta avanti la preoccupazione che le stesse possano iniquamente concentrarsi sulla protezione degli investitori, senza tenere in adeguata considerazione le possibili conseguenze avverse a cagione degli Stati ospitanti<sup>604</sup>.

Queste preoccupazioni hanno trovato espressione in una serie di prese di posizione di alcuni Stati in via di sviluppo, volte al superamento dell'attuale sistema di soluzione delle controversie in materia di investimenti internazionali<sup>605</sup>. La reazione avviene ad opera di alcuni Stati dell'America Latina, storicamente diffidenti nei confronti del sistema IIA-ISDS<sup>606</sup>: si registrano l'uscita da parte di Bolivia, Ecuador e Venezuela dalla convenzione di Washington a seguito di alcuni lodi sfavorevoli, nonché la denuncia da parte dello stesso Venezuela del BIT con l'Olanda dopo una serie di reclami proposti da compagnie petrolifere che ne lamentano la violazione<sup>607</sup>.

---

E. Moul, art. cit.

E. Moul, art. cit.

P. Bernardini, op. cit. p. 270.

Vedi supra al capitolo primo.

E. Moul, art. cit. e P. Bernardini, op. cit. p. 270.

Questi eventi segnalano una progressiva perdita di fiducia dei paesi in via di sviluppo nei confronti dell'attuale assetto del sistema di soluzione delle controversie e sono seguiti dalla preoccupazione che altri Stati possano seguire l'esempio di Bolivia, Ecuador e Venezuela, portando il sistema al collasso.

Per scongiurare questa drammatica ipotesi la dottrina si è fatta carico di evidenziare le criticità più significative del sistema attuale, proponendo una via per il superamento delle stesse. Allo stesso modo la pratica dei più recenti IIA, conclusi o in via di conclusione, mostra i primi segni di recezione di alcune proposte di riforma nonché nuovi progetti volti ad ottimizzare il sistema.

*Diritti superiori in capo agli investitori:*

Il c.d. Trattamento Nazionale è uno dei più risalenti e comuni standard di trattamento e protezione degli investimenti inserito dagli Stati nei loro BIT<sup>608</sup>, questo si riassume nella previsione che ciascuno Stato contraente si atteggi, nei confronti degli investitori nazionali dell'altro, come si rapporterebbe se fosse un investitore nazionale.

Taluni sostengono che le disposizioni di ISDS vadano a violare questo standard, poiché garantiscono all'investitore straniero il diritto di citare lo Stato ospitante di fronte ad un tribunale arbitrale, circostanza negata agli investitori nazionali.

A prescindere dalla fondatezza dell'obiezione che vuole gli investitori nazionali facilitati ad ottenere un procedimento ed un provvedimento equo rispetto agli investitori stranieri, la semplice concessione di uno strumento procedurale

---

Vedi meglio supra al capitolo primo, paragrafo 3.3.

ulteriore rispetto a quelli nella disponibilità degli investitori nazionali è da taluni ritenuto essere una discriminazione<sup>609</sup>.

Similarmente si riscontrano casi nei quali gli Stati dispongono nei BIT garanzie per gli investitori superiori a quelle previste dalla legislazione nazionale: è il caso della Germania, le cui leggi non prevedono il diritto al risarcimento in caso di espropriazione indiretta diversamente da quanto previsto dai loro modelli di BIT<sup>610</sup>. Numerose pronunce rese dai tribunali arbitrali sottolineano come vi sia la tendenza di molte società a ristrutturarsi al fine di poter godere dei superiori diritti garantiti dagli IIA. Ulteriore rilievo che accompagna il sistema IIA-ISDS dalle sue origini, è quello che pone l'accento sull'unidirezionalità dello stesso: le clausole ISDS offrono la possibilità agli investitori stranieri di convenire in arbitrato gli Stato ospitanti senza che questi ultimi dispongano dello stesso meccanismo avverso atti illegittimi degli investitori<sup>611</sup>.

### Parzialità dei tribunali:

Molte delle critiche mosse ai meccanismi disposti dalle clausole ISDS, in particolare con riferimento al sistema ICSID, asseriscono che le liti siano decise da arbitri in difetto di imparzialità. Il loro favore per le posizioni degli investitori sarebbe dovuto ad una combinazione di fattori insiti nel sistema.

A fronte di qualche centinaia di persone chiamate a ricoprire il ruolo di arbitri in questioni inerenti agli investimenti internazionali, vi è una cerchia ristretta di meno di venti arbitri i quali hanno preso parte alla maggioranza dei procedimenti. Questa *élite* di professionisti ha trattato tutti i maggiori casi, in

---

Himaloya Saha, *A critical analysis of the commonly recommended reforms of ISDS*; in Legal Issues Gennaio 2016.  
H. Saha, art. cit.  
H. Saha, art. cit.

termini di quantificazione delle pretese avanzate. Significativo è che gli arbitri più frequentemente nominati provengano in prevalenza da paesi sviluppati: oltre l'ottanta per cento dei casi tenutisi secondo i regolamenti ICSID ha visto il coinvolgimento di arbitri la cui nazionalità era di uno Stato dell'Europa occidentale o degli Stati Uniti; inoltre solo un numero esiguo (intorno al quattro per cento) di questi è donna<sup>612</sup>.

La concentrazione di casi in mano ad un numero ristretto di soggetti favorisce la creazione di interessi di carriera; inoltre il ricorso ai medesimi soggetti limita la possibilità che emergano, in relazione a situazioni simili, nuovi punti di vista<sup>613</sup>.

Particolarmente dibattuta è la possibilità, ad oggi concessa a questi professionisti altamente specializzati, di servire, inoltre, quali avvocati di parte in altri procedimenti: circostanza che dispone all'insorgenza di situazioni di conflitto di interessi.

La previsione nel regolamento ICSID del dovere, in capo agli arbitri, di informare circa le loro relazioni con le parti del procedimento, nonché di ogni altra circostanza che potrebbe minare la loro imparzialità, appare a molti troppo poco per limitare effettivamente l'insorgenza di situazioni patologiche come quelle evidenziate.

Fin dalle sue origini i commentatori della convenzione di Washington e del sistema ISDS in genere hanno rinvenuto una fonte di possibile imparzialità degli arbitri nei ragguardevoli interessi economici che questi hanno nel sistema attuale. A differenza dei giudici, retribuiti con uno stipendio fisso, il compenso degli arbitri dipende dalla lite loro affidatagli sotto diversi aspetti. Innanzitutto incide la durata del processo, poiché la regola vuole che gli arbitri vengano

---

E. Moul, art. cit.  
E. Moul, art. cit.

pagati ad ore (si va da un minimo di 300\$ ad un massimo di 700\$ all'ora); possono poi incidere fattori quali la sede dell'arbitrato e la complessità, nonché il valore, della questione sottoposta. Il sistema ICSID tenta di ovviare a queste problematiche stabilendo un tetto massimo di guadagno, fissati in 3000\$ al giorno<sup>614</sup>.

La questione di maggiore delicatezza è indubbiamente la circostanza che vede il compenso degli arbitri essere dipendente, talvolta, anche dalla loro decisione: una pronuncia la quale riscontri l'assenza di giurisdizione in capo al tribunale arbitrale per esempio, si risolverà nell'assenza di qualsivoglia retribuzione. Parimenti il riconoscimento di una condizione ostativa dell'imparzialità di un arbitro verrebbe presa contro l'interesse economico dello stesso, non potendo questi prendere parte al giudizio.

Il sistema è strutturato quindi in modo da favorire l'interpretazione estensiva degli arbitri, i quali saranno portati a riconoscere la propria giurisdizione in un numero il più possibile ampio di casi. Più in generale, la già richiamata circostanza che gli arbitri provengano, in larga parte, da paesi sviluppati e quindi esportatori di capitali, dispone nel senso che questi possano avere un punto di vista parziale, se non interessi diretti. Sono inoltre le grandi multinazionali ad avviare le procedure di arbitrato, ed offrire a queste l'immagine di un sistema orientato alla tutela dei loro interessi contribuisce ad incentivare la proposizione di domande di arbitrato, con le conseguenze economiche a favore dei giudicanti innanzi evidenziate<sup>615</sup>.

Sotto il corrente regolamento di arbitrato del centro ICSID, un soggetto può ritenersi qualificato a ricoprire l'incarico di arbitro qualora sia in possesso di

---

E. Moul, art. cit.  
E. Moul, art. cit.

“alto spessore morale e una competenza riconosciuta in campo legale, commerciale, industriale o della finanza, il quale garantisca indipendenza di giudizio”. Non appaiono quindi come requisiti necessari, né l’essere iscritto presso un registro o un centro, né l’aver conseguito una formazione in materia legale. La disposizione è infatti dettata nella sola ottica di garantire che gli arbitri posseggano i requisiti ritenuti necessari a pronunciarsi su controversie in materia commerciale, ma risulta incompleta oggi in virtù dell’importanza sempre maggiore assunta dagli interessi pubblici nel diritto internazionale, portando alla nascita di controversie di tipo diverso in relazione a rapporti di investimento internazionale.

### Il “Regulatory Chill”:

Il c.d. “*regulatory chill*” è definito da parte della dottrina come quell’effetto in virtù del quale un attore statale si asterrà dal promulgare o dall’applicare norme di buona fede a causa della minaccia, reale o percepita, di essere convenuto in arbitrato a causa delle stesse<sup>616</sup>.

I fautori di questa teoria sostengono, quindi, che il sistema di ISDS sia andato oltre il suo scopo precipuo di tutelare gli investitori stranieri dagli abusi eventualmente operati dai governi degli Stati in cui operano i loro investimenti, divenendo un’arma a disposizione degli stessi per ritardare, indebolire o eliminare normative le quali siano viste come un ostacolo al loro interesse<sup>617</sup>. Sono infatti diversi i casi in cui normative e legislazioni si sono scontrate con contestazioni in sede di arbitrato, col risultato che alcuni governi si sono visti impediti nell’esercizio della loro prerogativa sovrana di emanare leggi.

---

H. Saha, art. cit.  
H. Saha, art. cit.

Ai rilievi sopra evidenziati si è risposto ponendo in luce la difficoltà a provare, in concreto, che la mancata regolamentazione da parte di uno Stato dipenda esclusivamente da timori collegati ad una clausola di ISDS contenuta in qualche IIA. Ulteriore argomento contrario spesso evocato è l'inadeguatezza dei vari meccanismi di ISDS ad annullare una legge Statale.

Ciononostante vi sono stati casi nei quali la minaccia di un arbitrato e l'eventuale conseguente risarcimento a favore di un investitore, hanno probabilmente svolto un ruolo determinante nella scelta di alcuni governi di non adottare normative a tutela dell'ambiente, con effetti dannosi ad oggi potenzialmente molto seri<sup>618</sup>.

#### Difetto di trasparenza:

La circostanza che vede le parti di un procedimento arbitrale tenuto secondo una clausola ISDS, non solo nella possibilità di scegliere il foro, ma anche la legge che governerà la lite, oltre naturalmente agli arbitri, porta a quello che è stato definito da alcune dottrine "*ultimate forum shopping*"<sup>619</sup>.

Ai fini di una tale pratica le informazioni di maggiore importanza saranno quelle relative alle qualità degli arbitri: le loro capacità nel gestire un procedimento arbitrale; la conoscenza e l'approccio relativamente a specifiche questioni, sia sostanziali che procedurali; il generale stile professionale.

Tutte informazioni, queste, che difficilmente saranno rinvenibili all'interno di riviste di diritto, o ancora meno nelle pubblicazioni delle pronunce degli arbitri. Questo è dovuto al fatto che, nonostante alcuni tentativi nel senso di una maggiore trasparenza e circolazione di informazioni relative ai casi soggetti ad

---

H. Saha, art. cit.  
H. Saha, art. cit.



arbitrato internazionale sugli investimenti, le parti possono concordare ne senso di mantenere confidenziali gli atti e le informazioni, rendendo i procedimenti meno trasparenti.

I tribunali arbitrali sono poi liberi di non uniformarsi a precedenti pronunce su casi comparabili di altri tribunali, anche in ragione della difficoltosa conoscibilità delle stesse, comportando la quasi impossibilità per le parti di prevedere anzitempo l'esito di un eventuale giudizio.

Nei casi nei quali gli arbitri sono pagati a ore, questi saranno incentivati ad interpretare estensivamente i trattati oggetto di contestazione in luogo del rendere una decisione rapida, rendendo le limitate informazioni di pubblico dominio sui casi ulteriormente complesse.

Questa circostanza mette inevitabilmente l'élite dei grandi studi legali internazionali e le grandi società multinazionali, soggetti con una più ampia esperienza nel settore degli arbitrati in materia di investimenti, in una posizione di vantaggio nel momento di compiere quelle scelte sopra indicate<sup>620</sup>.

### *Esiti sproporzionati dei procedimenti:*

Alcuni studi statistici motivano il costante aumento nel numero di domande di arbitrato proposte con l'alta probabilità di successo dell'investitore nell'ottenere un risarcimento. Nel 70% delle decisioni sul merito pubblicate, la domanda dell'investitore è stata accolta almeno in parte.

La prospettiva di ottenere una pronuncia favorevole è poi rafforzata dalla possibilità che venga riconosciuto alla parte istante un risarcimento di ammontare superiore al valore realmente compromesso, circostanza che rende

---

H. Saha, art. cit.

comprensivamente appetibile per gli investitori l'instaurazione di un giudizio presso la corte ICSID<sup>621</sup>.

Infatti, in alcuni casi<sup>622</sup>, il risarcimento è stato calcolato prendendo a riferimento il valore attualizzato dell'investimento, comprensivo dei mancati guadagni stimati, risultando in somme eccessive.

Sono questi possibili esiti sbilanciati ad alimentare l'effetto del “*regulatory chill*”<sup>623</sup>.

### **Proposte e tentativi di riforma:**

Di pari passo con il continuo incremento nel ricorso ai meccanismi di ISDS sono andate crescendo le critiche agli stessi, concentrandosi, ma non limitandosi, ai punti principali già evidenziati<sup>624</sup>.

Una prima organica risposta alle critiche è quella data dall'UNCTAD: la “United Nations Conference on Trade and Development” pubblica infatti nel 2013 un rapporto<sup>625</sup> nel quale passa in rassegna le principali proposte di riforma del sistema internazionale di composizione delle controversie in materia di investimenti<sup>626</sup>.

### **Incoraggiare l'uso di altri sistemi di ADR:**

Tra le prime proposte contenute nel rapporto UNCTAD, vi è la promozione di meccanismi di soluzione delle controversie (i c.d. ADR – Alternative Dispute

---

E. Moul, art. cit.

Per un esempio si veda: *CME Czech Republic B. V. v. Czech Republic*, UNCITRAL award, 2003;

Vedi alla lettera c del presente paragrafo.

Vedi al presente capitolo il paragrafo precedente.

UNCTAD, reform of investor-state dispute settlement: in search of a roadmap;  
[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf).

H. Saha, art. cit.

Resolution) diversi dall'arbitrato. L'adozione di metodi quali mediazione e conciliazione, insieme alle politiche di prevenzione delle controversie (DPP – Dispute Prevention Politics) possono effettivamente ridurre il numero di controversie portate in arbitrato. Questi meccanismi non comportano la rigida applicazione di regole legali ed obbligazioni, ma si concentrano invece sulla ricerca di una soluzione il più possibile armoniosa, individuata di comune accordo dalle parti, coadiuvate da una figura terza ed imparziale. Il risultato principale è un risparmio, in termini di tempo e risorse, oltre alla salvezza della relazione tra Stato ed investitore.

L'analisi dell'UNCTAD peraltro si limita ad una petizione di principio, omettendo di indicare come efficacemente realizzare l'idea. Sono infatti molti gli IIA che contemplano previsioni volte ad incoraggiare soluzioni amichevoli delle vertenze, alcuni contengono anche disposizioni vincolanti in proposito<sup>627</sup>.

Nonostante l'esistenza di disposizioni in questo senso infatti, l'applicazione di questi meccanismi di ADR in materia di investimenti internazionali è stata, ad oggi, minimale e non si dispone di statistiche che indichino un miglioramento della situazione. Si deve inoltre rilevare come i sistemi di ADR e DPP trovino il loro fondamento nella necessaria cooperazione tra le parti, con la difficoltà che questa si realizzi facilmente quando tra le stesse sia sorto un conflitto. La possibilità che si aggiungano ostacoli di carattere burocratico, la difficoltà ad individuare un mediatore qualificato ed imparziale, unite a soluzioni non esecutive, rischiano di risultare in un ulteriore spreco di tempo e risorse in tutti quei casi nei quali la procedura non si concluda positivamente<sup>628</sup>.

---

Vedi al capitolo secondo più diffusamente.  
H. Saha, art. cit.

Da ultimo non si risolverebbe il difetto di trasparenza imputato all'arbitrato, essendo anche questi meccanismi procedimenti confidenziali.

*Caratteristiche soggettive degli arbitri e doveri di “disclosure”:*

A soluzione di quelle criticità sollevate circa le figure degli arbitri, è stato da taluni proposto di intervenire su quella parte di regolamento ICSID che dispone in merito alle qualifiche soggettive degli arbitri. La disposizione attuale dovrebbe essere emendata, introducendo dei limiti più rigorosi in tema di conflitto di interessi; gli obblighi di “disclosure” dovrebbero coprire informazioni puntualmente elencate nel regolamento. Da più parti si è proposto di imporre il divieto agli arbitri di esercitare anche in qualità di avvocati, andando ad eliminare una delle principali ragioni di parzialità nei giudizi.

Alcuni progetti poi, invitano a modificare l'articolo 14 della convenzione ICSID, che tratteggia i requisiti di competenza e moralità degli arbitri, introducendo la necessità che questi siano altresì competenti in materia di tutela dell'ambiente e dei diritti umani: soggetti dotati di tali competenze andrebbero a garantire gli interessi pubblici toccati da qualsivoglia operazione di investimento, aumentando il sentimento di fiducia nel sistema<sup>629</sup>.

*Intervenire sulla procedura attuale:*

Una notevole quota delle riforme proposte fa perno su ipotesi di modifica dell'attuale meccanismo di ISDS. Gli interventi ipotizzati andrebbero principalmente ad apportare innovazioni sul piano procedurale: tre le ipotesi più consolidate vi è l'introduzione di clausole che limitino la possibilità di ricorrere

---

E. Moul, art. cit.

alla procedura arbitrale; la previsione del potere di interpretare certe parti dei trattati direttamente in capo alle parti degli stessi; la riunione delle domande di arbitrato connesse o collegate; un meccanismo che consenta una rapida gestione delle domande manifestatamente infondate ed infine consentendo al pubblico l'accesso agli atti ed alle udienze del procedimento<sup>630</sup>.

Queste proposte presentano l'indubbio vantaggio di essere latamente semplici da introdurre, stante il coinvolgimento di un numero ridotto di parti negli IIA, due in caso si tratti poi di un BIT<sup>631</sup>; con le parti libere di scegliere i problemi sui quali concentrare le loro attenzioni.

Nonostante il rilievo di cui sopra l'efficacia di queste proposte è incerta. Il rapporto UNCTAD sottolinea come l'introduzione di queste novità procedurali comporti la necessità che le parti rinegozino i termini dei vecchi IIA: considerate le difficoltà affrontate normalmente dalle parti per negoziare i trattati, queste saranno certamente restie a ridiscuterli una volta che questi sono conclusi<sup>632</sup>. Più nel dettaglio le clausole limitative delle disposizioni ISDS sono già state sperimentate in una serie di trattati, senza per altro portare ad una significativa riduzione degli arbitrati derivanti dall'IIA che le contiene; l'esempio più noto è certamente quello del NAFTA (North American Free Trade Agreement).

Con riferimento alla riunione delle domande, lo Stato ospitante potrebbe confidare che almeno uno dei reclamanti non prosegua nelle sue richieste o, strategicamente, sperare che qualora i procedimenti rimangano separati avrebbe probabilità di vincerne almeno uno.

---

H. Saha, art. cit.  
Vedi al capitolo primo le caratteristiche di IIA e BIT.  
H. Saha, art. cit.

Più delicata l'eventualità di conferire alle parti il potere di interpretare alcune disposizioni dei trattati: qualora una lite sia già sorta infatti il meccanismo potrebbe non funzionare adeguatamente, ben potendo sorgere conflitti circa l'interpretazione, forieri di ulteriori tensioni tra le parti, nonché di un ritardo chiaramente non desiderabile.

Sollezata quasi unanimemente l'istanza che i procedimenti arbitrali fondati su disposizioni ISDS vengano aperti ad una maggiore trasparenza. Incoraggiare sviluppi in questo senso garantendo al pubblico l'accesso alle informazioni del procedimento ed alle udienze appare una soluzione ottimale. L'unico ostacolo che si oppone è dovuto alla difficile conciliazione di questa impostazione con la necessità che il tribunale arbitrale protegga le informazioni confidenziali relative alle attività dell'investitore di volta in volta parte del procedimento.

Più organiche e radicali sono altre due proposte di modifica dei procedimenti ISDS. La prima, sostenuta da autorevole dottrina<sup>633</sup>, suggerisce una cornice analitica per le procedure ISDS ispirata ad un modello amministrativo. Secondo una ricostruzione della teoria, il modello Americano di procedura amministrativa "*notice and comment*" verrebbe adattato al procedimento ISDS: si prevedrebbe dunque che le parti statali, comprensive dello Stato ospitante, dello Stato di nazionalità dell'investitore nonché di Stati terzi che possano essere toccate dalla questione in virtù di un trattato multilaterale, vengano formalmente informate del caso e dei suoi dettagli concedendo quindi una possibilità a questi di formulare osservazioni e commenti.

L'idea non è totalmente innovativa, in quanto si ritrova in forme simili in alcuni trattati, alcuni dei quali addirittura dispongono che le parti del trattato

---

<sup>633</sup> Gus Van Harten ne è il principale promotore.

consultino, o addirittura convengano in apposite consultazioni, determinati soggetti prima che si possa legittimamente procedere all'arbitrato<sup>634</sup>. Leggermente più incisiva una seconda proposta, egualmente ispirata a pratiche dei procedimenti amministrativi, la quale vorrebbe che i tribunali arbitrali inviassero una bozza delle loro decisioni alle parti, nonché ai soggetti non parte del procedimento che sarebbero toccati dagli effetti della decisione finale dello stesso, in attesa che le stesse presentino le loro considerazioni, delle quali i giudicanti dovrebbero necessariamente tenere conto prima di pronunciarsi definitivamente. Particolare rilievo verrebbe quindi dato alle osservazioni sulle quali le parti siano eventualmente in accordo<sup>635</sup>.

Le due ipotesi di modificazione dell'assetto attuale del sistema ISDS da ultimo evidenziate presentano il tratto comune di essere tese a restituire maggiore controllo da parte degli Stati ospitanti gli investimenti, il tutto nell'ottica di riequilibrare una relazione da molti ritenuta sbilanciata dagli effetti dei BIT, colpevoli di essere eccessivamente orientati a tutelare l'interesse dal lato dell'investitore. Sulla scia di queste si inseriscono ulteriori proposte di riforma orientate ad una "ristatalizzazione" delle controversie Stato–investitore privato. Ad un primo livello troviamo istanze volte ad incrementare il coinvolgimento degli Stati nell'interpretazione dei trattati di cui sono parte. Parimenti non eccezionali sono quelle proposte tese a garantire maggiore controllo da parte degli Stati sulle nomine degli arbitri o, diametralmente opposta, ad abbandonare il sistema di nomina degli arbitri ad opera delle parti<sup>636</sup>.

---

Becky L. Jacobs, *A perplexing paradox: "destatification" of "investor-state" dispute settlement*; In *Emory International Law Review* vol. 30 2015.

B. L. Jacobs, art. cit.

B. L. Jacobs, art. cit.

Particolarmente complessa è una proposta che muove a partire dalle clausole per la soluzione delle controversie interstatali contenute in numerosi IIA<sup>637</sup>. Il meccanismo (per altro parzialmente adottato in alcuni trattati) prevede che il trattato autorizzi le parti di questo a raggiungere un accordo per quanto attiene alle questioni di interpretazione o applicazione dello stesso. In caso di fallimento nell'addivenire ad un punto di accordo gli Stati deferirebbero la questione ad un tribunale arbitrale interstatale, con il potere di rendere una decisione vincolante nel procedimento ISDS<sup>638</sup>.

I possibili rapporti tra tribunali interstatali e Stato-investigatore, in realtà, oscillano tra l'applicazione di un criterio cronologico accordando la prevalenza al ricorso presentato per primo ed uno gerarchico che vedrà la prevalenza, talvolta del tribunale Stato-investigatore, talaltra di quello interstatale.

Sono inoltre previsti alcuni accorgimenti volti a garantire il bilanciamento degli interessi di tutte le parti coinvolte. Gli investitori direttamente toccati dalla decisione del tribunale interstatale avrebbero quindi la possibilità di intervenire in quella sede per far valere le loro istanze<sup>639</sup>.

Il ricorso in via preliminare per l'interpretazione dei trattati, comporterebbe la sospensione del procedimento ISDS eventualmente proposto a fronte della pendenza del meccanismo di decisione congiunto degli Stati parte dell'IIA di riferimento, o dell'eventuale procedimento interstatale chiamato a sopperire al mancato accordo tra gli Stati stessi.

Probabilmente la proposta di riforma più controversa è quella che parla di un "veto legislativo". Le parti statali di un IIA avrebbero la possibilità di esercitare

---

Vedi al capitolo secondo il paragrafo 1.

B. L. Jacobs, art. cit.

B. L. Jacobs, art. cit.



questo potere disapprovando congiuntamente un lodo arbitrale prima, o perfino dopo, l'entrata in vigore dello stesso<sup>640</sup>.

Ovviamente non sorprende il fatto che i fautori del sistema di arbitrati basato sulle clausole ISDS condannino proposte come queste, dichiaratamente orientate ad aumentare il controllo degli Stati sui procedimenti arbitrali nell'ottica della già richiamata "ri-statalizzazione". Sintomatica è l'opinione espressa dal giudice Charles N. Bower<sup>641</sup> che vede nelle riforme passate in rassegna una minaccia alla credibilità dell'arbitrato in materia di investimenti quale metodo neutrale di soluzione delle controversie tra un investitore privato ed uno Stato ospitante<sup>642</sup>. Questo nel quadro di quella concezione storica che vuole la protezione degli investimenti internazionali il mezzo teso a garantire agli investitori stranieri standard di trattamento certi, in vista del fine ultimo di consentire alle parti statali degli IIA, o almeno ad una di queste, di attrarre investimenti stranieri e di minimizzare il costo di questi.

### Limitare l'accesso agli arbitrati:

Il progetto di riforma prospettato dal rapporto UNCTAD suggerisce che gli Stati rivedano la portata del loro consenso all'arbitrato, in relazione ai futuri trattati. Le ipotesi avanzate sono quelle di clausole ISDS che coprano solo specifiche situazioni; una riduzione degli investitori qualificati a far valere le disposizioni di ISDS; rendere obbligatorio l'esperimento infruttuoso di tutti i rimedi locali

---

B. L. Jacobs, art. cit.  
Giudice del tribunale Iran-USA.  
B. L. Jacobs, art. cit.

prima di poter proporre domanda di arbitrato (quest'ultima invero disposizione già sperimentata in alcuni IIA<sup>643</sup>).

Limitare la portata delle clausole ISDS a situazioni specifiche, quali le espropriazioni dirette per esempio; definire precisamente i dibattuti concetti di investimento ed investitore ai fini del trattato<sup>644</sup>; obbligare l'esperimento dei rimedi locali in via preventiva, dovrebbe portare ad un considerevole restringimento nell'ammontare delle domande di arbitrato.

I limiti di quella che appare come una modifica "leggera" e ragionevole del sistema attuale di soluzione delle controversie in materia di investimenti emergono allorché si vada a prendere in considerazione, in luogo delle sole disposizioni di ISDS, gli IIA nel loro complesso. Infatti anche in quei casi nei quali le parti abbiano concordato nel senso di un ambito di operatività della disposizione ISDS limitato per quanto concerne il suo oggetto, gli investitori potranno comunque proporre domande di arbitrato facendo appello alle diffuse interpretazioni in senso estensivo delle c.d. "umbrella clause"<sup>645</sup> o alle eventuali disposizioni MFN<sup>646</sup>.

Parimenti controversa la previsione che obblighi la parte istante ad esaurire i rimedi locali prima di poter proporre, validamente, domanda di arbitrato: le alte probabilità che l'investitore si ritenga, a torto o a ragione, discriminato in quelle sedi farebbero sì che questi si rivolgesse, infine, ugualmente al tribunale arbitrale con il risultato di uno spreco di tempo e risorse processuali dello Stato ospitante<sup>647</sup>.

---

Vedi più diffusamente al capitolo secondo.  
Vedi meglio al capitolo primo e secondo.  
Vedi al capitolo secondo, paragrafo 2.3 lettera c.  
Vedi al capitolo primo, paragrafo 3.3 lettera b.  
H. Saha, art. cit.

*Introduzione di un sistema di appello:*

Benché sia una modifica che andrebbe ad innestarsi, al pari delle precedenti, sul sistema attuale di ISDS, la creazione di un sistema di appello delle decisioni arbitrali in materia di investimenti internazionali è una proposta di riforma che merita un'attenzione particolare.

Le ragioni a favore di una tale novità, stando al rapporto UNCTAD, sono quelle di migliorare la coerenza tra le decisioni arbitrali in materia e di incrementarne la prevedibilità, portando ad una riduzione dei dubbi circa l'efficienza e la legittimità dell'attuale assetto<sup>648</sup>. Appare infatti a molti stridente che il sistema ICSID preveda un meccanismo di annullamento dedito a sopperire a patologie procedurali delle pronunce, mentre i difetti sostanziali delle stessa non trovino una sede per la loro soluzione<sup>649</sup>.

Il risultato appare perseguibile ricorrendo ad organo composto di membri permanenti, nominati dagli Stati scegliendo tra i più eminenti giuristi.

lo stesso rapporto dell'UNCTAD a sollevare importanti dubbi circa la fattibilità di una tale innovazione: il servizio sarebbe introdotto quale emendamento alla convenzione ICSID (in quanto unico strumento multilaterale in materia<sup>650</sup>) e quindi introdurrebbe un limite sostanziale ai lodi resi secondo il suo regolamento? I suoi componenti come e per quanto tempo verrebbero incaricati? Come sarebbe finanziata la struttura? Che ampiezza avrebbero i poteri di revisione di un tale organo?

---

H. Saha, art. cit.  
E. Moul, art. cit.  
Vedi meglio al capitolo terzo.

Anche se la realizzazione di questo strumento appare comunque possibile, soprattutto in virtù del fatto che sono molti gli Stati che stanno guardando in questa direzione per tentare di fugare i dubbi e le critiche da più parti sollevati avverso il sistema attuale, vi sono altri importanti ostacoli il cui superamento appare oggi altro dall'essere acquisito. In primo luogo questo progetto verrebbe a scontrarsi con alcuni principi cardine del attuale assetto, in particolare quello di finalità, che vuole i lodi arbitrali vincolanti e definitivi, non aperti ad un appello nel merito<sup>651</sup>.

Diverrebbe inoltre un sistema dispendioso, in termini di tempo quanto di denaro; infine il tribunale di appello verrebbe immediatamente a trovarsi nella situazione di dover gestire un numero di ricorsi che è facile immaginare considerevolissimo.

La situazione diviene ulteriormente complessa considerando che lo scopo dichiarato di questa riforma sarebbe quello di introdurre una maggiore coerenza tra le decisioni arbitrali in materia di investimenti, intento difficile da perseguire a fronte del rilievo che ogni singolo caso sorge in base ad un diverso trattato (un BIT tipicamente)<sup>652</sup>.

### *Istituzione di una Corte Permanente per le controversie su*

#### *Investimenti Internazionali:*

Questa radicale proposta segue quella relativa al sistema di appello. Numerosa dottrina, nonché gli estensori del rapporto UNCTAD, suggeriscono la sostituzione degli attuali tribunali arbitrali temporanei con un corte dedicata

---

H. Saha, art. cit.  
H. Saha, art. cit.

quale migliore soluzione ai problemi di incoerenza del sistema. La stessa appare anche come la più complessa riforma da realizzare<sup>653</sup>.

La corte, la cui struttura sarebbe ispirata a quella delle corti nazionali o a qualche tribunale internazionale, sostituirebbe l'attuale meccanismo di composizione delle controversie con un giudizio di impostazione più tradizionale, comprensivo di primo grado ed appello, affidati a giudici individuati mediante concorso pubblico e supervisionati da un'assemblea generale ispirata a quella dell'ICSID<sup>654</sup>.

Oltre ad innumerevoli problemi nella sua costituzione, ogni istituzione centralizzata deputata alla soluzione di controversie deve scontrarsi con problemi di legittimazione, in ragione del fatto che molti Stati potrebbero non gradire il potere "giurisdizionale" di cui l'istituzione verrebbe dotata<sup>655</sup>.

Si deve inoltre dare atto di come, nonostante i sostenitori di questo progetto sostengano che questo porterebbe alla soluzione dei problemi di coerenza del sistema e asserita parzialità sistematica degli arbitri, il risultato non appare scontato. Vi potrebbero ben essere altre e diverse ragioni a spingere nel senso di rendere interpretazioni estensive dei trattati: come gli arbitri andrebbero ad interpretare il loro ruolo per esempio; inoltre non vi sarebbe alcuna garanzia che i giudici selezionati sarebbero esenti da ogni problema di politicizzazione<sup>656</sup>.

### **Considerazioni conclusive:**

Benché le varie proposte qui considerate presentino i loro inequivocabili limiti, si tratta comunque di idee percorribili. Cionondimeno mancano di risolvere alcuni

---

H. Saha, art. cit.  
B.L. Jacobs, art. cit.  
H. Saha, art. cit.  
H. Saha, art. cit.

dei problemi che affliggono i meccanismi di ISDS: non si deve dimenticare come le disposizioni ISDS siano uno strumento procedurale volto a garantire l'effettività agli impegni sostanziali assunti dalle parti negli IIA e nei contratti di investimento: la responsabilità di rinnovare l'assetto dell'attuale sistema è quindi da dividersi tra due diverse categorie di soggetti: le parti, che definiscono gli standard sostanziali e i tribunali arbitrali che applicano gli stessi<sup>657</sup>.

In riferimento agli Stati parte degli IIA, è una critica comune quella che imputa alle disposizioni degli IIA di essere ambigue, circostanza che avrebbe aperto ad un maggiore potere degli arbitri nell'interpretazione dei trattati. Le parti statali dei BIT dovrebbero farsi carico della redazione di clausole che siano precise, chiarendo i concetti chiave e definendo l'ambito di applicazione dei trattati e delle clausole ISDS in questi contenute: fondamentale in questo senso sarebbe la previsione di una definizione esaustiva dei concetti "investimento" ed "investitore" ai fini del trattato.

A fronte della sempre più comune pratica, posta in essere dalle grandi multinazionali che operano nel settore degli investimenti internazionali, di ristrutturare le loro operazioni di investimento nel solo intento di guadagnare la protezione offerta da un certo BIT, pratica di c.d. "treaty-shopping", le parti dovrebbero approntare delle clausole tese a scongiurare una tale prassi, come le c.d. "denial of benefit clause"<sup>658</sup>.

Una delle tematiche più dibattute e note è riassumibile nella difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra gli interessi privati degli investitori e quelli pubblici perseguiti dagli Stati con scelte di politica. La soluzione più frequentemente prospettata è quella che propende per l'utilizzo di clausole di esclusione relative

---

H. Saha, art. cit.  
H. Saha, art. cit.

a certe materie. Tecnica già utilizzata da molti Stati in riferimento a settori come quello tributario o dei servizi finanziari, la cui estensione a settori cruciali quali sono l'ambiente, la salute, il lavoro e la conservazione delle risorse naturali, porrebbe il potere dei governi di regolamentare a fronte di problemi di pubblico interesse al riparo dagli effetti potenzialmente sfavorevoli di una clausola ISDS. In riferimento alla convenzione ICSID si segnala la riflessione di alcuni commentatori i quali hanno evidenziato come, dalla creazione della convenzione ad oggi, il diritto internazionale sia stato travolto da innovazioni, in particolare la tutela dell'ambiente e dei diritti umani sono assunte ad aree di interesse centrali<sup>659</sup>. Si propone, di conseguenza, un aggiornamento della convenzione il quale vada ad allargare l'ambito di applicazione della stessa, portando a ricondurvi le principali tematiche relative agli interessi pubblici. Gli arbitri non dovrebbero trascurare di prendere in considerazione gli interessi perseguiti dagli Stati in via di sviluppo nel momento di pronunciarsi. L'introduzione di queste tematiche tra i criteri di valutazione dei tribunali ICSID andrebbe nel senso di incrementare la legittimità del sistema e a favore di una più intensa e reale cooperazione internazionale per lo sviluppo economico<sup>660</sup>.

A favorire un'interpretazione ampia dei trattati ed esiti difficilmente prevedibili degli arbitrati vi sono poi le formulazioni alquanto vaghe ed indefinite di alcune disposizioni in essi contenute. Clausole quali "*minimum standard of treatment*" o le "*umbrella clause*" andrebbero espunte dai testi degli IIA per evitare la proliferazione di domande di arbitrato. In luogo di un generico richiamo ad un minimo standard di trattamento, gli estremi dello stesso andrebbero identificati

---

E. Moul, art. cit.  
E. Moul, art. cit.

da precise disposizioni di dettaglio, impostazione già seguita nel Central America Free Trade Agreement (CAFTA)<sup>661</sup>.

Altra disposizione la cui eliminazione andrebbe nel senso di una riduzione dei rischi di subire domande di arbitrato inattese è la clausola MFN<sup>662</sup>.

Ogni progetto indirizzato a migliorare il sistema attuale di ISDS non può prescindere dal prospettare cambiamenti circa gli arbitri che vanno a comporre i tribunali ISDS.

In questo senso le principali critiche al modello corrente lamentano una presunta parzialità degli arbitri. In primo luogo è da più parti auspicata una riforma della retribuzione dei soggetti chiamati a decidere nei tribunali internazionali in materia di investimenti: retribuzioni fisse in luogo di un compenso in ragione del tempo o del valore della vertenza decisa. Come sottolineato, tra gli altri, da un rapporto dell'OECD oltre il 50% degli arbitri ha ricevuto incarichi come consulente di investitori e più del 10% ha svolto lo stesso servizio a favore di uno Stato, sollevando un problema di conflitto di interessi.

Affidare il ruolo di arbitri a soggetti, di diverse nazionalità; nominati per un periodo determinato di tempo; durante il quale vige a carico di questi un divieto di assumere ogni incarico di consulenza a favore di parti coinvolte in liti connesse ad investimenti internazionali; appare la via migliore per ovviare ad un siffatto problema<sup>663</sup>.

Prendendo atto delle difficoltà nella realizzazione di questo progetto, la dottrina ha proposto una soluzione di più semplice ed immediata realizzazione: le parti contestualmente alla redazione dell'IIA dovrebbero redigere una lista di possibili

---

H. Saha, art. cit.

Vedi al capitolo primo, paragrafo 3.3 lettera b. per le ragioni di un tale effetto.

H. Saha, art. cit.



arbitri concordemente individuati, in caso di una lite gli arbitri verrebbero selezionati tra questi soggetti, riducendo le possibilità che insorgano attriti in merito alle qualità dei soggetti chiamati a decidere della lite ed aumentando la trasparenza del procedimento.

Nel senso di aumentare la trasparenza dei procedimenti si sono già mosse le principali istituzioni internazionali in materia: ICSID ed UNCITRAL.

Da più parti si auspica comunque uno sforzo riformatore ulteriore, teso a garantire, oltre alla trasparenza dei procedimenti, la più agevole prevedibilità dell'esito degli stessi. Questo risultato avverrebbe con l'introduzione di un principio del precedente nei giudizi arbitrali, limitatamente ai casi comparabili, nella speranza di agevolare così la nascita di un codice di condotta comune a tutti gli arbitri chiamati a decidere di questioni originatesi nell'ambito di un

investimento internazionale protetto da un IIA<sup>664</sup>.

Nell'aprile del 2006 il centro ICSID ha apportato alcune limitate modifiche al regolamento di arbitrato<sup>665</sup>. Più di recente sono da registrare importanti passi nel senso di garantire una maggiore trasparenza ai procedimenti di ISDS: nel 2014 vengono emanate le regole UNCITRAL sulla trasparenza; nello stesso anno

l'assemblea generale delle UN a promulgare una "Convenzione sulla trasparenza negli ISDS"; aperta alla firma da marzo 2015<sup>666</sup>.

Questi primi tentativi di rinnovamento, seppur limitati, dimostrano che è possibile per il sistema adattarsi all'evoluzione dei bisogni di investitori e Stati ospitanti<sup>667</sup>.

---

H. Saha, art. cit.  
E. Moul, art. cit.  
M. Marchesiello, art. cit.  
E. Moul, art. cit.

## ALLEGATO 1

### "Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati"

Washington 19 marzo 1965

#### **Preambolo**

Gli Stati contraenti

Considerato la necessità di una cooperazione internazionale per lo sviluppo economico e l'importanza assunta, in tale ambito, dagli investimenti privati internazionali;

Tenuto conto delle controversie che, in ogni tempo, possono sorgere fra Stati contraenti e cittadini d'altri Stati contraenti riguardo a detti investimenti;

Riconoscono, benché tali vertenze siano normalmente oggetto di ricorso alle istanze interne, l'opportunità, per determinati casi, di una loro composizione internazionale;

Coscienti dell'importanza di creare mezzi internazionali per la conciliazione e l'arbitrato cui gli Stati contraenti ed i cittadini d'altri Stati contraenti possono, se lo desiderano, sottoporre le rispettive controversie;

Desiderosi d'istituire detti mezzi sotto gli auspici della Banca Internazionale per la ricostruzione e il promovimento economico;

Riconosciuto che, il mutuo consenso delle Parti a comporre le vertenze in conciliazione o arbitrato, ricorrendo a tali mezzi, rappresenta un accordo di carattere obbligatorio che esige la debita presa in considerazione di ogni raccomandazione avanzata dai conciliatori come pure l'esecuzione di ogni sentenza arbitrale; e

Dichiarando che senza espresso consenso in merito, nessuno Stato contraente, in quanto abbia ratificato, accettato od approvata la presente Convenzione, è considerata aver assunto alcun obbligo in quanto riguarda la conciliazione o l'arbitrato;

hanno convenuto le seguenti disposizioni:

## **Capitolo I Ufficio internazionale per la composizione delle controversie relative agli investimenti**

### *Sezione 1 Istituzione e organizzazione*

#### **Art. 1**

Giusta la presente Convenzione, è istituito un Ufficio internazionale per la composizione delle controversie relative agli investimenti (appresso Ufficio).

L'Ufficio ha lo scopo d'elargire, conformemente alle disposizioni della presente Convenzione, i mezzi di conciliazione e d'arbitrato necessari alla composizione delle controversie relative agli investimenti, che oppongono gli Stati contraenti a cittadini d'altri Stati contraenti.

#### **Art. 2**

La sede dell'Ufficio è quella della Banca Internazionale per la Ricostruzione e il Promovimento economico (appresso Banca). Essa può essere trasferita in altro luogo con decisione del Consiglio amministrativo presa alla maggioranza dei due terzi dei membri.

#### **Art. 3**

L'Ufficio si compone di un Consiglio amministrativo e di un Segretariato. Esso compila un elenco dei conciliatori ed uno degli arbitri.

### *Sezione 2 Del Consiglio amministrativo*

#### **Art. 4**

Il Consiglio amministrativo comprende un rappresentante di ogni Stato contraente. Un supplente può fungere da rappresentante se quest'ultimo è assente da una riunione o è impedito.

Salvo diversa disposizione, il governatore e il governatore supplente della Banca, designati da uno Stato contraente, assumono d'ufficio le rispettive funzioni di rappresentante e di supplente.

#### **Art. 5**

Il Presidente della Banca è, d'ufficio, Presidente del Consiglio amministrativo (appresso Presidente) senza tuttavia avere diritto di voto. Se assente od impedito oppure se la presidenza della Banca è vacante, il supplente in seno alla Banca funge anche da presidente.

## **Art. 6**

Senza pregiudicare competenze attribuitele giusta le altre disposizioni della presente Convenzione, il Consiglio amministrativo:

- a. adotta il regolamento amministrativo e quello finanziario dell'Ufficio; b. adotta l'ordinamento procedurale relativo all'introduzione di istanze di conciliazione e d'arbitrato;
- c. adotta gli ordinamenti procedurali attinenti alle istanze di conciliazione e arbitrato (appresso Regolamento di conciliazione e Regolamento di arbitrato); d. approva gli accordi con la Banca relativi all'utilizzazione dei locali e dei servizi amministrativi di quest'ultima;
- e. stabilisce le condizioni d'impiego del Segretario generale come pure dei Segretari generali aggiunti;
- f. adotta il bilancio annuo dell'Ufficio;
- g. approva il rapporto annuo sulle attività svolte dall'Ufficio.

Le decisioni giusta le lettere a, b, c e f sono prese alla maggioranza dei due terzi dei membri del Consiglio amministrativo.

Il Consiglio amministrativo ha la facoltà d'istituire qualsiasi commissione che esso reputi necessaria.

Il Consiglio amministrativo esercita pure ogni altra funzione che esso giudichi necessaria per l'esecuzione della presente Convenzione.

## **Art. 7**

Il Consiglio amministrativo tiene una sessione annuale e altre se, decise dal Consiglio stesso, oppure convocate dal Presidente o dal Segretario generale su richiesta d'almeno cinque membri del Consiglio.

Ogni membro del Consiglio amministrativo dispone di un voto e, salvo disposizioni contrarie della presente Convenzione, il Consiglio decide alla maggioranza dei voti emessi.

In ogni sessione del Consiglio amministrativo il quorum è rappresentato dalla metà più uno dei membri.

Il Consiglio amministrativo può adottare, alla maggioranza dei due terzi dei membri, una procedura che autorizza il Presidente a chiedere al Consiglio il voto per corrispondenza. Detto voto è valido se la maggioranza dei membri del Consiglio vi ha preso parte nei termini fissati dalla sopraccitata procedura.

## **Art. 8**

Le funzioni di membro del Consiglio amministrativo e di Presidente non sono remunerate dall'Ufficio.

### *Sezione 3 Del Segretariato*

#### **Art. 9**

Il Segretariato è composto di un Segretario generale, di uno o più Segretari generali aggiunti e del personale.

#### **Art. 10**

Il Segretario generale ed i Segretari generali aggiunti sono eletti, su presentazione del Presidente, dal Consiglio amministrativo, alla maggioranza dei due terzi dei membri, per un periodo non superiore ai sei anni e sono rieleggibili. Il Presidente, dopo aver consultato i membri del Consiglio amministrativo, presenta uno o più candidati per ogni funzione.

Le funzioni di Segretario generale e di Segretario generale aggiunto sono incompatibili con l'esercizio di qualsiasi funzione politica. Salvo deroga concessa dal Consiglio amministrativo, il Segretario generale ed i Segretari generali aggiunti non possono esercitare altri impieghi o svolgere altre attività professionali.

In caso d'assenza o d'impedimento del Segretario generale o se la carica è vacante, il Segretario generale aggiunto ne assume le funzioni. Per più Segretari generali aggiunti, il Consiglio amministrativo determina a priori l'ordine di supplenza o successione.

#### **Art. 11**

Il Segretario generale è il rappresentante legale dell'Ufficio, lo dirige, risponde dell'amministrazione e dell'assunzione del personale conformemente alle disposizioni della presente Convenzione ed ai regolamenti adottati dal Consiglio amministrativo. Esso svolge la funzione di cancelliere ed autentica le sentenze arbitrali giusta la presente Convenzione certificandone le copie.

### *Sezione 4 Degli elenchi*

#### **Art. 12**

L'elenco dei conciliatori e quello degli arbitri sono composti di persone qualificate, designate come sotto, che hanno accettato di figurare su detti elenchi.

#### **Art. 13**

Ogni Stato contraente può designare, per ogni elenco, quattro persone non necessariamente suoi cittadini.

Il Presidente ha la facoltà di designare, per ogni elenco, dieci persone. Tra le persone di un medesimo elenco non devono essercene di ugual cittadinanza.

#### **Art. 14**

Le persone così designate devono godere di alta considerazione morale, essere profondamente competenti nel campo giuridico, commerciale, industriale o finanziario, e dare ogni garanzia d'indipendenza nell'esercizio delle rispettive funzioni. È preminente, per l'elenco degli arbitri, la competenza giuridica.

Il Presidente nella scelta deve inoltre tener conto dell'importanza della rappresentanza, in detti elenchi, dei principali sistemi giuridici mondiali come pure dei preminenti settori economici d'attività.

#### **Art. 15**

La designazione è fatta per un periodo di sei anni ed è rinnovabile.

In caso di decesso o di dimissioni di una persona menzionata negli elenchi, l'autorità che l'ha nominata ha la facoltà di designare un supplente per il resto del mandato.

Le persone menzionate negli elenchi sono cancellate solo all'atto della designazione del rispettivo successore.

#### **Art. 16**

Una persona può figurare contemporaneamente sui due elenchi.

Se una persona è designata, per figurare sullo stesso elenco, da diversi Stati contraenti, o da uno di essi e dal Presidente, essa è considerata designata dall'autorità che l'ha presentata per prima; tuttavia se tale persona è cittadino di uno Stato che ha concorso alla sua designazione essa è reputata nominata da detto Stato.

Ogni designazione dev'essere notificata al Segretario generale e entra in vigore alla data di ricezione della notifica.

### *Sezione 5 Del finanziamento dell'Ufficio*

#### **Art. 17**

Se le spese di gestione dell'Ufficio non possono essere coperte dalle tasse pagate per l'utilizzazione dei servizi o da altre fonti di reddito, l'eccedenza è sopportata dagli Stati contraenti membri della Banca, in proporzione alle rispettive sottoscrizioni di capitale, e dagli Stati contraenti che, conformemente ai regolamenti adottati dal Consiglio amministrativo, non sono membri della Banca.

## *Sezione 6 Statuti, immunità e privilegi*

### **Art. 18**

L'Ufficio ha piena personalità giuridica internazionale. Inoltre esso ha facoltà di:

- a. vincolarsi per contratto;
- b. d'acquistare dei beni mobili e immobili e di disporne; c. comparire in giudizio.

### **Art. 19**

L'Ufficio, per poter compiere le sue funzioni, gode, sul territorio di ogni Stato contraente, delle immunità e dei privilegi definiti nella presente Sezione.

### **Art. 20**

L'Ufficio, nonché i suoi averi e beni, non possono essere oggetto di alcuna azione giudiziaria, tranne se esso rinuncia all'immunità.

### **Art. 21**

Il Presente, i membri del Consiglio amministrativo, le persone che operano in qualità di conciliatori, arbitri o membri del Comitato previsto all'articolo 52, capoverso 3), come pure i funzionari e gli impiegati del Segretariato:

- a. non possono essere perseguiti per atti da essi compiuti nell'esercizio delle loro funzioni tranne se l'Ufficio tolga loro l'immunità;
- b. beneficiano, allorquando non sono cittadini dello Stato ove esercitano le loro funzioni, delle stesse immunità e facilitazioni che gli Stati contraenti accordano ai rappresentanti, funzionari e impiegati di pari rango di altri Stati contraenti, segnatamente, per quanto riguarda l'immigrazione, la notifica degli stranieri, gli obblighi militari o analoghe prestazioni come pure le mutazioni e i trasferimenti.

### **Art. 22**

Le disposizioni dell'articolo 21 sono applicabili alle persone che partecipano alle istanze oggetto della presente Convenzione in qualità di Parti in causa, d'agenti, di consiglieri, d'avvocati, di testimoni o di periti; tuttavia la lettera b è applicabile soltanto ai trasferimenti ed al soggiorno di dette persone nel Paese ove ha luogo la procedura.

### **Art. 23**

Gli archivi dell'Ufficio sono inviolabili ovunque essi si trovino.

Ogni Stato contraente accorda alle comunicazioni ufficiali dell'Ufficio il medesimo trattamento di favore concesso ad altre istituzioni internazionali.

#### Art. 24

L'Ufficio, i suoi beni, averi e redditi come pure le operazioni che esso svolge nell'ambito della presente Convenzione sono esenti da ogni forma d'imposta o dazio doganale. L'Ufficio è parimenti esentato da ogni obbligo relativo al pagamento d'imposta o dazi doganali.

Nessun genere d'imposta è prelevato sulle indennità che l'Ufficio paga al Presidente od ai membri del Consiglio amministrativo o sui salari sugli onorari o su altre indennità che esso versa ai funzionari o impiegati del Segretariato, salvo che i beneficiari siano cittadini del Paese ove esercitano le loro funzioni.

Nessun genere d'imposta è prelevato sugli onorari o sulle indennità versate alle persone che operano quali conciliatori, arbitri o membri del Comitato di cui all'articolo 52, capoverso 3), nelle istanze contemplate nella presente Convenzione, se, detta imposta ha, quale unico fondamento giuridico la sede dell'Ufficio o il luogo ove si sta svolgendo l'istanza o quello in cui sono pagati i sopraccitati onorari e indennità.

## Capitolo II Della competenza dell'Ufficio

#### Art. 25

Nell'ambito delle competenze dell'Ufficio rientrano le controversie d'ordine giuridico fra uno Stato contraente (od una collettività pubblica od un ente da esso dipendente e all'uopo designato) ed un cittadino di un altro Stato contraente in relazione diretta con un investimento, sottoposte all'Ufficio col consenso scritto delle Parti. Il consenso di cui sopra non può essere ritirato unilateralmente.

«Cittadino d'un altro Stato contraente» indica:

- a. Tutte le persone fisiche che possiedono la nazionalità di uno Stato contraente che non sia Parte nella controversia alla data in cui le Parti hanno convenuto di sottoporre la controversia alla procedura di conciliazione o d'arbitrato oppure alla data in cui la richiesta è stata registrata conformemente all'articolo 28, capoverso 3) o 36, capoverso 3, eccettuate quelle persone che, in una qualsiasi di tali date, sono ugualmente in possesso della nazionalità dello Stato contraente Parte nella controversia;
- b. Tutte le persone giuridiche che possiedono la nazionalità di uno Stato contraente, che non sia Parte nella controversia, alla data in cui le Parti hanno convenuto di sottoporre la controversia alla procedura di conciliazione o d'arbitrato, come pure tutte le persone giuridiche aventi la nazionalità dello Stato contraente, Parte nella controversia alla data di cui sopra, ma che le Parti hanno convenuto, ai sensi della presente Convenzione, di considerare nazionali d'un altro Stato contraente, in ragione del controllo esercitato su di essi da interessi esteri.



Il consenso dato da una collettività pubblica o da un ente dipendente da uno Stato contraente è subordinato all'approvazione di detto Stato, salvo se quest'ultimo comunichi all'Ufficio che l'approvazione di cui sopra non è necessaria.

Ogni Stato contraente ha la facoltà, al momento della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della Convenzione oppure ad una data ulteriore, di portare a conoscenza dell'Ufficio la o le categorie di controversie da esso giudicate sottoponibili alla competenza dell'Ufficio. Il Segretario generale ne dà immediata notizia a tutti gli altri Stati contraenti. Detta notifica non costituisce il consenso di cui al capoverso 1).

#### **Art. 26**

Il consenso delle Parti alla procedura d'arbitrato, giusta la presente Convenzione, è, salvo contraria indicazione, presunzione di rinuncia ad ogni altra forma di ricorso. Quale condizione per il consenso ad una procedura d'arbitrato giusta la presente Convenzione, uno Stato contraente può esigere che i ricorsi amministrativi e giudiziari interni siano stati esauriti.

#### **Art. 27**

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

Ai fini dell'applicazione del capoverso 1), la protezione colà menzionata non concerne gli approcci diplomatici unicamente intesi a sveltire la composizione della controversia.

## **Capitolo III Della conciliazione**

### *Sezione 1 Della richiesta di conciliazione*

#### **Art. 28**

Lo Stato contraente od il cittadino di uno Stato contraente che intende avviare una procedura di conciliazione deve formulare, per iscritto, una richiesta in tal senso al Segretario generale che ne trasmette copia alla controparte.

La richiesta deve contenere informazioni circa l'oggetto della controversia, l'identità delle Parti e il rispettivo consenso a procedere conformemente all'ordinamento procedurale attinente all'introduzione delle istanze di conciliazione e d'arbitrato.

Il Segretario generale deve registrare la richiesta salvo che, giusta le informazioni contenute nella domanda, giudichi l'Ufficio manifestamente incompetente a regolare la vertenza. Egli deve immediatamente notificare alle Parti il rifiuto o l'avvenuta registrazione.

### *Sezione 2 Della costituzione della Commissione di conciliazione*

#### **Art. 29**

La Commissione di conciliazione (appresso Commissione) è costituita appena possibile dopo l'avvenuta registrazione della richiesta conformemente all'articolo 28.

2)

- a. La Commissione si compone di un conciliatore unico oppure d'un numero dispari di conciliatori, nominati conformemente all'accordo delle Parti.
- b. In mancanza d'accordo fra le Parti sul numero dei conciliatori e sul sistema di nomina, la Commissione si comporrà di tre conciliatori; ogni Parte ne nomina uno mentre il terzo, che funge da Presidente della Commissione, è eletto di comune accordo fra le Parti.

#### **Art. 30**

Se entro 90 giorni dalla notifica della registrazione della richiesta, conformemente all'articolo 28, capoverso 3), da parte del Segretario generale oppure entro un qualsiasi altro termine stabilito dalle Parti, la Commissione non è costituita, il Presidente, a richiesta della Parte più diligente, e, se possibile, dopo aver consultato le Parti, nomina il conciliatore od i conciliatori non ancora designati.

#### **Art. 31**

I conciliatori possono essere scelti fuori dall'elenco dei conciliatori, salvo nel caso di nomina da parte del Presidente giusta l'articolo 30.

I conciliatori così designati devono possedere le qualità previste all'articolo 14, capoverso 1).

### *Sezione 3 Della procedura davanti alla Commissione*

#### **Art. 32**

La Commissione risolve circa la propria competenza.

Qualsiasi contestazione, sollevata da una Parte e fondata sulla motivazione che la controversia non compete all'Ufficio oppure, per altre ragioni, alla

Commissione, deve essere esaminata da quest'ultima che decide se la contestazione va trattata preliminarmente o assieme alla questione principale.

#### **Art. 33**

Ogni procedura di conciliazione è condotta conformemente alle disposizioni della presente Sezione e, salvo avviso contrario delle Parti, al Regolamento di conciliazione in vigore alla data in cui esse hanno consentito di ricorrere a tale procedura. Nel caso si verifichi un problema procedurale non contemplato dalla presente Sezione o dal Regolamento di conciliazione o da qualsiasi altro ordinamento adottato dalle Parti, esso è giudicato dalla Commissione.

#### **Art. 34**

La Commissione ha lo scopo di chiarire i punti litigiosi fra le Parti e deve procedere in modo tale da renderli mutualmente accettabili. A questo fine, la Commissione può, in un qualsiasi stadio della procedura ed a più riprese, raccomandare alle Parti un certo modo di comporre la vertenza. Quest'ultime devono collaborare in buona fede con la Commissione per far sì che essa possa compiere le sue funzioni e devono tener altamente conto delle sue raccomandazioni.

Se le Parti giungono ad un accordo, la Commissione redige un processo verbale menzionando i punti litigiosi e prendendo atto dell'avvenuto accordo fra le Parti. Se in un qualsiasi stadio della procedura, la Commissione è dell'avviso che non esiste alcuna possibilità d'accordo fra le Parti, essa chiude la procedura e redige un processo verbale dove è constatato che la controversia è stata sottoposta alla procedura di conciliazione e che le Parti non sono riuscite ad accordarsi. Se una delle Parti è assente dalla procedura o si astiene, la Commissione chiude il procedimento e redige un processo verbale.

#### **Art. 35**

Salvo contraria disposizione fra le Parti, nessuna di esse può, in occasione di un'altra procedura arbitrale, giudiziaria o d'altro genere, invocare le opinioni espresse, le dichiarazioni o le offerte di composizione che abbia ricevuto dalla controparte durante lo svolgimento della procedura come pure il processo verbale e le raccomandazioni della Commissione.

## **Capitolo IV Dell'arbitrato**

### *Sezione 1 Della domanda d'arbitrato*

#### **Art. 36**

Lo Stato contraente o il cittadino d'uno Stato contraente che intende avviare una procedura d'arbitrato deve farne domanda scritta al Segretario generale che ne invia una copia all'altra Parte.

La domanda deve contenere informazioni concernenti l'oggetto della vertenza, l'identità delle Parti e il loro consenso all'arbitrato giusta l'ordinamento procedurale relativo all'introduzione di istanze di conciliazione e d'arbitrato.

Il Segretario generale deve registrare la domanda, salvo se, viste le informazioni contenute, egli non ritenga che la vertenza esuli manifestamente dalle competenze dell'Ufficio. Egli deve notificare senza indugio alle Parti la registrazione o il rifiuto di registrazione.

## *Sezione II Della costituzione del Tribunale*

### **Art. 37**

Il Tribunale arbitrale (dappresso: Tribunale) è costituito il più presto possibile, dopo la registrazione d'una domanda conformemente all'articolo 36.

2)

a. Il Tribunale è composto di un arbitro unico o d'un numero dispari di essi, designati conformemente all'accordo delle Parti.

b. Se le Parti non s'accordano sul numero degli arbitri e sul modo di designarli, il Tribunale sarà composto di tre arbitri; ciascuna Parte ne nomina uno, e il terzo, che presiede il Tribunale, è designato d'intesa fra le Parti.

### **Art. 38**

Se il Tribunale non è stato costituito entro i 90 giorni successivi alla notificazione della registrazione della domanda da parte del Segretario generale giusta l'articolo 36, capoverso 3) oppure entro qualsiasi altro termine convenuto dalle Parti, il Presidente, su richiesta della Parte più diligente e, possibilmente dopo aver consultato le Parti, nomina l'arbitro o gli arbitri non ancora designati. Gli arbitri così nominati non possono essere cittadini dello Stato contraente che

Parte nella controversia o dello Stato contraente il cui cittadino è Parte della controversia.

### **Art. 39**

Gli arbitri, componenti della maggioranza, devono essere cittadini di Stati diversi da quello contraente che è Parte nella controversia e da quello contraente il cui cittadino è Parte della controversia; tuttavia questa disposizione non si applica se le Parti, di comune intesa designano l'arbitro unico o ciascuno dei membri del Tribunale.

### **Art. 40**

Gli arbitri, se non sono nominati dal Presidente giusta l'articolo 38, possono essere scelti fuori dall'elenco degli arbitri.

Gli arbitri nominati fuori dall'elenco degli arbitri devono possedere le qualità di cui all'articolo 14, capoverso 1).

### *Sezione 3 Dei poteri e delle funzioni del Tribunale*

#### **Art. 41**

Il Tribunale risolve circa la propria competenza.

Qualsiasi contestazione, sollevata da una Parte e fondata sulla motivazione che la controversia non compete all'Ufficio oppure, per altre ragioni, al Tribunale, deve essere esaminata da quest'ultimo che decide se la contestazione va trattata preliminarmente o assieme alla questione principale.

#### **Art. 42**

Il Tribunale risolve la controversia conformemente alle norme di diritto convenute dalle Parti. Se quest'ultime non s'accordano, il Tribunale applica il diritto dello Stato contraente che è Parte della controversia - compreso l'ordinamento concernente i conflitti di legge - e i principi di diritto internazionale nella materia.

Il Tribunale non può rifiutare il giudizio con il pretesto che il diritto taccia o non sia chiaro per quanto concerne il punto litigioso.

Le disposizioni dei capoversi precedenti non pregiudicano la facoltà del Tribunale di statuire ex aequo et bono se le Parti sono d'accordo.

#### **Art. 43**

Salvo altro accordo delle Parti, il Tribunale, qualora lo ritenga necessario, può ogni momento durante i dibattiti:

a. chiedere alle Parti di produrre tutti i documenti o gli altri mezzi di prova, e b. recarsi in loco e procedere a tutte le indagini ch'esso ritenga necessarie.

#### **Art. 44**

Le procedure d'arbitrato sono condotte conformemente alle disposizioni della presente sezione e, salvo altro accordo delle Parti, al Regolamento arbitrale in vigore nel momento in cui esse hanno consentito all'arbitrato. Qualora sorgesse una questione procedurale non prevista nella presente sezione, nel Regolamento arbitrale o in qualsiasi altro regolamento adottato dalle Parti, il Tribunale la risolve.

#### **Art. 45**

Se una delle Parti non compare in giudizio o non fa valere i propri diritti ciò non significa ch'essa approvi le pretese dell'altra Parte.

Se una delle Parti, in un qualsiasi momento della procedura non compare in giudizio o non fa valere i propri diritti, l'altra Parte può chiedere al Tribunale di

trattare le conclusioni sottopostegli e di pronunciare la sentenza. Il Tribunale, nel notificare la richiesta alla Parte in mora, deve concederle un congruo termine prima di pronunciare la sentenza a meno che esso sia convinto che la Parte in questione non ha l'intenzione di comparire o di far valere i propri diritti.

#### **Art. 46**

Salvo altro accordo fra le Parti, il Tribunale deve, a richiesta di una di esse, statuire su tutte le domande incidentali, addizionali o riconvenzionali riferentesi direttamente all'oggetto della controversia, alla condizione che il consenso delle Parti si estenda anche a tali domande e che esse siano di competenza dell'ufficio.

#### **Art. 47**

Salvo altro accordo fra le Parti, il Tribunale, ritenuto che le circostanze lo esigono, può raccomandare tutti i provvedimenti temporanei intesi a tutelare i diritti delle Parti.

### *Sezione 4 Della sentenza*

#### **Art. 48**

Il Tribunale statuisce su ogni questione a maggioranza del plenum.

La sentenza è rilasciata per scritto e firmata da tutti i membri del Tribunale che l'hanno votata.

La sentenza deve essere motivata e deve trattare tutte le conclusioni sottoposte al Tribunale.

Ogni membro del Tribunale può allegare alla sentenza sia il parere personale - rispondente o meno a quello della maggioranza - sia la menzione della propria disapprovazione.

L'Ufficio non pubblica nessuna sentenza senza il consenso delle Parti.

#### **Art. 49**

Il Segretario generale invia senz'indugio alle Parti copie certificate conformi della sentenza. Quest'ultima è da ritenersi pronunciata il giorno in cui sono inviate le copie in questione.

Il Tribunale, su richiesta di una delle Parti, presentata nel termine di 45 giorni dalla sentenza, può, dopo averlo notificato all'altra Parte, statuire su qualsiasi questione in cui avesse omesso di pronunciarsi e correggere eventuali

errori materiali contenuti nella sentenza. Siffatta decisione è parte integrante della sentenza e va notificata alle Parti nella stessa forma di quest'ultima. I termini prescritti nell'articolo 51, capoverso 2) e nell'articolo 52, capoverso 2) decorrono dalla data della decisione corrispondente.

### *Sezione 5 Dell'interpretazione della revisione e dell'annullamento della sentenza*

#### **Art. 50**

Qualsiasi controversia che dovesse sorgere fra le Parti, concernente il senso o la portata della sentenza, può essere oggetto d'una domanda d'interpretazione indirizzata per scritto al Segretario generale da una delle Parti.

Ove sia possibile, la domanda è sottoposta al Tribunale che ha pronunciato la sentenza. Altrimenti, va costituito un nuovo Tribunale conformemente alla sezione 2 del presente capitolo. Il Tribunale, qualora ritenga che circostanze lo esigono, può decidere di sospendere l'esecuzione della sentenza fin che esso si sia pronunciato sulla domanda d'interpretazione.

#### **Art. 51**

Ciascuna Parte può chiedere, per scritto, al Segretario generale la revisione della sentenza qualora si scoprano fatti d'importanza decisiva sempreché tali fatti non erano conosciuti prima del giudizio né dal Tribunale né dalla Parte richiedente e quest'ultima non li abbia ignorati per negligenza.

La domanda deve essere presentata nei 90 giorni successivi alla scoperta del fatto nuovo e, in ogni caso, entro tre anni dalla data della sentenza.

Ove sia possibile, la domanda è sottoposta al Tribunale che ha pronunciato la sentenza; altrimenti va costituito un nuovo Tribunale conformemente alla Sezione 2 del presente capitolo.

Il Tribunale, qualora ritenga che le circostanze lo esigono, può decidere di sospendere l'esecuzione della sentenza fin che esso si sia pronunciato sulla domanda di revisione. Se la Parte ricorrente chiede anche la sospensione dell'esecuzione, quest'ultima è temporaneamente concessa fin che il Tribunale si sia pronunciato su tale richiesta.

#### **Art. 52**

Ciascuna Parte può chiedere, per scritto, al Segretario generale l'annullamento della sentenza per uno qualsiasi dei motivi seguenti:

- a. vizio nella costituzione del Tribunale;
- b. abuso manifesto di potere del Tribunale;
- c. corruzione d'un membro del Tribunale;

- d. inosservanza grave d'una regola fondamentale di procedura;
- e. infondatezza.

La richiesta deve essere formulata nei 120 giorni successivi alla data della sentenza a meno che non si tratti d'un annullamento per causa di corruzione nel qual caso la domanda va presentata nei 120 giorni successivi alla data in cui è stata scoperta la corruzione e, in ogni caso, entro tre anni a contare dalla data della sentenza.

Ricevuta la domanda, il Presidente nomina immediatamente un Comitato ad hoc di tre membri scegliendoli nell'elenco degli arbitri. I membri del comitato non possono essere scelti fra quelli del Tribunale che ha pronunciato la sentenza né possedere la medesima cittadinanza di uno di questi ultimi né quella d'uno Stato Parte della controversia o dello Stato il cui cittadino è parte della controversia e tantomeno essere stati designati nell'elenco degli arbitri da uno degli Stati in questione o aver svolto le funzioni di conciliatore nell'affare in questione. Il Comitato ha la facoltà d'annullare la sentenza completamente o parzialmente per uno dei motivi menzionati nel capoverso 1).

Le disposizioni degli articoli da 41 a 45, 48, 49, 53 e 54 come anche dei capitoli VI e VII s'applicano mutatis mutandis alla procedura davanti al Comitato.

Il Comitato, qualora ritenga che circostanze lo esigano, può decidere di sospendere l'esecuzione della sentenza finché si sia pronunciato sulla domanda d'annullamento. Se la parte ricorrente chiede anche la sospensione dell'esecuzione, quest'ultima è temporaneamente concessa fin che il Comitato si sia pronunciato su tale richiesta.

Se la sentenza è annullata, la controversia è sottoposta, su domanda della Parte più diligente, a un nuovo Tribunale costituito conformemente alla Sezione 2 del presente capitolo.

### *Sezione 6 Del riconoscimento e dell'esecuzione della sentenza*

#### **Art. 53**

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

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

#### **Art. 54**

Ciascuno Stato contraente riconosce vincolanti le sentenze pronunciate secondo la presente Convenzione e assicura, sul proprio territorio, l'esecuzione



degli obblighi pecuniari imposti nella sentenza come se si trattasse d'un giudizio definitivo d'un tribunale dello Stato in questione. Uno Stato contraente che abbia una Costituzione federale può affidare l'esecuzione della sentenza ai Tribunali federali e prevedere che quest'ultimi la considerino come una sentenza definitiva dei Tribunali d'uno degli Stati confederati.

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

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

#### **Art. 55**

Nessuna disposizione dell'articolo 54 può essere interpretata quale eccezione al diritto, in vigore in uno Stato contraente, concernente l'immunità d'esecuzione per quest'ultimo Stato o per un altro.

### *Capitolo V Della sostituzione e della ricusazione di conciliatori e arbitri*

#### **Art. 56**

Una volta costituiti Commissione o Tribunale e avviate le procedure, la loro composizione non può più essere modificata. Tuttavia, in caso di decesso, incapacità o dimissione d'un conciliatore o d'un arbitro, è provveduto alla vacanza conformemente alle disposizioni del capitolo III, Sezione 2 o del capitolo IV, Sezione 2.

Ogni membro d'una Commissione o d'un Tribunale deve portare a termine il mandato anche se il suo nome non è più contenuto nell'elenco.

Se un conciliatore o un arbitro designato da una Parte dimissiona senza il consenso della Commissione, rispettivamente del Tribunale, il Presidente provvede alla vacanza designando un sostituto dall'elenco pertinente.

#### **Art. 57**

Una Parte può chiedere alla Commissione o al Tribunale la ricusazione di uno dei membri per qualsiasi motivo comportante la manifesta menomazione delle qualità di cui nell'articolo 14, capoverso 1). Inoltre, in una procedura arbitrale, una Parte può chiedere la ricusazione d'un arbitro se quest'ultimo non adempie alle condizioni stabilite nella Sezione 2 del capitolo IV per la nomina in un Tribunale arbitrale.

#### **Art. 58**

Gli altri membri della Commissione o, rispettivamente, del Tribunale, si pronunciano in merito alle domande di ricusazione. In caso di parità di voti o se la domanda concerne un arbitro o un conciliatore unico oppure la maggioranza della Commissione o del Tribunale, la decisione è presa dal Presidente. Se è riconosciuta la fondatezza della domanda, il membro ricusato è sostituito conformemente alle disposizioni del capitolo III, Sezione 2 o del capitolo IV Sezione 2.

### **Capitolo VI Delle spese procedurali**

#### **Art. 59**

Le tasse dovute dalle Parti per i Servizi dell'Ufficio sono stabilite dal Segretario generale, conformemente ai regolamenti adottati in proposito dal Consiglio amministrativo.

#### **Art. 60**

Ciascuna Commissione e ciascun Tribunale stabiliscono gli onorari e le spese dei propri membri, entro i limiti definiti dal Consiglio amministrativo e dopo aver consultato il Segretario generale.

Nonostante le disposizioni del capoverso precedente, le Parti possono prestabilire, d'intesa con la Commissione o il Tribunale, gli onorari e le spese dei membri.

#### **Art. 61**

Nella procedura di conciliazione, gli onorari e le spese dei membri della Commissione e le tasse per i servizi dell'Ufficio sono ripartite ugualmente fra le Parti. Ciascuna Parte sopporta le altre proprie spese nate per bisogni della procedura.

Nella procedura arbitrale il Tribunale stabilisce, salvo altro accordo fra le Parti, l'ammontare delle spese di esse nate per i bisogni della procedura, e decide le modalità di ripartizione e di pagamento di queste spese, degli onorari, delle spese dei membri del Tribunale e delle tasse per i servizi dell'Ufficio. Questa decisione è parte integrante della sentenza.

### **Capitolo VII Del luogo di procedura**

#### **Art. 62**

Le procedure di conciliazione e d'arbitrato si svolgono nella sede dell'Ufficio; sono riservate le disposizioni che seguono.

#### **Art. 63**

Se le Parti hanno così deciso, le procedure di conciliazione e d'arbitrato possono svolgersi:

- a. nella sede della Corte permanente d'arbitrato o di qualsiasi altra istituzione adeguata, pubblica o privata, per cui l'Ufficio abbia concluso una convenzione in proposito; oppure
- b. in qualsiasi altro luogo approvato dalla Commissione o dal Tribunale dopo aver consultato il Segretario generale.

### **Capitolo VIII Controversie fra Stati contraenti**

#### **Art. 64**

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

### **Capitolo IX Emendamenti**

#### **Art. 65**

Ogni Stato contraente può proporre emendamenti alla presente Convenzione. Il tenore d'ogni emendamento deve essere comunicato al Segretario generale almeno 90 giorni prima della riunione del Consiglio amministrativo durante la quale deve essere esaminato l'emendamento in questione. Il Segretario generale lo trasmette a tutti i membri del Consiglio amministrativo.

#### **Art. 66**

Se il Consiglio amministrativo decide alla maggioranza dei due terzi del plenum, l'emendamento proposto è distribuito a tutti gli Stati contraenti per essere ratificato, accettato o approvato. L'emendamento entra in vigore 30 giorni dopo che il depositario della presente Convenzione abbia notificato agli Stati contraenti la ratificazione, accettazione o approvazione.

Nessun emendamento può pregiudicare i diritti e gli obblighi d'uno Stato contraente, d'una collettività pubblica o d'un ente dipendente da esso o da uno dei suoi cittadini, fondati sulla presente Convenzione e nati dal consenso alla competenza dell'Ufficio prima dell'entrata in vigore dell'emendamento.

## Capitolo X Disposizioni finali

### Art. 67

La presente Convenzione è aperta alla firma degli Stati membri della Banca. Essa lo è parimenti per tutti gli altri Stati partecipanti allo Statuto della Corte internazionale di giustizia che sono stati invitati a firmarla dal Consiglio amministrativo a maggioranza dei due terzi del plenum.

### Art. 68

La presente Convenzione è sottoposta alla ratificazione, accettazione o approvazione conformemente alle procedure costituzionali degli Stati firmatari.

La presente Convenzione entra in vigore 30 giorni dopo la data del deposito del ventesimo strumento di ratificazione, d'accettazione o d'approvazione. Per ogni Stato che depositi ulteriormente lo strumento di ratificazione, accettazione o approvazione, essa entra in vigore 30 giorni dopo la data del deposito.

### Art. 69

Ciascun Stato contraente deve prendere le misure legislative o altre che fossero necessarie per dare effetto, sul proprio territorio, alle disposizioni della Convenzione.

### Art. 70

La presente Convenzione si applica a tutti i territori rappresentati sul piano internazionale da uno Stato contraente, tranne quelli che esso ha escluso mediante notificazione indirizzata al depositario della presente Convenzione nel momento della ratificazione, accettazione o approvazione o successivamente.

### Art. 71

Ciascun Stato contraente può disdire la presente Convenzione mediante notificazione indirizzata al depositario. La disdetta prende effetto dopo 6 mesi dal ricevimento della notificazione.

### Art. 72

La notificazione giusta gli articoli 70 e 71 non può pregiudicare i diritti e gli obblighi dello Stato notificante, d'una collettività pubblica o d'un ente dipendenti da esso e nemmeno di un suo cittadino, fondati sulla presente Convenzione e nati dal consenso alla competenza dell'Ufficio dato da uno di essi prima del ricevimento della notificazione da parte del depositario.

#### **Art. 73**

Gli strumenti di ratificazione, d'accettazione o d'approvazione della presente Convenzione nonché degli emendamenti devono essere depositati presso la Banca che funge da depositario della presente Convenzione. Il depositario ne trasmette copie certificate conformi agli Stati membri della Banca e a ogni altro Stato invitato a firmare la Convenzione.

#### **Art. 74**

Il depositario registra la presente Convenzione presso il Segretariato delle Nazioni Unite conformemente all'articolo 102 della Carta delle Nazioni Unite<sup>1</sup> e ai pertinenti Regolamenti adottati dall'Assemblea generale.

#### **Art. 75**

Il depositario notifica a tutti gli Stati firmatari le informazioni concernenti:

- a. le firme conformemente all'articolo 67;
- b. il deposito degli strumenti di ratificazione, d'accettazione o d'approvazione conformemente all'articolo 73;
- c. la data d'entrata in vigore della presente Convenzione conformemente all'articolo 68;
- d. le esclusioni dell'applicazione territoriale conformemente all'articolo 70;
- e. la data d'entrata in vigore degli emendamenti conformemente all'articolo 66; f. le disdette conformemente all'articolo 71.

Fatto a Washington nelle lingue inglese, spagnola e francese, i tre testi facenti parimenti fede, in un solo esemplare depositato negli archivi della Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo che ha significato mediante firma d'accettare le funzioni assegnatele in virtù della presente Convenzione.

<b>Stati partecipanti al 2014:</b>	<b>Ratifica:</b>	<b>Entrata in vigore:</b>
Afghanistan	25 giugno 1968	25 luglio 1968
Albania	15 ottobre 1991	14 novembre 1991
Algeria	21 febbraio 1996	22 marzo 1996
Arabia Saudita	8 maggio 1980	7 giugno 1980
Argentina	19 ottobre 1994	18 novembre 1994
Armenia	16 settembre 1992	16 ottobre 1992
Australia	2 maggio 1991	1° giugno 1991
Austria	25 maggio 1971	24 giugno 1971
Azerbaigian	18 settembre 1992	18 ottobre 1992
Bahamas	19 ottobre 1995	18 novembre 1995
Bahrein	14 febbraio 1996	15 marzo 1996
Bangladesh	27 marzo 1980	26 aprile 1980
Barbados	1° novembre 1983	1° dicembre 1983
Belarus	10 luglio 1992	9 agosto 1992
Belgio	27 agosto 1970	26 settembre 1970
Benin	6 settembre 1966	14 ottobre 1966
Bolivia	23 giugno 1995	23 luglio 1995
Bosnia e Erzegovina	14 maggio 1997	13 giugno 1997
Botswana	15 gennaio 1970	14 febbraio 1970
Bulgaria	13 aprile 2001	13 maggio 2001
Burkina Faso	29 agosto 1966	14 ottobre 1966
Burundi	5 novembre 1969	5 dicembre 1969
Camerun	3 gennaio 1967	2 febbraio 1967
Ciad	29 agosto 1966	14 ottobre 1966
Cile	24 settembre 1991	24 ottobre 1991
Cina*	7 gennaio 1993	6 febbraio 1993
Hong Kong	4 giugno 1997	1° luglio 1997
Cipro	25 novembre 1966	25 dicembre 1966
Colombia	15 luglio 1997	14 agosto 1997
Comore	7 novembre 1978	7 dicembre 1978
Congo (Brazzaville)	23 giugno 1966	14 ottobre 1966
Congo (Kinshasa)	29 aprile 1970	29 maggio 1970
Corea (Sud)	21 febbraio 1967	23 marzo 1967
Costa Rica	27 aprile 1993	27 maggio 1993
Croazia	22 settembre 1998	22 ottobre 1998
Côte d'Ivoire	16 febbraio 1966	14 ottobre 1966
Danimarca*	24 aprile 196	8 24 maggio 1968
Isole Faeröer	30 ottobre 1968	30 ottobre 1968
Ecuador	15 gennaio 1986	14 febbraio 1986
Egitto	3 maggio 1972	2 giugno 1972
El Salvador	6 marzo 1984	5 aprile 1984
Emirati Arabi Uniti	23 dicembre 1981	22 gennaio 1982
Estonia	23 giugno 1992	23 luglio 1992
Figi	11 agosto 1977	10 settembre 1977
Filippine	17 novembre 1978	17 dicembre 1978
Finlandia	9 gennaio 1969	8 febbraio 1969
Francia	21 agosto 1967	20 settembre 1967
Gabon	4 aprile 1966	14 ottobre 1966

---

Gambia	27 dicembre 1974	26 gennaio 1975
Georgia	7 agosto 1992	6 settembre 1992
Germania*	18 aprile 1969	18 maggio 1969
Ghana	13 luglio 1966	14 ottobre 1966
Giamaica	9 settembre 1966	14 ottobre 1966
Giappone	17 agosto 1967	16 settembre 1967
Giordania	30 ottobre 1972	29 novembre 1972
Grecia	21 aprile 1969	21 maggio 1969
Grenada	24 maggio 1991	23 giugno 1991
Guinea	4 novembre 1968	4 dicembre 1968
Guyana	11 luglio 1969	10 agosto 1969
Honduras	14 febbraio 1989	16 marzo 1989
Indonesia	28 settembre 1968	28 ottobre 1968
Irlanda	7 aprile 1981	7 maggio 1981
Islanda	25 luglio 1966	14 ottobre 1966
Israele	22 giugno 1983	22 luglio 1983
Italia	29 marzo 1971	28 aprile 1971
Kazakistan	21 settembre 2000	21 ottobre 2000
Kenya	3 gennaio 1967	2 febbraio 1967
Kuwait	2 febbraio 1979	4 marzo 1979
Lesotho	8 luglio 1969	7 agosto 1969
Lettonia	8 agosto 1997	7 settembre 1997
Liberia	16 giugno 1970	16 luglio 1970
Lituania	6 luglio 1992	5 agosto 1992
Lussemburgo	30 luglio 1970	29 agosto 1970
Macedonia	27 ottobre 1998	26 novembre 1998
Madagascar	6 settembre 1966	14 ottobre 1966
Malawi	23 agosto 1966	14 ottobre 1966
Malaysia	8 agosto 1966	14 ottobre 1966
Mali	3 gennaio 1978	2 febbraio 1978
Marocco	11 maggio 1967	10 giugno 1967
Mauritania	11 gennaio 1966	14 ottobre 1966
Maurizio	2 giugno 1969	2 luglio 1969
Micronesia	24 giugno 1993	24 luglio 1993
Mongolia	14 giugno 1991	14 luglio 1991
Mozambico	7 giugno 1995	7 luglio 1995
Nepal	7 gennaio 1969	6 febbraio 1969
Nicaragua	20 marzo 1995	19 aprile 1995
Niger	14 novembre 1966	14 dicembre 1966
Nigeria	23 agosto 1965	14 ottobre 1966
Norvegia	16 agosto 1967	15 settembre 1967
Nuova Zelanda*	2 aprile 1980	2 maggio 1980
Oman	24 luglio 1995	23 agosto 1995
Paesi Bassi*	14 settembre 1966	14 ottobre 1966
Antille olandesi	14 settembre 1966	14 ottobre 1966
Pakistan	15 settembre 1966	15 ottobre 1966
Panama	8 aprile 1996	8 maggio 1996
Papua Nuova Guinea	20 ottobre 1978	19 novembre 1978
Paraguay	7 gennaio 1983	6 febbraio 1983
Perù	9 agosto 1993	8 settembre 1993
Portogallo	2 luglio 1984	1° agosto 1984

---

---

Regno Unito*	19 dicembre 1966	18 gennaio 1967
Guernese	10 dicembre 1968	-----
Isola di Man	1° novembre 1983	-----
Jersey	1° luglio 1979	-----
Rep Centrafricana	23 febbraio 1966	14 ottobre 1966
Repubblica Ceca	23 marzo 1993	22 aprile 1993
Romania	12 settembre 1975	12 ottobre 1975
Ruanda	15 ottobre 1979	14 novembre 1979
Saint Kitts e Nevis	4 agosto 1995	3 settembre 1995
Saint Lucia	4 giugno 1984	4 luglio 1984
Salomone, Isole	8 settembre 1981	8 ottobre 1981
Samoa	25 aprile 1978	25 maggio 1978
Seicelle	20 marzo 1978	19 aprile 1978
Senegal	21 aprile 1967	21 maggio 1967
Serbia e Montenegro	21 marzo 1967	20 aprile 1967
Sierra Leone	2 agosto 1966	14 ottobre 1966
Singapore	14 ottobre 1968	13 novembre 1968
Slovacchia	27 maggio 1994	26 giugno 1994
Slovenia	7 marzo 1994	6 aprile 1994
Somalia	29 febbraio 1968	30 marzo 1968
Spagna	18 agosto 1994	17 settembre 1994
Sri Lanka	12 ottobre 1967	11 novembre 1967
Stati Uniti	10 giugno 1966	14 ottobre 1966
Sudan	9 aprile 1973	9 maggio 1973
Svezia	29 dicembre 1966	28 gennaio 1967
Svizzera	15 maggio 1968	14 giugno 1968
Swaziland	14 giugno 1971	14 luglio 1971
Tanzania	18 maggio 1992	17 giugno 1992
Timor orientale	23 luglio 2002	22 agosto 2002
Togo	11 agosto 1967	10 settembre 1967
Tonga	21 marzo 1990	20 aprile 1990
Trinidad e Tobago	3 gennaio 1967	2 febbraio 1967
Tunisia	22 giugno 1966	14 ottobre 1966
Turchia	3 marzo 1989	2 aprile 1989
Turkmenistan	26 settembre 1992	26 ottobre 1992
Ucraina	7 giugno 2000	7 luglio 2000
Uganda	7 giugno 1966	14 ottobre 1966
Ungheria	4 febbraio 1987	6 marzo 1987
Uruguay	9 agosto 2000	8 settembre 2000
Uzbekistan	26 luglio 1995	25 agosto 1995
Venezuela	2 maggio 1995	1° giugno 1995
Zambia	17 giugno 1970	17 luglio 1970
Zimbabwe	20 maggio 1994	19 giugno 1994

---



## **Riserve e dichiarazioni:**

La Convenzione non vale per le Isole Cook, Niue e Tokélau.

Cina:

Conformemente all'articolo 25 par. 4 della convenzione, il Governo della Repubblica popolare di Cina dichiara che non sottoporrà i contenziosi relativi all'espropriazione o alla nazionalizzazione alla competenza del Centro.

Regno Unito:

Giusta l'articolo 70 della convenzione, il Regno Unito ha escluso, al momento della ratificazione e sino a contraria notificazione scritta, i Territori seguenti, dei quali risponde quanto alle relazioni internazionali: Isole Anglonormanne, Isola di Man, Rodesia de Sud, Brunei, Aden, Protettorato d'Arabia del Sud, Kamaran, Isole Kuria Muria, Perim. Il Regno Unito ha cessato d'essere responsabile per Kamaran e il Protettorato d'Arabia del Sud, il 28 novembre 1967, e per Aden, Kuria Muria e Perim, il 30 novembre 1967. Con notificazione ricevuta il 10 novembre 1968, il Regno Unito ha tolto dall'elenco dei territori esclusi il Baliaggio di Guernesey che fa parte delle Isole Anglonormanne.

Fino all'indipendenza delle Figi, il 10 ottobre 1970, di Mauritius, il 12 marzo 1968, e dello Swaziland, il 6 settembre 1968, la ratificazione del Regno Unito s'applicava a ciascuno dei detti Paesi. Il 4 giugno 1970, il Regno Unito ha abbandonato ogni responsabilità per le relazioni internazionali del Regno dei Tonga.

Il 19 giugno 1973, la Gran Bretagna ha dichiarato che i territori qui appresso elencati sono esclusi dall'applicazione della convenzione: Territori britannici dell'Oceano Indiano, Isole Pitcairn, Antartico britannico, Zone sotto sovranità britannica in Cipro e Nuove Ebridi.

La convenzione s'applica parimenti a Jersey.

La convenzione s'applica all'isola di Man.

## RINGRAZIAMENTI

Mi sento in dovere, prima di congedarmi da quella bellissima esperienza di crescita quale è stato il mio percorso nel mondo universitario, di tributare un piccolo ringraziamento a tutti coloro i quali hanno contribuito a renderlo così significativo per me.

Un doveroso e sentito ringraziamento va al Prof. Enrico Righetti il quale, con la dedizione e la pazienza proprie di un mentore, mi ha guidato ed indirizzato nella realizzazione di questo piccolo lavoro di ricerca, aiutandomi a sviluppare ed avvalorando, con la sua esperienza, i miei interessi personali nel mondo del diritto.

Un grazie sincero ed affettuoso va alla mia famiglia, che mi ha supportato lungo tutto il mio cammino universitario: a loro offro questo lavoro conclusivo del mio percorso, a parziale e simbolica compensazione dell'impegno sostenuto per favorire la mia crescita come studente e come persona. Ringrazio in particolare i miei nonni ed i miei genitori, che con il loro instancabile esempio mi hanno dimostrato la gratificazione del vivere con gioia e serenità le fatiche della vita lavorativa. Approfitto inoltre di questa sede per formulare un augurio a mio fratello Filippo, con cui ho condiviso la scelta del percorso di studio, e con cui spero potrò condividere la mia vita professionale.

Non posso non ricordare in questa sede tutti gli amici ed i compagni con cui ho avuto la fortuna di condividere una pausa caffè nelle mattinate di lezione, una nottata disperata sui libri, le ansie prima di un esame o la soddisfazione per un buon voto. Sperando di non fare torto a nessuno, ricordo tra tutti mia cugina

Giulia insieme alla quale ho mosso i primi passi nell'università; Francesco e Giacomo con i quali ho condiviso la paura del primissimo esame; Gabriele compagno ed amico per l'intero percorso di studi; e Luca, insieme al quale abbiamo visto scrivere l'ultimo voto sui nostri libretti.

Un caloroso abbraccio alla mia fidanzata Giulia, che non si è mai risparmiata nel motivarmi e nel supportarmi, spesso trovandosi anche a dover vestire i panni del professore. A lei che, entrando nella mia vita proprio grazie all'università, ha reso il mio percorso accademico ancora più significativo, va un grande grazie, con la promessa di ricambiare tanto sostegno ricevuto.

Infine un ringraziamento speciale va al Prof. Pierangelo Celle il quale, con la sua passione mi ha instillato quella curiosità per il mondo del diritto che mi ha portato qui oggi, e che con l'attenzione di un padre mi ha costantemente ispirato fin dal principio del mio percorso di studi.

Genova, 27/09/16

## BIBLIOGRAFIA E FONTI

VV., *L'arbitrage et le droit européen*, BRUYLANT BRUXELLES, 1997;

AGYEMANG A. A., *African states and ICSID arbitration*, in *Comparative and International Law Journal of Southern Africa V. 2*, p.177, 1988;

BERNARDINI P., *L'Arbitrato Commerciale Internazionale*, prima edizione, Giuffré editore, Milano, 2000;

BERNARDINI P., *L'Arbitrato nel Commercio e negli Investimenti Internazionali*, seconda edizione, Giuffré editore, Milano, 2008;

BRIGUGLIO A., *L'Arbitrato Estero – il sistema delle convenzioni internazionali*, prima edizione, CEDAM, Padova, 1999;

CANE' G., *I trattati bilaterali sugli investimenti e il rilancio del multilateralismo economico*, 2009;

CHEN T., *Deterring frivolous challenges in investor-state dispute settlement*, in *Asia arbitration Journal N. 6*, 2015;

CHERIAN J., *Foreign investment arbitration: the role of the international center for settlement of investment disputes*, in *Third world legal studies p. 172*, 1983;

CHUKWUMERIJE O., *ICSID arbitration and sovereign immunity*, in *Anglo-American law review N. 19 p.166*, 1990;

DELAUME G. R., *ICSID arbitration in practice*, in *International tax and business lawyer p. 58*, 1984;

DELAUME G. R., *ICSID arbitration proceedings*, in *International tax and business lawyer p. 218*, 1986;

EUROPEAN COMMISSION, *Composizione delle controversie investiture-Stato (ISDS) Alcuni fatti e cifre*, in *Verso un accordo commerciale UE-USA*, 2015;

GIANCOLA C. F., *Gli effetti del lodo ICSID*, prima edizione, Leone editore, Milano, 2012;

GIARDINA A., *Gli accordi bilaterali sugli investimenti e l'accordo nordamericano di libero scambio*, in *Enciclopedia degli idrocarburi*, Vol. IV, p. 539, 2007;

HENRY L., *Responding to Public Concerns over Investor State Dispute Settlement Clauses in APEC free trade agreements*, in *Journal of Korean Law*, Vol. 12, p. 197.218, 2013;

HOUDE M. e YANNACA-SMALL K., *Relationships between International Investment Agreements*, *OECD working papers on international investment*, OECD Publishing, 2001/01;

JACOBS B. L., *A perplexing paradox: "de-statification" of "investor-state" dispute settlement?*, in *Emory international law review*, Vol. 30, P.17, 2015;

JENNINGS R. Y., *States contract in international law*, in *British yearbook of international law brook*, Vol. 37, p. 156, 1961;

LA CHINA S., *L'arbitrato: il Sistema e l'esperienza*, quarta edizione, Giuffrè editore, 2011;

LEBEN C., *La partecipazione allo sviluppo economico di uno stato è una condizione per la protezione degli investimenti in base ai trattati?*, Relazione presentata al convegno italo-francese *il nuovo diritto internazionale degli investimenti*, presso Università Federico II, Napoli, 2008;

MARCHESIELLO M., *L'arbitrato internazionale nelle dispute investitori-Stato: una nuova idea di giustizia o creazione di un suo mercato globale?*, in *Nuova giurisprudenza ligure*, N.1, p.35, 2016;

MERULING E. e VOLTERS B., *Umbrella clauses in international investment litigation*, in *European Public Private Partnership law review*, p. 80, 2007;

MOUL E., *The international center for the settlement of investment disputes and the developing world: creating a mutual confidence in the international investment regime*, in *Santa Clara law review*, N.55, p.881, 2015;

PATTON J., *A case for investor-state arbitration under the proposed transatlantic trade and investment partnership*, in *The arbitration brief*, Vol. 4, 2014;

PETER W., *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*, Kluwer Law International, 1995;

RAO S., *Bilateral investment protection agreements: a legal framework for the protection of foreign investments*, in *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 26, N. 1, 2000;

REED L. – PAULSSON J. e BLACKABY N., *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2004;

REINISH A., *The scope of Investor-State Dispute Settlement in International Investment Agreements*, in *Asia Pacific law review*, Vol. 21, N. 1, 2013;

RIGHETTI E., *La deroga alla giurisdizione*, prima edizione, Giuffrè editore, 2002;

RUBINO-SAMMARTANO M., *L'Arbitrato Internazionale*, prima edizione, CEDAM, Padova, 1989;

SAHA H., *A critical analysis of the commonly recommended reforms of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, in *Legal issues journal* N. 4, p. 39, 2016;

SIMMONS J. B., *Valuation in Investor-State arbitration: Toward a more exact science*, in *Berkeley journal of international law*, Vol. 30, 2012;

SLATER T. L., *Investor-state arbitration and domestic environmental protection*, in *Washington university global studies law review*, Vol. 14, 2015;

TRAIDCRAFT EXCHANGE, *Accordi internazionali sugli investimenti al vaglio – trattati bilaterali in materia di investimenti, politica dell'UE sugli investimenti e sviluppo internazionale*, Traidcraft, UK, 2015;

UNCTAD, *Recent developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*, in *IIA issues note*, N. 1, Aprile 2014;

UNCTAD, *Recent trends in IIA and ISDS*, in *IIA issues note*, N. 1, Febbraio 2015;

UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues*, Vol. 1, New York e Ginevra, 2004;

YACKEE J. W., *Pacta sunt servanda and state promises to foreign investors before bilateral investment treaties : myth and reality*, in *Fordham international law journal*, Vol. 32, p. 1550, 2009;

YACKEE J. W., *Do States bargain over Investor-State Dispute Settlement? Or, toward greeter collaboration in the study of Bilateral Investment Treaties*, in *Santa Clara journal of international law*, N. 12, p. 277, 2013;

WEGEN G., *Dispute settlement and arbitration*, in *Stud. Transnat'l Legal Pol'*, N. 20, 1985;

WEAVER M., *The proposed transatlantic trade and investment partnership (TTIP): ISDS provisions, reconciliation, and future trade implications*, in *Emory international law review*, Vol. 29, 2015.

## PRINCIPALI LODI ARBITRALI CITATI

*Lichtenstein v. Guatemala*, ICJ 1955;

*Belgio v. Spagna*, ICJ 1970;

*Benvenuti e Bonfanti v. The People's of Republic of Congo*, ICSID ABR/77/2, 13 gennaio 1981;

*Salini v. Marocco*, ARB/00/4 23 luglio 1981;

c.d. lodo *Framatome*, 111 JDI (1984);

*Perù v. Giappone*, A/18 del 1984;

*Klockner v. Cameroon*, ICSID ARB/81/2 del 1985;

*Amco Asia v. Indonesia*, ICSID ARB/81/1 del 1986;

*Fedax v. Venezuela*, ARB/96/3 11 luglio 1997;

*CSOB v. Slovacchia*, ARB/97/4 24 maggio 1999;

*Waste Management v. United Mexican States*, FILJ, 2000;

*Emilio Augusto Maffezini v. Kingdom of Spain* - gennaio 2000;

*CME Czech Republic B. V. v. Czech Republic*, UNCITRAL award, 2003;

*Tecnicas Mediambientales Tecmed v. United Mexican States*, ILM, 2004, 133; 29 maggio 2003;

*SGS Société Générale de Surveillance v. Repubblica Islamica del Pakistan*, ICSID ARB/03/11 6 agosto 2004;

*CMS Gas Transmission Company v. Repubblica Argentina*, ICSID ARB/01/8 12 maggio 2005;

*Conorzio Groupement L.E.S.I. PENTA v. Repubblica di Algeria*, ICSID ARB/03/08/ 10 gennaio 2005;

*El Paso Energy International Company v. Repubblica Argentina*, ICSID ARB/03/15 27 aprile 2006;

c.d. caso *PetroEquador*, ICSID ARB/08/5 2 giugno 2010.



GiuriCivile – Rivista di Diritto e Giurisprudenza civile  
Fondatore, Direttore e Coordinatore: Avv. Gabriele Voltaggio  
Copyright © 2017 – Giuricivile – ISSN: 2532-201X  
Redazione: redazione@giuricivile.it

**giuricivile**  
RASSEGNA DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE