

**Dottorato in Diritto Internazionale dell'Economia
XX ciclo**

Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano

**SOVRANITÀ STATALE E TUTELA
INTERNAZIONALE DEGLI
INVESTIMENTI ESTERI IN MATERIA
DI SERVIZI PUBBLICI
INFRASTRUTTURALI**

RELATORE:

CHIAR.MO PROF. ALBERTO MALATESTA

CANDIDATO:

FRANCESCO COSTAMAGNA

Matricola n. 993337

A.A. 2006-2007

A Sara

Un sentito ringraziamento al prof. Malatesta e alla prof.ssa Porchia per il loro costante supporto durante tutto il lavoro. Al prof. Greppi, al prof. Sacerdoti e al prof. Vellano per i loro consigli preziosi. Ad Alberto, Anna, Claudio, Ludovica e Monica per la pazienza e l'aiuto. Ai miei genitori e ai miei nonni perché, ovviamente, senza il loro decisivo contributo tutto questo non sarebbe stato possibile. E a Sara, per tutto.

Indice

INTRODUZIONE	1
1. AMBITO ED OBIETTIVO DELLA TESI	2
2. PIANO DELLA TESI.....	4
CAPITOLO I - DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA ED ESERCIZIO DELLA SOVRANITÀ STATALE IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI INFRASTRUTTURALI.....	11
1. DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA E SOVRANITÀ INTERNA IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI INFRASTRUTTURALI.....	12
1.1 <i>La definizione del diritto internazionale dell'economia.....</i>	<i>12</i>
1.2 <i>I principali fattori sistematici che incidono sul rapporto tra obblighi internazionali e sovranità interna in materia di servizi pubblici</i>	<i>17</i>
1.3 <i>La negazione che gli obblighi internazionali comportino un'erosione della sovranità interna.....</i>	<i>22</i>
i) Gli argomenti di carattere sostanziale.....	22
ii) Gli argomenti di carattere sistematico	23
1.4 <i>La ricomposizione del dibattito attraverso una diversa concezione della sovranità</i>	<i>24</i>
i) Sovranità come ripartizione di competenze.....	25
ii) Consenso dello Stato e dinamicità degli obblighi internazionali.....	28
2. EVOLUZIONE DEGLI INVESTIMENTI PRIVATI NEI SERVIZI PUBBLICI INFRASTRUTTURALI	32
3. LA REGOLAZIONE DEGLI INVESTIMENTI NEI SERVIZI PUBBLICI INFRASTRUTTURALI	37
3.1 <i>Il concetto di regolazione</i>	<i>37</i>
3.2 <i>Gli obiettivi e gli strumenti della regolazione nel settore dei servizi pubblici.....</i>	<i>39</i>

i) Gli obiettivi di carattere economico	40
ii) Gli obiettivi di carattere sociale: il caso dei servizi idrici	41
iii) Gli strumenti della regolazione per il raggiungimento degli obiettivi sociali	44
3.3 <i>Regolazione dei servizi pubblici come esercizio di sovranità interna</i>	46
4. ESERCIZIO DI POTERI SOVRANI E RISCHIO REGOLATIVO NEGLI INVESTIMENTI	
INFRASTRUTTURALI	49
4.1 <i>Il rischio economico e commerciale negli investimenti infrastrutturali</i> ..	49
4.2 <i>Il rischio regolativo negli investimenti infrastrutturali</i>	50
i) Il rischio regolativo quale nuova forma di rischio politico.....	50
ii) L'elevata incidenza del rischio regolativo negli investimenti infrastrutturali	51
5. GLI STRUMENTI FINANZIARI CONTRO IL RISCHIO REGOLATIVO	53
5.1 <i>Considerazioni introduttive</i>	53
5.2 <i>Gli strumenti di garanzia assicurativa di diritto interno</i>	54
5.3 <i>Gli strumenti di garanzia assicurativa di diritto internazionale: la</i> <i>Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)</i>	56
6. STRUMENTI GIURIDICI CONTRO IL RISCHIO REGOLATIVO E SOVRANITÀ	
STATALE: I CONTRATTI DI STATO	60
6.1 <i>I contratti di Stato nei rapporti tra lo Stato e l'investitore straniero in</i> <i>materia di investimenti infrastrutturali</i>	60
6.2 <i>Principali tipologie contrattuali utilizzate negli investimenti</i> <i>infrastrutturali</i>	61
6.3 <i>La natura dei contratti di Stato nel diritto internazionale</i>	66
i) L'“internazionalizzazione” dei contratti di Stato attraverso l'applicazione del diritto internazionale pubblico	67
ii) Le teorie contrarie all'internazionalizzazione del contratto di Stato	72
iii) L'internazionalizzazione dei contratti di Stato attraverso soluzioni intermedie	75
6.4 <i>Clausole di stabilizzazione e sovranità statale</i>	77
i) Validità, effetti e natura delle clausole di stabilizzazione in base al diritto internazionale	81
6.5 <i>Contratti di Stato ed evoluzione del diritto internazionale degli</i> <i>investimenti</i>	85

CAPITOLO II - SISTEMA INTERNAZIONALE DI TUTELA E INVESTIMENTI ESTERI NEI SERVIZI PUBBLICI INFRASTRUTTURALI..... 91

1. INTRODUZIONE	92
2. EVOLUZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE IN MATERIA DI TUTELA DEGLI INVESTIMENTI ESTERI	93
3. LE FONTI DEL SISTEMA INTERNAZIONALE DI TUTELA	100
3.1 <i>Il diritto internazionale consuetudinario</i>	100
i) La disciplina dell'espropriazione secondo il diritto consuetudinario	100
ii) Lo standard minimo internazionale di trattamento	103
3.2 <i>Le fonti convenzionali: a) i trattati bilaterali</i>	107
3.3 <i>b) i trattati multilaterali regionali e settoriali</i>	110
i) Il NAFTA e gli altri accordi regionali	112
ii) Il Trattato sulla Carta europea dell'energia: un esempio di accordo multilaterale settoriale.....	116
4. OBIETTIVO DEL SISTEMA INTERNAZIONALE DI TUTELA E SOVRANITÀ INTERNA IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI INFRASTRUTTURALI	118
4.1 <i>Obiettivo del sistema e prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali</i>	121
4.2 <i>Interpretazione teleologica e sovranità: i recenti sviluppi nella prassi convenzionale</i>	123
5. AMBITO DI APPLICAZIONE <i>RATIONE MATERIAE</i> DEL SISTEMA INTERNAZIONALE DI TUTELA E INVESTIMENTI INFRASTRUTTURALI	126
5.1 <i>La nozione di investimento</i>	126
i) La definizione convenzionale	127
ii) Il concetto di investimento nel sistema ICSID	129
iii) La prassi arbitrale	131
5.2 <i>Ambito applicativo del sistema internazionale di tutela e misure di interesse pubblico</i>	135
i) Misure avente carattere generale e competenza dei tribunali arbitrali internazionali.....	136
ii) Evoluzione recente della prassi convenzionale	139

6. ARBITRATO INVESTITORE-STATO E SOVRANITÀ STATALE IN MATERIA DI INVESTIMENTI INFRASTRUTTURALI	140
6.1 Sistemi per la soluzione delle controversie nei trattati internazionali per la tutela degli investimenti esteri	140
i) L'arbitrato diretto investitore-Stato: a) il modello ICSID	143
ii) b) le Regole UNCITRAL	146
6.2 Caratteri fondamentali dell'arbitrato diretto e sovranità statale.....	148
6.3 Riconoscimento di un diritto individuale di azione e sovranità statale.....	152
i) Evoluzione rispetto all'istituto della protezione diplomatica	152
ii) Il consenso preventivo dello Stato e il cd. "arbitrato unilaterale"	157
6.4 Arbitrato diretto e sistema giudiziario dello Stato ospite	159
i) Il superamento del requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni	159
ii) Clausole contrattuali di scelta del foro e competenza dei tribunali arbitrali internazionali.....	162
ii) Ricorso di fronte ai tribunali interni e regola <i>fork-in-the-road</i>	168
6.5 Applicazione del diritto internazionale per la soluzione della controversia e sovranità statale.....	170
i) Il criterio della volontà delle parti e l'applicabilità del diritto internazionale	172
ii) Determinazione del diritto applicabile in assenza di scelta delle parti.....	174
iii) Carattere ibrido del diritto applicabile alle controversie in materia di investimenti infrastrutturali.....	178

CAPITOLO III - IL TRATTAMENTO GIUSTO ED EQUO E LA TUTELA DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO NEGLI INVESTIMENTI INFRASTRUTTURALI..... 185

1. INTRODUZIONE.....	187
2. LA NOZIONE DI "TRATTAMENTO GIUSTO ED EQUO"	188
3. IL TRATTAMENTO GIUSTO ED EQUO NEI TRATTATI INTERNAZIONALI SUGLI INVESTIMENTI ESTERI.....	192
3.1 Il trattamento giusto ed equo nel preambolo dei trattati.....	193
3.2 Il trattamento giusto ed equo nel testo dei trattati.....	194
i) La previsione del trattamento giusto ed equo in modo isolato	195

ii) Trattamento giusto ed equo congiuntamente ad altre norme di diritto internazionale	196
iii) Trattamento giusto ed equo in relazione ad altri standard di trattamento.....	196
iv) L'elencazione di misure vietate	198
v) L'inadeguatezza delle norme convenzionali per la definizione dello standard	199
4. IL TRATTAMENTO GIUSTO ED EQUO NELLA PRASSI ARBITRALE	200
4.1 <i>Il ruolo fondamentale della prassi arbitrale nella definizione dello standard</i>	200
4.2 <i>Il progressivo abbassamento della soglia</i>	204
4.3 <i>L'ampliamento dell'ambito applicativo dello standard</i>	206
i) Introduzione	206
ii) Obbligo di vigilanza e protezione.....	207
iii) Giusto processo	208
iv) Divieto di misure arbitrarie o discriminatorie.....	209
v) Obbligo di trasparenza	211
4.4 <i>L'evoluzione nella prassi convenzionale: il riferimento allo standard minimo internazionale per la definizione del trattamento giusto ed equo</i> ..	214
i) La nota interpretativa del NAFTA e la prassi convenzionale recente	214
ii) Il rapporto tra il trattamento giusto ed equo e lo standard minimo internazionale alla luce dell'evoluzione nella prassi convenzionale.....	216
5. LA TUTELA DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO	219
5.1 <i>Introduzione</i>	219
5.2 <i>Il ruolo del principio del legittimo affidamento nella definizione del trattamento giusto ed equo</i>	220
5.3 <i>La tutela del legittimo affidamento come principio generale di diritto</i> . 221	
i) I principi generali di diritto quale fonte di diritto internazionale: considerazioni metodologiche	221
ii) La tutela del legittimo affidamento nei sistemi nazionali di <i>civil law</i> e <i>common law</i> : il riferimento al principio della certezza del diritto	226
iii) La tutela del legittimo affidamento come principio generale di diritto e il riferimento al principio della certezza del diritto: a) l'ordinamento comunitario	231
iv) b) la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo	234

5.4 <i>La tutela del legittimo affidamento in materia di investimenti infrastrutturali: il riferimento al principio della certezza del diritto quale obiettivo del sistema</i>	236
i) Introduzione.....	236
ii) La prassi arbitrale: a) il caso <i>PSEG</i>	236
iii) La prassi arbitrale: b) i casi “argentini”.....	238
iv) La tutela dell’affidamento nei rapporti interstatali: il richiamo del principio di buona fede.....	239
6. LEGITTIMO AFFIDAMENTO ED ESERCIZIO DI POTERI SOVRANI NEGLI INVESTIMENTI INFRASTRUTTURALI	243
6.1 <i>Legittimo affidamento ed estensione della portata del trattamento giusto ed equo</i>	243
6.2 <i>Condizioni per la legittimità dell’affidamento: a) l’origine dell’affidamento</i>	247
i) L’individuazione delle condizioni	247
ii) Legittimità dell’affidamento fondato su scelte politiche generali	247
iii) Carattere della fonte, legittimità dell’affidamento e stabilizzazione del quadro normativo	250
iv) Obblighi relativi all’investimento e tutela del legittimo affidamento: il trattamento giusto ed equo come una sorta di <i>umbrella clause</i>	253
6.3 <i>Condizioni per la legittimità dell’affidamento: b) il comportamento dell’investitore</i>	256
i) Ragionevolezza dell’affidamento e prevedibilità dell’intervento statale.....	257
ii) La ragionevolezza dell’affidamento alla luce delle prevalenti condizioni economiche	259
iii) Ragionevolezza dell’affidamento e correttezza del comportamento dell’investitore	261
iv) Comportamento scorretto dell’investitore e legittimità dell’intervento statale	263
6.4 <i>Il rapporto tra legittimo affidamento e interesse pubblico</i>	267
i) Irrilevanza dell’interesse pubblico nel sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri	267
ii) Analisi della prassi arbitrale	269

iii) La mancanza di un test di bilanciamento tra tutela dell'affidamento e salvaguardia dell'interesse pubblico: confronto con l'approccio adottato in altri ordinamenti	271
iv) Applicazione del test di bilanciamento alle controversie in materia di investimenti infrastrutturali: analisi dei possibili risultati.....	275

CAPITOLO IV - L'ESPROPRIAZIONE REGOLATIVA NEGLI INVESTIMENTI INFRASTRUTTURALI 279

1. INTRODUZIONE	281
2. L'ESPROPRIAZIONE REGOLATIVA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEGLI INVESTIMENTI.....	282
2.1 <i>L'espropriazione regolativa come forma di espropriazione indiretta: l'incertezza terminologica</i>	282
2.2 <i>La disciplina internazionale dell'espropriazione regolativa: l'applicazione delle norme in materia di espropriazione diretta</i>	286
i) L'assimilazione all'espropriazione diretta nella prassi convenzionale.....	287
ii) L'assimilazione all'espropriazione diretta nella giurisprudenza internazionale più risalente	289
ii) Il contributo del Tribunale Iran-Stati Uniti e la giurisprudenza arbitrale recente	292
3. LA DISTINZIONE TRA ESPROPRIAZIONE REGOLATIVA E REGOLAZIONE: CONSIDERAZIONI METODOLOGICHE	297
3.1 <i>Introduzione</i>	297
3.2 <i>Il rapporto tra rispetto della sovranità statale e tutela degli investitori in materia di espropriazione regolativa: le statuizioni di principio</i>	298
3.3 <i>La prevalenza di un approccio casistico per la definizione dell'espropriazione regolativa</i>	300
i) La proposta di una lista di <i>legitimate regulatory purposes</i> ai quali fare riferimento per la definizione dell'espropriazione regolativa	300
ii) La necessità di un approccio più attento alle circostanze del caso e il ruolo predominante degli organi arbitrali	301
4. L'IMPOSTAZIONE TRADIZIONALE: L'IMPATTO DELLA MISURA SULL'INVESTIMENTO QUALE CRITERIO DECISIVO PER LA DISTINZIONE.....	304

4.1	<i>Introduzione</i>	304
4.2	<i>La dimensione temporale: la durata dell'impatto</i>	306
4.3	<i>La dimensione sostanziale: l'intensità dell'impatto della misura</i>	307
	i) L'ipotesi di espropriazione parziale	308
	ii) L'approccio rigoroso adottato in materia di investimenti infrastrutturali e il rispetto della sovranità statale	309
	iii) Gli elementi presi in considerazione per la valutazione dell'impatto della misura.....	312
	iv) Criterio dell'impatto e sovranità statale: valutazioni critiche e possibili correttivi.....	314
5.	L'ESCLUSIONE DI TALUNE MISURE STATALI DALL'OBBLIGO DI INDENNIZZO: LA CD. <i>POLICE POWER DOCTRINE</i>	316
5.1	<i>Introduzione</i>	316
5.2	<i>La police power doctrine nel diritto statunitense</i>	317
	i) Le origini del concetto.....	317
	ii) <i>Police power</i> e regolazione statale	319
	iii) La confusione tra valido esercizio del <i>police power</i> e legittimità dell'espropriazione.....	322
5.3	<i>La police power doctrine nel diritto internazionale degli investimenti</i> .	324
	i) La <i>police power doctrine</i> nella prassi convenzionale e nella giurisprudenza più risalente	324
	ii) La <i>police power doctrine</i> nella prassi arbitrale recente e il suo ruolo in materia di investimenti infrastrutturali.....	327
5.4	<i>L'incerta definizione della police power doctrine in materia di investimenti infrastrutturali.</i>	329
	i) L'utilizzo di un approccio casistico per l'individuazione delle misure comprese nel <i>police power</i>	329
	ii) L'individuazione dei limiti concreti all'esercizio del <i>police power</i> e il passaggio ad un approccio più flessibile.....	332
5.5	<i>Profili di incompatibilità tra la police power doctrine e la disciplina dell'espropriazione nel diritto internazionale consuetudinario</i>	334
6.	LA DEFINIZIONE DELL'ESPROPRIAZIONE REGOLATIVA ATTRAVERSO LA VALUTAZIONE DEL RAPPORTO TRA L'IMPATTO DELLA MISURA E L'OBIETTIVO PERSEGUITO DALLO STATO	337
6.1	<i>Considerazioni sistematiche</i>	337

i) Le ragioni dell'adozione del test di bilanciamento.....	337
ii) Il rapporto con gli strumenti analitici tradizionali	339
iii) I modelli seguiti nella prassi internazionale: cenni	341
6.2 <i>Il test di bilanciamento nella prassi convenzionale recente: l'adozione del modello elaborato dalla Corte Suprema statunitense</i>	342
6.3 <i>Il test di bilanciamento nella prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali</i>	344
i) Il riferimento al test di proporzionalità elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo	344
ii) Test di bilanciamento e rispetto dell'autonomia statale nella valutazione dell'interesse pubblico	347
iii) Severità del test di bilanciamento.....	349
iv) Il criterio del "giusto equilibrio" tra il perseguimento dell'interesse generale e la posizione dell'investitore straniero: la questione dell'indennizzo	355
v) "Giusto equilibrio", condotta delle parti e nazionalità del'investitore.....	358
6.4 <i>La violazione delle aspettative generate dall'investimento</i>	361
i) Introduzione.....	361
ii) La definizione del concetto: confronto con il legittimo affidamento tutelato attraverso l'obbligo di trattamento giusto ed equo.....	363
iii) Tutela delle aspettative generate dall'investimento e sovranità statale: il requisito della ragionevolezza.....	366
iv) Il ruolo delle aspettative generate dall'investimento nella disciplina dell'espropriazione regolativa	369

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE..... 373

1. IL RUOLO FONDAMENTALE DELL'ARBITRATO INTERNAZIONALE DIRETTO	374
2. TUTELA DEGLI INVESTIMENTI ESTERI E SOVRANITÀ STATALE: UN EQUILIBRIO INSTABILE	375

ALLEGATO - CASI ARBITRALI IN MATERIA DI INVESTIMENTI INFRASTRUTTURALI	383
---	-----

BIBLIOGRAFIA	386
<i>Monografie e opere collettanee</i>	386

<i>Articoli e contributi su collettanee</i>	392
<i>Siti internet</i>	416

INTRODUZIONE

1. Ambito ed obiettivo della tesi

La spinta delle dottrine neo-liberiste ha portato, soprattutto sul finire del secolo scorso, ad una marcata riduzione del controllo che gli Stati sono in grado di esercitare sugli scambi commerciali, sugli investimenti diretti provenienti dall'estero e sulle operazioni finanziarie. Il fenomeno, componente essenziale del processo di globalizzazione, è influenzato dall'operare congiunto di una serie di fattori di natura economica, politica e giuridica. Tra questi gioca un ruolo importante il diritto internazionale dell'economia, rappresentando sia un fattore di spinta, sia un tentativo di governare l'evoluzione in esame.

Vi è, infatti, chi sostiene che lo sviluppo qualitativo e quantitativo che ha interessato questo settore del diritto internazionale debba considerarsi un fattore che contribuisce ad indebolire ulteriormente la posizione dello Stato, limitandone la possibilità di utilizzare le proprie potestà sovrane per regolare l'azione delle forze economiche private. Altri ritengono, invece, che il diritto internazionale dell'economia debba essere considerato uno strumento che consente agli Stati di offrire risposte adeguate a problemi che non hanno più una dimensione meramente nazionale.

Entrambe queste impostazioni contengono una parte di verità, ma, allo stesso tempo, nessuna delle due può essere sottoscritta nella sua interezza. La situazione appare, infatti, molto più complessa di quanto traspare da prese di posizione così categoriche e deve, dunque, essere affrontata in modo più cauto. Uno dei fattori da tenere in considerazione a questo riguardo è l'estrema eterogeneità che caratterizza i diversi settori del diritto internazionale dell'economia, ognuno dei quali incide in modo diverso sull'esercizio delle potestà sovrane da parte degli Stati. Per questa ragione, vi è la necessità di selezionare un ambito normativo specifico, affinché il lavoro di analisi possa condurre a risultati significativi. La presente indagine si concentra sulla disciplina internazionale in materia di investimenti esteri, un ambito che, regolando proprio i rapporti tra lo Stato e gli operatori economici stranieri, costituisce un punto di osservazione privilegiato per analizzare l'incidenza delle norme internazionali sulla capacità statale di regolare l'attività economica privata che si svolge sul suo territorio.

Inoltre, l'impatto degli obblighi internazionali sulla sovranità statale varia a seconda del settore economico considerato. Il presente lavoro prende in considerazione i servizi pubblici infrastrutturali, vale a dire il settore energetico, quello idrico-sanitario, quello dei trasporti e quello delle telecomunicazioni. Le norme internazionali che regolano il trattamento che lo Stato deve riservare agli operatori stranieri hanno assunto una rilevanza decisamente superiore rispetto al passato, anche per il sostanziale mutamento del ruolo del potere pubblico in questo ambito. Le crescenti difficoltà finanziarie e le forti pressioni politiche provenienti dall'esterno hanno, infatti, spinto gli Stati ad adottare politiche di maggiore apertura verso la partecipazione degli operatori privati, anche stranieri, nella gestione del servizio e dell'infrastruttura, conservando per sé il ruolo di regolatore. La scelta di concentrare l'attenzione sui servizi pubblici infrastrutturali si giustifica, inoltre, per l'importanza del settore sul piano economico, sociale e giuridico/politico. Per quanto riguarda la prima dimensione, si deve rimarcare come i beni offerti dai servizi pubblici infrastrutturali servano ad "alimentare" le altre attività economiche, risultando indispensabili per la crescita del Paese. Dal punto di vista sociale, questi servizi sono essenziali per la vita e lo sviluppo dell'individuo e della comunità nazionale nel suo insieme, rappresentando un presupposto indefettibile per il godimento effettivo di tutti gli altri diritti. Da ultimo, l'intervento statale per garantire una fornitura adeguata di tali servizi è da sempre considerata una funzione inerente al concetto stesso di sovranità interna, oltre che una fonte di legittimazione per l'autorità pubblica agli occhi dei consociati.

L'obiettivo del presente lavoro è valutare l'impatto degli obblighi derivanti dal sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri sulla sovranità interna in materia di regolazione dei servizi pubblici infrastrutturali. L'analisi prende in considerazione sia aspetti procedurali, quali l'incidenza dell'arbitrato diretto investitore-Stato, sia aspetti sostanziali, concentrandosi sull'incertezza che ancora caratterizza la definizione del trattamento giusto ed equo e la disciplina dell'espropriazione regolativa.

L'argomento ha ricevuto fino ad oggi un'attenzione limitata in dottrina, mentre costituisce un tema sempre più presente nella prassi arbitrale, in seguito

all'aumento esponenziale di controversie che riguardano l'ambito in esame. L'elevato numero di casi relativi agli investimenti infrastrutturali pendenti di fronte a tribunali arbitrali internazionali rappresenta un segno tangibile delle difficoltà che caratterizzano il rapporto tra la parte pubblica e quella privata nella gestione di tali investimenti. Tali difficoltà derivano in larga misura dalla necessità di far coesistere una gestione sostenibile dal punto di vista finanziario con il raggiungimento degli obiettivi sociali tradizionalmente perseguiti attraverso la fornitura di tali servizi. Occorre, dunque, esaminare con attenzione se il sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri sia in grado di offrire risposte adeguate a questo tipo di difficoltà, bilanciando la tutela degli investimenti privati con la salvaguardia dell'autonomia statale nel perseguire obiettivi rilevanti dal punto di vista sociale.

2. Piano della tesi

Il primo capitolo intende offrire l'inquadramento sistematico dell'indagine e definire i concetti fondamentali attorno ai quali si articola l'intero lavoro di analisi. Prima di tutto, viene preso in considerazione il rapporto tra sovranità ed obblighi derivanti dal diritto internazionale dell'economia in materia di servizi pubblici infrastrutturali, mettendo in luce i principali fattori che, incidendo sul rapporto stesso, determinano l'impossibilità di procedere ad un'analisi che tenga conto di tutti i settori che compongono tale ambito normativo. Successivamente, viene analizzato il mutamento del ruolo dello Stato nel settore in esame, focalizzando l'attenzione sulla funzione di regolazione, essendo questo il compito principale che lo Stato è oggi chiamato a svolgere in ambito economico e, in particolare, nel settore dei servizi pubblici infrastrutturali. L'esercizio dei poteri di regolazione costituisce attualmente uno dei principali fattori di rischio per gli investitori stranieri che decidano di operare in questo settore e, per tale ragione, si è assistito alla diversificazione dei meccanismi utilizzati per limitare gli effetti negativi che l'intervento statale di regolazione può avere sull'investimento. Il sistema internazionale di tutela degli investimenti fa parte di questa categoria, ma, prima di procedere alla sua analisi, l'indagine passa brevemente in rassegna gli altri strumenti di carattere finanziario e giuridico utilizzati per contrastare il cd. rischio regolativo. Per quanto attiene alla seconda tipologia, l'indagine prende in

considerazione i contratti conclusi tra lo Stato e l'operatore privato, analizzando le diverse tipologie utilizzate in materia di servizi pubblici infrastrutturali e ricostruendo l'annoso dibattito circa la loro natura dal punto di vista del diritto internazionale. Questo aspetto costituisce, infatti, l'antecedente storico rispetto alla situazione attuale e, nonostante l'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti abbia contribuito a risolvere molti dei dubbi che caratterizzavano il dibattito, le soluzioni elaborate risultano ancora rilevanti ai fini del presente lavoro.

I capitoli successivi si concentrano sul rapporto tra sovranità statale e sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri, focalizzando l'attenzione sugli aspetti più problematici emersi dalle controversie in materia di investimenti infrastrutturali.

Il secondo capitolo prende in considerazione gli elementi sistematici che, contribuendo a superare la frammentazione normativa che caratterizza il sistema internazionale di tutela, incidono maggiormente sul rapporto tra la salvaguardia delle prerogative sovrane statali e la tutela degli interessi degli operatori privati nel settore in esame. Un primo elemento rilevante in questo senso è l'obiettivo del sistema che, come risulta dalla maggior parte degli strumenti normativi, è la promozione dei flussi di investimento attraverso una più efficace tutela degli investimenti esteri. La scelta di non menzionare altri obiettivi potenzialmente contrastanti incide sull'interpretazione delle disposizioni convenzionali, giustificando l'adozione di interpretazioni tendenzialmente favorevoli alla posizione della parte privata. Un altro aspetto che merita attenzione è l'ampiezza dell'ambito applicativo del sistema di tutela, il quale si estende fino a consentire agli arbitri internazionali di esercitare il proprio controllo anche su misure aventi carattere generale che gli Stati adottino per il perseguimento di un interesse pubblico.

La seconda parte di questo capitolo si concentra sul sistema di risoluzione delle controversie tra la parte privata e lo Stato ospite. La quasi totalità degli strumenti internazionali prevede, infatti, la possibilità per l'investitore straniero di proporre ricorso direttamente di fronte ad un tribunale arbitrale internazionale nel caso in cui ritenga che la misura di regolazione statale violi gli standard fissati dal trattato.

Ai fini della presente indagine, i punti più controversi sono il riconoscimento di un diritto di azione direttamente in capo al soggetto privato, i rapporti tra l'arbitrato e le giurisdizioni nazionali, con particolare attenzione al requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni, e la determinazione del diritto applicabile al merito della controversia. Anche in questo caso, l'indagine si concentra sulle soluzioni adottate in recenti decisioni arbitrali relative a controversie sugli investment infrastrutturali.

Uno degli aspetti più problematici del rapporto tra obblighi derivanti dal sistema di tutela degli investimenti esteri e sovranità interna è l'incertezza che caratterizza la definizione di alcuni standard sostanziali particolarmente rilevanti, quali il trattamento giusto ed equo e l'espropriazione regolativa. La situazione di incertezza lascia ampia discrezionalità agli arbitri internazionali, i quali, facendo riferimento alla necessità di contribuire al raggiungimento dell'obiettivo del sistema, tendono ad adottare una lettura estensiva di tali disposizioni, ampliando la tutela offerta alla parte privata.

Il terzo capitolo analizza questo tipo di dinamica rispetto al trattamento giusto ed equo, standard che ha assunto un ruolo preminente nella soluzione delle controversie in materia di investimenti infrastrutturali. L'analisi parte dalla definizione del concetto nei principali testi normativi, valutando se le diverse formulazioni utilizzate possano efficacemente contribuire al superamento della situazione di incertezza. Successivamente, viene presa in considerazione la prassi arbitrale, la quale costituisce senza dubbio la fonte principale in questo ambito. In particolare, vengono analizzati i diversi elementi considerati dai tribunali arbitrali quali componenti essenziali dello standard in esame, al fine di determinare se il comportamento statale faccia sorgere la responsabilità dello Stato sul piano internazionale o se, al contrario, costituisca legittimo esercizio dei suoi poteri di regolazione. Tra i vari elementi considerati, particolare attenzione è dedicata alla tutela del legittimo affidamento dell'investitore, il quale, rappresentando un corollario della necessità di assicurare la stabilità delle condizioni giuridiche ed economiche entro cui si svolge l'investimento, ha assunto un'importanza spesso decisiva anche in materia di investimenti infrastrutturali. L'istituto è previsto in diversi sistemi nazionali, sia di *common law* sia di *civil law*, potendo, dunque,

considerarsi un principio generale di diritto, trovando anche accoglimento in altri settori dell'ordinamento internazionale o da questo derivanti, quali il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo o l'ordinamento comunitario. In tutti questi casi l'obiettivo perseguito è la tutela delle aspettative del privato nei confronti di un esercizio arbitrario del potere da parte dell'autorità pubblica. Ai fini che qui interessano, occorre valutare in che modo l'introduzione di tale elemento nel contesto del trattamento giusto ed equo incida sull'ambito applicativo dello standard o, in altre parole, se questo comporti un ulteriore rafforzamento della tutela degli interessi dell'investitore a discapito dello spazio di manovra a disposizione delle autorità nazionali.

Il quarto capitolo riprende lo schema analitico già utilizzato a proposito del trattamento giusto ed equo applicandolo alla disciplina internazionale dell'espropriazione regolativa. Il concetto costituisce una forma particolare di espropriazione indiretta e si applica ai casi in cui l'esercizio dei poteri di regolazione da parte dello Stato, pur senza intaccare il titolo formale del diritto di proprietà dell'investitore, comporti un danno economico all'investimento equivalente nei suoi effetti ad un'espropriazione formale. Da questa prima definizione è evidente come il concetto sia potenzialmente molto rilevante ai fini dell'argomento in esame, imponendo la ricerca di un punto di equilibrio tra le ragioni dell'investitore e la necessità di garantire la possibilità per lo Stato di perseguire obiettivi di carattere generale. L'aspetto più controverso della definizione del concetto è la distinzione tra misure di semplice regolazione e quelle che, rappresentando un atto di espropriazione regolativa, facciano sorgere un obbligo di indennizzo a carico dello Stato. L'indagine muove dalla determinazione della disciplina applicabile all'espropriazione regolativa, facendo riferimento alle disposizioni normative e alla giurisprudenza internazionale. Successivamente, essa passa ad analizzare le soluzioni adottate nella recente prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali per distinguere tra regolazione ed espropriazione regolativa. In particolare, vengono esaminati i criteri tradizionalmente utilizzati a questo scopo, vale a dire quello dell'impatto e l'eccezione del *police power*, cercando di metterne in luce i principali aspetti di criticità in termini di bilanciamento tra la posizione dello Stato e quello

dell'investitore. L'esistenza di tali problemi è condivisa da larga parte della dottrina ed è stata riconosciuta anche in alcuni lodi arbitrali recenti, i quali hanno fatto riferimento a strumenti analitici alternativi, quale l'introduzione di un test di bilanciamento. L'utilizzo del test in materia di espropriazione regolativa non rappresenta una novità, ma è mutuata dall'ordinamento statunitense e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ai quali fa, dunque, riferimento anche il presente lavoro, ai fini di valutare l'opportunità di introdurre lo strumento in materia di investimenti infrastrutturali. Infine, tra gli elementi presi in considerazione, vi sono le aspettative che l'investimento abbia fatto sorgere in capo all'operatore privato. Questo elemento richiama il legittimo affidamento già analizzato a proposito del trattamento giusto ed equo ed è, perciò, necessario esaminare se i due concetti siano analoghi e quali siano gli effetti derivanti dalla sua introduzione nella disciplina dell'espropriazione regolativa per quanto riguarda il bilanciamento tra la tutela dell'investimento e la salvaguardia delle prerogative sovrane dello Stato.

CAPITOLO I

**DIRITTO INTERNAZIONALE
DELL'ECONOMIA ED ESERCIZIO
DELLA SOVRANITÀ STATALE IN
MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI
INFRASTRUTTURALI**

SOMMARIO: 1. Diritto internazionale dell'economia e sovranità interna in materia di servizi pubblici infrastrutturali – 1.1 La definizione del diritto internazionale dell'economia – 1.2 I principali fattori sistematici che incidono sul rapporto tra obblighi internazionali e sovranità interna in materia di servizi pubblici – 1.3 La negazione che gli obblighi internazionali comportino un'erosione della sovranità interna – i) *gli argomenti di carattere sostanziale* – ii) *gli argomenti di carattere sistematico* – 1.4 La ricomposizione del dibattito attraverso una diversa concezione della sovranità – i) *sovranità come ripartizione di competenze* – ii) *consenso dello Stato e dinamicità degli obblighi internazionali* – 2. Evoluzione degli investimenti privati nei servizi pubblici infrastrutturali – 3. La regolazione degli investimenti nei servizi pubblici infrastrutturali – 3.1 Il concetto di regolazione – 3.2 Gli obiettivi e gli strumenti della regolazione nel settore dei servizi pubblici – i) *gli obiettivi di carattere economico* – ii) *gli obiettivi di carattere sociale: il caso dei servizi idrici* – iii) *gli strumenti della regolazione per il raggiungimento degli obiettivi sociali* – 3.3 Regolazione dei servizi pubblici come esercizio di sovranità interna – 4. Esercizio dei poteri sovrani e rischio regolativo negli investimenti infrastrutturali – 4.1 Il rischio economico e commerciale negli investimenti infrastrutturali – 4.2 Il rischio regolativo negli investimenti infrastrutturali – i) *il rischio regolativo quale nuova forma di rischio politico* – ii) *L'elevata incidenza del rischio regolativo negli investimenti infrastrutturali* – 5. Gli strumenti finanziari contro il rischio regolativo – 5.1 Considerazioni introduttive – 5.2 Gli strumenti di garanzia assicurativa di diritto interno – 5.3 Gli strumenti di garanzia assicurativa di diritto internazionale: la *Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)* – 6. Strumenti giuridici contro il rischio regolativo e sovranità statale: i contratti di Stato – 6.1 I contratti di Stato nei rapporti tra lo Stato e l'investitore straniero in materia di investimenti infrastrutturali – 6.2 Principali tipologie contrattuali utilizzate negli investimenti infrastrutturali – 6.3 La natura dei contratti di Stato nel diritto internazionale – i) *l'"internazionalizzazione" dei contratti di Stato attraverso l'applicazione del diritto internazionale pubblico* – ii) *le teorie contrarie all'"internazionalizzazione" dei contratti di Stato* – iii) *l'internazionalizzazione dei contratti di Stato attraverso soluzioni intermedie* – 6.4 Clausole di stabilizzazione e sovranità statale – i) *Validità, effetti e natura delle clausole di stabilizzazione in base al diritto internazionale* – 6.5 Contratti di Stato ed evoluzione del diritto internazionale degli investimenti

1. Diritto internazionale dell'economia e sovranità interna in materia di servizi pubblici infrastrutturali

1.1 La definizione del diritto internazionale dell'economia

L'individuazione dei limiti del diritto internazionale dell'economia è un'operazione complessa che, in alcuni casi, potrebbe addirittura apparire arbitraria. L'espressione è stata, infatti, definita in modi sensibilmente diversi, tanto che ancora oggi, nonostante in alcuni ambiti sia in corso un graduale

processo di convergenza¹, risulta difficile la sua ricostruzione unitaria². Sul punto si registrano diverse impostazioni dottrinali, le quali possono essere riassunte in due ampie categorie³.

La prima considera facenti parte del diritto internazionale dell'economia tutti i rapporti giuridici che riguardano la sfera economica internazionale, a prescindere dalla natura pubblica o privata dei soggetti coinvolti. Gli autori⁴ che adottano questo tipo di approccio sottolineano che ogni distinzione basata sulla natura dei soggetti coinvolti può essere utile a fini didattici, ma risulta ingiustificata sotto il profilo scientifico e scarsamente rilevante dal punto di vista pratico⁵.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si sostiene che anche gli ambiti tradizionalmente considerati "di diritto privato" siano, in realtà, il frutto di scelte che riguardano la sfera pubblica⁶, come avviene, ad esempio, nel caso del diritto internazionale privato⁷. Nonostante l'aggettivo, infatti, anche tale ambito normativo persegue obiettivi aventi natura pubblicistica, come nel caso delle regole in materia di riconoscimento delle sentenze straniere.

Per quanto attiene alla prassi commerciale, questi autori osservano, invece, che la distinzione tra norme di diritto pubblico e istituti di diritto privato sia poco

¹ Per quanto riguarda il diritto del commercio internazionale, si veda WEILER J.H., *Epilogue: Towards a Common Law*, in ID. (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford, 2000, 229

² In questo senso, PICONE P., *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in PICONE P., SACERDOTI G. (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, 32. WEILER T., *NAFTA Article 1105 and the Principles of International Economic Law*, in *Columbia Journ. Transn. L.*, 42, 2003, 37 osserva che "[t]here are probably as many definitions of international economic law as there are commentators on it"

³ Sul punto si vedano le considerazioni di PORRO G., *La Globalizzazione dei mercati e il diritto internazionale dell'economia*, in ID. (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006, 6-8

⁴ JACKSON J., *Reflections on International Economic Law*, in *Univ. Penn. Journ. Intl. L.*, 17(1), Spring 1996, 18; Id., *International Economic Law: Reflections on the "Boilerroom" of International Relations*, in *Am. Univ. Journ. Intl. L. & Pol.*, 10, 1995, 595-606; PETERSMANN E-U., *International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order*, in MACDONALD R.St.J., JOHNSTON D.M. (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Dordrecht, 1983, 227

⁵ TRACHTMAN J., *The International Economic Law Revolution*, in *Univ. Penn. Journ. Intl. L.*, 17(1), Spring 1996, 39

⁶ *Ibid.*, 40, sostiene che "[a]ll law is public"

⁷ Sul punto si vedano HORWITZ M.S., *The History of the Public/Private Distinction*, in *Univ. Penn. L. Rev.*, 130, 1982, 1423 e KENNEDY D., *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, in *Univ. Penn. L. Rev.*, 130, 1982, 1349

significativa, visto che entrambi gli ambiti normativi sono ugualmente rilevanti per l'elaborazione delle strategie commerciali da parte degli operatori privati. Si osserva, infatti, che “[s]ales cannot be made without considering tariff and non-tariff barriers to export transactions and their international legality. Intellectual property cannot be licensed without considering local laws protecting intellectual property, which have been recognized in the Uruguay Round to be importantly related to trade [...]”⁸.

Secondo tale impostazione, il diritto internazionale dell'economia comprende, perciò, un insieme eterogeneo di fonti, alcune ricavate dall'ordinamento internazionale, altre tratte direttamente dai sistemi nazionali in ragione del loro collegamento sostanziale con la dimensione transnazionale⁹. Sono comprese nel novero anche fonti di origine non statale, quale, ad esempio, la nuova *lex mercatoria*¹⁰, un diritto frutto dell'attività di autoregolamentazione del ceto imprenditoriale e destinato a regolare in modo uniforme i rapporti commerciali tra i soggetti che operano in questo ambito a prescindere dai confini tra i diversi ordinamenti nazionali¹¹.

Viceversa, vi è chi considera il diritto internazionale dell'economia un sotto-settore del diritto internazionale pubblico che disciplina la materia economica¹². I rapporti rilevanti saranno, perciò, solo quelli che riguardano i soggetti dotati di personalità giuridica internazionale e che sono regolati da norme derivanti da fonti di tale ordinamento. L'impostazione potrebbe apparire eccessivamente riduttiva e legata ad una concezione ormai superata della materia. Soprattutto in ambito

⁸ TRACHTMAN J., *op. cit.*, 39

⁹ CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international économique*, Paris, 2007, 2-5; QURESCHI A., *International Economic Law*, London, 1999, 5-8

¹⁰ SEIDL-HOHENVELDERN I., *International Economic Law*, 3rd ed., The Hague, 1999, 1-2

¹¹ La definizione è tratta da GALGANO F., MARRELLA F., *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2004, 227-229. Sul punto si veda, inoltre, TEUBNER G., “*Global Bukovina*”: *Legal Pluralism in the World Society*, in TEUBNER G. (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997, 10-11. Sulla *lex mercatoria*, CARBONE S.M., LUZZATTO R., *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, 76 ss.; BONELL M.J., *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in *Dir. comm. int.*, 2, 1992, 315-332; GIARDINA A., *Lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 3, 1992, 461-470. Si veda, inoltre CARBONE S.M., *Il contributo della lex mercatoria nella precisazione della lex sportiva*, in GREPPI E., VELLANO M. (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2006, 227-243

¹² PICONE P., *op. cit.*, 38. *Contra* CARREAU D., JUILLARD P., *op. cit.*, 5, i quali sostengono che il DIE non possa assimilarsi al diritto internazionale poichè il primo sarebbe “un *droit d'expansion*”, mentre il secondo “un *droit de protection*” (corsivo nell'originale)

economico, infatti, gli attori non-statali hanno acquisito un ruolo sempre più rilevante e, sebbene non ancora concluso, è in corso un processo che potrebbe portare a riconoscere loro piena soggettività sul piano internazionale¹³.

Tale ultima critica, per quanto rilevante, non può però comportare l'adozione della definizione ampia del concetto "diritto internazionale dell'economia", sulla scorta di quanto proposto dagli autori visti in precedenza. Il rischio, infatti, è quello di costringere in un unico quadro analitico fenomeni normativi eccessivamente eterogenei¹⁴, rendendo il concetto poco significativo dal punto di vista pratico. Sarebbe, infatti, estremamente difficile elaborare uno schema in grado di comprendere in modo sistematico ambiti così diversi tra loro senza che venga meno il rapporto di corrispondenza tra la delimitazione di una tale disciplina giuridica e "un ambito *materialmente* omogeneo"¹⁵.

La distinzione tra ambiti normativi non omogenei dal punto di vista oggettivo non può essere superata neppure facendo riferimento alla rilevanza pubblicistica degli obiettivi perseguiti dal diritto internazionale privato. Tutti i settori del diritto, infatti, mirano alla composizione di contrasti che riguardano, sebbene in modo diverso, la sfera pubblica. La distinzione tra i diversi ambiti deve, perciò, essere effettuata in riferimento all'oggetto specifico disciplinato, agli strumenti utilizzati e ai soggetti legittimati a partecipare. Infine, risulta poco corretto il tentativo di fondare la definizione ampia del concetto sulla rilevanza che tutti questi ambiti normativi hanno al momento dell'elaborazione delle strategie commerciali da parte degli operatori privati. Sebbene innegabile dal punto di vista pratico, questa situazione non costituisce un elemento che possa giustificare il tentativo di ricondurre ad unità settori che, dal punto di vista scientifico, mantengono un elevato grado di eterogeneità.

Per questi motivi, si ritiene preferibile accogliere l'impostazione più restrittiva, per il suo maggior grado di omogeneità formale e, sebbene in modo meno marcato, sostanziale¹⁶. La scelta si giustifica anche in riferimento al tema specifico

¹³ Tale critica è espressa da ZAMORA S., *International Economic Law*, in Univ. Penn. JIEL, 17(1), 1996, 63

¹⁴ SACERDOTI G., *Lineamenti del diritto internazionale dell'economia*, in PICONE P., SACERDOTI G. (a cura di), *op. cit.*, 118

¹⁵ PICONE P., *op. cit.*, 38, nota 10 (corsivo nell'originale)

¹⁶ *Ibid.*, 35

del presente lavoro, vale a dire l'analisi dei rapporti tra gli obblighi posti da un settore del diritto internazionale dell'economia, quello che disciplina gli investimenti esteri, e la sovranità interna degli Stati in materia di servizi pubblici infrastrutturali. Il diritto internazionale dell'economia deve, dunque, considerarsi un settore specifico del diritto internazionale pubblico, composto da norme poste a disciplina dell'intervento statale nelle relazioni economiche con gli altri attori.

A questo ultimo proposito è, però, necessaria una precisazione. La scelta di considerare il diritto internazionale dell'economia un settore del diritto internazionale pubblico non può essere intesa nel senso di disconoscere il ruolo sempre più significativo assunto dagli attori privati, quali soprattutto le imprese multinazionali, nelle relazioni economiche internazionali¹⁷. La loro accresciuta partecipazione non è più un dato rilevante solo sul piano fattuale, ma ha conseguenze importanti anche sul piano giuridico, avendo determinato il progressivo superamento della tradizionale concezione Stato-centrica del diritto internazionale¹⁸. Sebbene, infatti, gli attori privati non godano ancora di piena soggettività internazionale, è ormai ampiamente riconosciuto il ruolo fondamentale da questi svolto nell'ambito del processo di creazione, controllo e attuazione del diritto internazionale dell'economia¹⁹.

La precisazione assume un significato particolare per quanto riguarda il sistema di tutela degli investimenti esteri. In questo ambito gli attori privati assumono, come osservato dalla dottrina più attenta un "ruolo di interlocutore diretto degli Stati [...] nell'attuazione di tali norme nell'ambito di veri e propri rapporti internazionali"²⁰. Ed infatti, non solo gli investitori stranieri risultano diretti beneficiari dei limiti posti all'esercizio delle potestà sovrane degli Stati ospiti, ma

¹⁷ Sul punto in generale SANTA MARIA A., *Il diritto internazionale dell'economia*, in CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, 499-513

¹⁸ Non è possibile approfondire il tema in questa sede. Sul punto in dottrina LOWE V., *Corporations as International Actors and International Law*, in *It. Yearb. Intl. L.*, 2004, 23-38; DELBRÜCK J., *Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization*, in *Schw. Zeitsch. Int. Eur. Recht*, 2001, 1-36; TEUBNER G., *Le droit spontané dans la société mondiale?*, in MORAND C.A. (sous la directions de), *Le droit sais par la mondialisation*, Bruxelles, 2001, 197-220; SACERDOTI G., *Stati e imprese multinazionali, Introduzione*, in PICONE P., SACERDOTI G (a cura di), *op. cit.*, 699

¹⁹ In argomento si veda, per tutti, PORCHIA O., *Gli attori nel diritto internazionale dell'economia*, in PORRO G. (a cura di), *op. cit.*, 47-59 e dottrina ivi citata

addirittura è riconosciuta loro la possibilità per di ricorrere direttamente di fronte ad un'istanza arbitrale internazionale nel caso in cui le autorità nazionali violino detti limiti²¹.

1.2 I principali fattori sistematici che incidono sul rapporto tra obblighi internazionali e sovranità interna in materia di servizi pubblici

L'elaborazione di una definizione unitaria che collochi la disciplina in esame nel quadro del diritto internazionale pubblico costituisce un elemento di chiarezza ai fini dell'analisi in corso. Anche se intesa in questo modo, la materia continua a caratterizzarsi per un elevato livello di eterogeneità. Al suo interno, infatti, sono tradizionalmente inclusi ambiti diversi, quali il commercio internazionale, gli investimenti esteri, la circolazione internazionale dei capitali, la materia monetaria e la cooperazione per lo sviluppo. Oltre alle evidenti differenze di carattere materiale, tutti questi settori presentano apparati istituzionali che operano secondo logiche e regole procedurali eterogenee. Ciò deriva in larga misura dal diverso grado di integrazione che caratterizza ciascuno di essi, oltre che, ovviamente, dalla specificità dei loro obiettivi.

La frammentazione sostanziale e procedurale che caratterizza la materia ha riflessi importanti per quanto riguarda il tema in esame, facendo sì che l'impatto degli obblighi internazionali sulla sovranità statale in materia di servizi pubblici sia diverso a seconda del settore considerato.

Per quanto riguarda la dimensione sostanziale, un primo fattore che incide sull'impatto di un certo settore normativo sulla sovranità statale è il rapporto tra il suo oggetto specifico e la materia dei servizi pubblici. Al di là della crescente interdipendenza tra i diversi ambiti del diritto internazionale dell'economia e, più in generale, del diritto internazionale pubblico, è evidente che i settori aventi un oggetto specifico direttamente connesso alla regolazione dei servizi pubblici

²⁰ CARBONE S.M., *I soggetti e gli attori della Comunità internazionale*, in CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (a cura di), *op. cit.*, 38

²¹ Il tema sarà oggetto di specifico approfondimento nel corso dei Capitoli II, III e IV del presente lavoro. Sul punto si vedano, in via preliminare, SACERDOTI G., *La soluzione delle controversie che coinvolgono Stati e imprese nell'economia globalizzata: procedure interstatali e arbitrati diretti*, in *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale*, VII

abbiano un impatto superiore rispetto ad altri per i quali tale legame è meno marcato.

Altro aspetto di carattere sostanziale rilevante a questo proposito è l'effettiva capacità dell'ambito normativo considerato di limitare la discrezionalità statale. Vi sono, infatti, settori del diritto internazionale dell'economia che, sebbene potenzialmente rilevanti *ratione materiae*, hanno un impatto molto limitato sull'autonomia decisionale degli Stati, in ragione della loro elevata flessibilità²².

Per quanto riguarda i servizi pubblici infrastrutturali, si può fare riferimento al caso del GATS²³. Nonostante, infatti, i servizi in esame possano sicuramente ritenersi inclusi nell'ambito applicativo dell'Accordo, i limiti alla potestà normativa statale derivanti dalle norme GATS sono piuttosto blandi²⁴. Questo perchè l'Accordo si caratterizza per la mancanza di un principio generale di apertura dei servizi al commercio globale²⁵, lasciando agli Stati membri ampi spazi di manovra nel regolare i settori che essi ritengano più sensibili, quali, nel caso di specie, i servizi pubblici. Da un lato, infatti, l'applicazione degli obblighi generali, quali il trattamento della nazione più favorita e l'obbligo di trasparenza,

Convegno SIDI, 24-25 maggio 2002, Napoli, 2003, 97-110; WEILER T., *NAFTA*, cit., 39; TRACHTMAN J., *op. cit.*, 49

²² ADLUNG R., *Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?*, in Journ. Intl. Econ. L., 9(4), 2006, pp. 865-893

²³ *General Agreement on Trade in Services*, Annex 1B of the Agreement Establishing the World Trade Organization, Marrakesh, 15 April 1994. Sul GATS in generale si vedano, tra gli altri, WEISS F., *The General Agreement on Trade in Services 1994*, in Comm. Markt. L. Rev., 1995, 1177- 1225; SACERDOTI G., VENTURINI G. (a cura di), *La liberalizzazione multilaterale dei servizi e i suoi riflessi per l'Italia*, Milano, 1997; PICONE P., LIGUSTRO A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, 362-395; DORDI C., *Gli accordi sul commercio dei servizi*, in VENTURINI G. (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004, 65-130; MATSUSHITA M., SCHOEMBAUM T.J., MAVROIDIS P.C., *The World Trade Organization. Law, Practice and Policy*, Oxford, 2004, 227-258. Per un'analisi approfondita della situazione pre-GATS cfr. GREPPI E., *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi. I sistemi di liberalizzazione GATT, OCSE e CE*, Napoli, 1994

²⁴ Sul punto, sia consentito il richiamo a COSTAMAGNA F., *L'impatto del GATS sull'autonomia regolamentare degli Stati membri nei servizi idrici ed energetici*, in Dir. comm. int., 19(3-4), 2005, 515-547. Recentemente sul punto RUBINI L., *L'impatto del GATS sulla regolazione nazionale dei servizi di interesse generale*, in Dir. comm. int., 21(2), 2007, 373-412

²⁵ In questo senso MUNARI F., *L'applicazione del GATS ai servizi di interesse generale*, in VENTURINI G., COSCIA G., VELLANO M. (a cura di), *Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Milano, 2005, 145; MARCHETTI J.A., MAVROIDIS P.C., *What are the Main Challenges for the GATS Framework? Don't Talk about Revolution*, in Eur. Busin. Org. L. Rev., 5, 2004, 535-538. In termini parzialmente diversi: LANG A., *The GATS and Regulatory Autonomy: A Case Study of Social Regulation of the Water Industry*, in Journ. Intl. Econ. L., 7(4), 2004, 801-838

riguardano aspetti marginali della sovranità interna in questa materia. Dall'altro, l'assunzione di obblighi più incisivi, vale a dire quelli relativi ad accesso al mercato e trattamento nazionale, è limitata ai settori iscritti nelle liste di concessione e subordinata alla possibilità di apporre condizioni e restrizioni ulteriori da parte degli Stati membri²⁶.

Inoltre, l'impatto degli obblighi internazionali sulla sovranità statale varia a seconda degli assetti istituzionali che caratterizzano il settore normativo dal quale promanano²⁷. L'esistenza di organi legislativi o giurisdizionali in grado di far evolvere le norme sostanziali del sistema attraverso l'adozione di atti vincolanti per gli Stati membri costituisce un fattore che incide sensibilmente sull'erosione della sovranità statale. A tale proposito, bisogna osservare che gli organi giurisdizionali sono generalmente in grado di assumere un ruolo più incisivo rispetto a quelli politici. La situazione è dovuta in larga misura alla tradizionale riluttanza degli Stati membri nel conferire a questa seconda tipologia di organi una certa autonomia di azione o pieno potere normativo, per timore che dal suo esercizio possano derivare limitazioni ulteriori alla loro sovranità²⁸.

La tendenza è confermata anche in materia di servizi pubblici, visto che le organizzazioni internazionali competenti in questo ambito non hanno in genere la capacità di adottare atti vincolanti che limitino l'autonomia statale²⁹. Viceversa, l'esistenza di organi giurisdizionali o arbitrali hanno generalmente un impatto decisamente maggiore sulla sovranità interna degli Stati³⁰. Il loro ruolo risulta

²⁶ MUNARI F., *L'applicazione, cit.*, 144

²⁷ JACKSON J.H., *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, 2006, 58; VAN STADEN A., VOLLAARD H., *The Erosion of State Sovereignty: Towards a Post-Territorial World?*, in KREIJEN G., BRUS M., DUURSMA J., DE VOS E., DUGARD J. (eds.), *State Sovereignty and International Governance*, Oxford, 2002, 176

²⁸ Il punto sarà ripreso ed approfondito nei prossimi paragrafi del presente capitolo

²⁹ OCSE e Banca Mondiale, ad esempio, hanno adottato nel corso degli anni un numero elevato di atti non vincolanti che mirano al miglioramento degli standard di regolazione. Tra gli altri, si vedano gli *OECD Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance*, Paris, 2005; o i cd. *Privatization Toolkit* generali o settoriali (servizi idrici, smaltimento rifiuti, trasporto marittimo, trasporto su gomma e telecomunicazioni) elaborati dalla Banca Mondiale, i quali mirano a spiegare "how governments can privatize and regulate infrastructure services to open up opportunities for private sector investment, improve access, and protect consumers" (dal sito <http://rru.worldbank.org/Toolkits/>). Fa eccezione la Comunità europea, la quale, invece, è in grado di adottare atti vincolanti in materia di regolazione dei servizi pubblici

³⁰ TRACHTMAN J., *op. cit.*, 58 osserva che gli organi giurisdizionali "make agreements more binding [...]", ma nel contempo "[...] raise concerns of sovereignty, especially where adjudication may be difficult to distinguish from legislation"

ulteriormente rafforzato dalla scarsa precisione che generalmente caratterizza le disposizioni sostanziali, un elemento che, come visto in precedenza, consente loro di esercitare funzioni di creazione del diritto in misura più marcata rispetto a quanto generalmente avviene a livello interno³¹.

È stato osservato, inoltre, che le conseguenze dell'attribuzione ad organi internazionali di competenze tradizionalmente esercitate dalle autorità nazionali sono influenzate dal grado di rigidità di tali istituzioni³², vale a dire dalla loro capacità di considerare nel corso del processo decisionale anche valori ed interessi diversi da quelli propri del sistema di riferimento. Gli organi giurisdizionali delle organizzazioni economiche internazionali si caratterizzano per un elevato grado di rigidità, un fattore che, favorendo la prevalenza dell'obiettivo economico rispetto ad ogni altra considerazione potenzialmente contrastante contribuisce a migliorare l'efficienza del sistema³³.

Tuttavia, tale caratteristica suscita maggiori perplessità se considerata alla luce del ruolo acquisito dagli organi giurisdizionali, i quali sono sempre più spesso chiamati a pronunciarsi su questioni che impongono un delicato bilanciamento tra gli interessi economici e valori particolarmente rilevanti dal punto di vista sociale. L'argomento, molto sentito a livello politico, è stato studiato approfonditamente³⁴ in riferimento alla capacità degli organi giurisdizionali

³¹ Sugli effetti della scarsa chiarezza normativa sulla sovranità interna si vedano: SHAPREN A., *NAFTA Chapter 11: A Step Forward in International Trade Law or a Step Backward in Democracy?*, in Temple Intl. & Comp. L. Journ., 17, 2003, 323; DHOOGHE L.J., *The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States*, in Minnesota Journ. Glob. Trade, 10, 2001, 209. *Contra* PRICE D., *NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve?*, in Can.-US L. Journ., 26, 2001, 1

³² VON MOLTKE K., *An International Investment Regime? Issues of Sustainability*, IISD Paper, 2000, 39-40

³³ *Ibid.*, 42 osserva che “international regimes, with few exceptions, are incapable of balancing conflicting goals”

³⁴ La dottrina sul punto è amplissima. Per tutti, si vedano BERNASCONI-OSTERWALDER N., et al. (eds.), *Environment and Trade. A Guide to WTO Jurisprudence*, London, 2006; BIANCHI A., *The Impact of International Trade Law on Environmental Law and Process*, in FRANCONI F. (ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001, 105-134; MONTINI M., *The Necessity Principle as an Instrument to Balance Trade and the Protection of the Environment*, *ivi*, 135- 155; MAVROIDIS P.C., *Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation*, in Journ. World Trade, 34(1), 2000, 73-88; FRANCONI F., *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale*, in SIDI; *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione internazionale del commercio*, Napoli, 1998, 147-179 con commento di MUNARI F., 181-210; MUNARI F., *La libertà degli scambi internazionali e la tutela dell'ambiente*, in Riv. dir. int., 77, 1994, 389-429

dell'OMC di trovare un compromesso tra la liberalizzazione degli scambi e la tutela dell'ambiente, soprattutto in seguito all'adozione di alcune decisioni³⁵ sul punto da parte dell'Organo di risoluzione delle controversie. L'attenzione è poi stata rivolta anche verso altri ambiti di potenziale conflitto, quali la tutela dei diritti dei lavoratori³⁶ o l'adozione di sanzioni economiche per gravi violazioni dei diritti umani³⁷, mentre si deve registrare una minore attenzione per quanto riguarda la tutela della dimensione sociale dei servizi pubblici.

Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta evidente che il rapporto tra sovranità statale e obblighi internazionali non può che essere valutato in riferimento ad un settore normativo specifico. Ogni tentativo di estendere l'ambito dell'analisi porterebbe, infatti, a conclusioni troppo generali e, dunque, scarsamente significative.

Per quanto riguarda il settore dei servizi pubblici infrastrutturali, si ritiene che l'ambito più interessante ai fini del presente lavoro sia quello della tutela degli investimenti esteri. In prima battuta, il sistema ha un ambito applicativo molto ampio, comprendente anche tale settore economico. Inoltre, esso pone obblighi puntuali nei confronti dello Stato per quanto riguarda l'adozione di atti di regolazione che interferiscano con gli investimenti esteri, limitando, in questo modo, la discrezionalità delle autorità nazionali.

Dal punto di vista istituzionale, è prevista la possibilità per l'investitore straniero di sottoporre la misura statale direttamente al vaglio di un tribunale arbitrale internazionale, il quale può condannare lo Stato inadempiente a compensare l'operatore privato danneggiato. L'azione di questi organi rappresenta il principale

³⁵ Si vedano, in particolare, i casi *US – Restrictions on Imports of Tuna*, Report of the Panel, September 1991, ILM, vol. 30, 1991, 1594; *US – Restrictions on Imports of Tuna*, Report of the Panel, June 1994, ILM, vol. 33, 1994, 839; *US – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, AB Rep., WT/DS58/AB/R, May 1998, in ILM, vol. 38, 1999, 118

³⁶ HOWSE R., LANGILLE B., BURDA J., *The World Trade Organization and Labour Rights: Man Bites Dog*, in LEARY V.A., WARNER D. (eds.), *Social Issues, Globalization and International Institutions: Labour Rights, the EU, ILO, OECD and the WTO*, Leiden, 2005, 157-231; SANNA S., *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel diritto internazionale*, Milano, 2005; MCCRUDDEN C., DAVIES A., *A Perspective on Trade and Labour Rights*, in FRANCONI F. (ed.), *op. cit.*, 179-197; VELLANO M., *Full Employment and Fair Labour Standards in the Framework of the WTO*, in MENGOZZI P. (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, 379-419

³⁷ ZAGEL G., *The WTO and Trade-Related Human Rights Measures: Trade Sanctions v. Trade Incentives*, in *Austrian Rev. Intl & Europ. L.*, 9, 2004, 119-159; CLEVELAND S.H., *Human Rights Sanctions and the World Trade Organization*, in FRANCONI F. (ed.), *op. cit.*, 199-261

fattore di evoluzione del sistema, non essendo previste istituzioni dotate di potere normativo. La loro azione interpretativa è, infatti, servita a chiarire la portata di disposizioni spesso formulate in modo molto generico, consentendo una migliore tutela dei diritti dell'investitore. Tuttavia, occorre esaminare in che modo questi tribunali affrontino la necessità di bilanciare gli interessi e le aspettative dei privati con il diritto sovrano degli Stati di intervenire per il perseguimento di obiettivi sociali fondamentali.

1.3 La negazione che gli obblighi internazionali comportino un'erosione della sovranità interna

i) Gli argomenti di carattere sostanziale

Una parte della dottrina contesta che il diritto internazionale possa considerarsi un fattore erosivo della sovranità interna, ritenendo, invece, che l'assunzione di obblighi sul piano internazionale debba essere vista come un elemento che rafforza la capacità degli Stati di governare una realtà sempre più globalizzata. Questi autori osservano, infatti, come il singolo Stato non sia più in grado di affrontare da solo i problemi posti da una realtà sempre più globalizzata, soprattutto per quanto riguarda la sfera economica. Il diritto internazionale dell'economia e, in particolare, la partecipazione alle organizzazioni internazionali economiche diventano, così, strumenti indispensabili attraverso i quali gli Stati “[...] are returning to themselves a degree of ‘sovereignty’ lost through the process of globalization”³⁸.

Alla medesima conclusione giungono anche altri autori, i quali focalizzano, però, la propria attenzione sugli effetti degli obblighi internazionali sul processo decisionale interno. La necessità di rispettare gli obblighi internazionali può, secondo questa parte della dottrina, addirittura rafforzare la capacità degli Stati di

³⁸ L'espressione è tratta dal Report by the Consultative Board to the Director-General Supachai Panitchpakdi, *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium*, Geneva, 2004, 34; BACCHUS J., *A Few Thoughts on Legitimacy, Democracy and the WTO*, in *Journ Intl. Econ. L.*, 7, 2004, 670; CHAYES A., CHAYES HANDLERS A., *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, MA, 1995, 27; KEOHANE O., *Sovereignty, Interdependence and International Institutions*, in MILLER L.B., SMITH M. (eds.), *Ideas and Ideals: Essays on Politics in Honour of Stanley Hoffmann*, Boulder, 1991, 91

perseguire obiettivi di interesse generale, consentendo alle autorità nazionali di superare le istanze protezionistiche di gruppi di potere interni³⁹.

L'elemento che accomuna le due impostazioni è, oltre al risultato finale, la constatazione che l'erosione di sovranità è precedente all'assunzione di obblighi internazionali, essendo dovuta all'azione di fattori economici e tecnologici che hanno irrimediabilmente ridotto lo spazio discrezionale dello Stato. Il diritto internazionale costituirebbe, perciò, solo uno strumento a disposizione degli Stati per la gestione di questa situazione di fatto.

L'argomentazione offre una spiegazione parziale di un fenomeno più complesso. Il diritto internazionale dell'economia non può essere considerato un mero derivato di fenomeni economici e sociali endogeni, rappresentando invece un fattore importante che contribuisce ad accrescere l'interdipendenza tra gli Stati e riduce la loro autonomia decisionale⁴⁰. Così, se da un lato è vero che "the United States can better promote economic growth, prosperity and job creation through international cooperation [...] than it can acting alone [...]", dall'altro non vi sono dubbi che l'assunzione di obblighi sul piano internazionale riduca la discrezionalità del governo statunitense nella scelta del proprio corso di azione anche in quasi tutti i settori economici.

ii) Gli argomenti di carattere sistematico

Alcuni autori sostengono che considerare l'assunzione di obblighi internazionali come una limitazione della sovranità è solo un modo per sfruttare la forte carica evocativa del termine "sovranità", così da attirare l'attenzione dell'opinione pubblica su aspetti che, sebbene importanti, risulterebbero meno attraenti⁴¹. In questo modo, continuano gli stessi autori, si rischia di svuotare il concetto di ogni significato pratico, estendendone in modo eccessivo la portata⁴². Sarebbe, dunque, preferibile un uso più rigoroso del termine, considerando la volontaria assunzione di obblighi sul piano internazionale non come una limitazione della sovranità,

³⁹ MCGINNIS J., MOVSESIAN M., *The World Trade Constitution*, in Harvard L. Rev., 114, 2001, 511-671; PETERSMANN E-U., *The Transformation of the World trading System Through the 1994 Agreement Establishing the World trade Organization*, in Europ. Journ. Intl. L.; 6, 1995, 179-188

⁴⁰ RAUSTIALA K., *Rethinking the Sovereignty Debate in International Economic Law*, in Journ. Intl. Econ. L., 6(4), 2003., 862

⁴¹ *Ibid.*, 844-945

quanto piuttosto un esercizio legittimo della stessa. La scelta di vincolarsi sul piano internazionale implica, infatti, la volontaria accettazione da parte dello Stato di tutte le restrizioni al suo potere decisionale che ne derivano.

L'elemento cardine intorno al quale ruota l'intera argomentazione è, dunque, il consenso dello Stato, inteso quale strumento attraverso il quale un soggetto sovrano sceglie di rinunciare temporaneamente a parte della sua libertà per il raggiungimento di un certo obiettivo⁴³. Tale rinuncia potrebbe considerarsi un'erosione di sovranità solo nel caso in cui il consenso fosse irrevocabile, vale a dire solo nel caso in cui lo Stato avesse definitivamente rinunciato alla sua capacità di recedere dagli impegni presi. La valutazione della possibilità di ritirare il consenso deve essere effettuata, sempre secondo la dottrina in esame, in termini strettamente formali, vale a dire senza considerare in alcun modo le circostanze concrete che determinano questo tipo di scelta. Muovendo da tali presupposti, questi autori concludono osservando che "revocable delegations do not implicate sovereignty"⁴⁴, posto che ogni Stato mantiene, nella quasi totalità dei casi, la possibilità di liberarsi degli impegni internazionali attraverso la denuncia del trattato dal quale voglia liberarsi o, nel caso di partecipazione ad un organizzazione internazionale, recedendo dall'ente.

1.4 La ricomposizione del dibattito attraverso una diversa concezione della sovranità

Le obiezioni mosse dalla tesi esposta sembrano improntate ad un eccessivo formalismo, sollevando questioni di carattere essenzialmente terminologico e scarsamente rilevanti dal punto di vista pratico. Sostenere che l'assunzione di obblighi sul piano internazionale non abbia implicazioni per la sovranità statale appare, infatti, un tentativo di non utilizzare il termine "sovranità"⁴⁵. La scelta è

⁴² *Ibid.*, *op. cit.*, 852

⁴³ DE VATTEL E., *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle*, Tome I, Ch. I, Londres, 1758 paragonava la scelta degli Stati di rinunciare a parte della loro autonomia a quello degli individui che decidevano di sottomettersi al potere statale in cambio di maggiore sicurezza

⁴⁴ RAUSTIALA K., *op. cit.*, 847

⁴⁵ Non è ovviamente possibile affrontare in modo esaustivo la definizione di un concetto che, rappresentando uno degli aspetti fondamentali del diritto internazionale, è stata affrontata da alcuni dei più importanti studiosi della materia. Si vedano, per tutti, KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1974; ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1928, 101

stata talvolta giustificata in riferimento alla situazione di estrema confusione che caratterizza la definizione del concetto⁴⁶. Sebbene non del tutto infondata, questa obiezione non contribuisce a chiarire il quadro analitico, ma costringe semplicemente ad individuare un termine diverso per indicare il fenomeno. Per questa ragione, appare preferibile continuare a fare riferimento al termine sovranità, adattandone la definizione alle mutate circostanze esterne⁴⁷.

i) Sovranità come ripartizione di competenze

Non vi sono dubbi che la sovranità non possa più essere considerata, ammesso che abbia mai potuto esserlo, nei termini assoluti utilizzati dagli studiosi di diritto internazionali di epoche passate⁴⁸. La concezione dello Stato quale entità in grado di esercitare il proprio potere e la propria autorità su un territorio ed una popolazione libero da ogni tipo di limite esterno costituisce, oggi più che mai, un'immagine fittizia.

In prima battuta, si deve osservare come la sovranità non abbia un carattere assoluto, ma debba essere definita in riferimento allo sviluppo del diritto internazionale. Il concetto era già stato espresso dalla Corte Permanente di giustizia internazionale nel *caso sui decreti di nazionalità in Tunisia e Marocco* dove si affermava che: “[t]he question of whether a certain matter is or is not solely within the jurisdiction of a state is essentially a relative question; it depends upon the development of international relations”⁴⁹.

Lo sviluppo del diritto internazionale ha comportato la graduale erosione del cd. dominio riservato, vale a dire dell'ambito nel quale lo Stato risulta libero da obblighi internazionali⁵⁰. Il processo ha determinato la compressione dell'autonomia decisionale statale in numero crescente di settori, compresi quelli tradizionalmente rientranti nella sfera di competenza esclusiva dello Stato. Si

⁴⁶ HENKIN L., *International Law: Politics and Values*, The Hague, 1995, 10 sostiene che: “for legal purposes at least, we might do well relegate the term sovereignty to the shelf of history as a relic from an earlier era”

⁴⁷ In questo senso JACKSON J., *Sovereignty, cit.*, 69

⁴⁸ Si pensi, ad esempio, a Bodin, il quale considerava la sovranità come assoluta, vale a dire non sottoposta ad alcun potere superiore, se non quello divino (Stati quali entità *superiorem non recognoscentes*)

⁴⁹ PCIJ, Advisory Opinion of 7 February 1923 *in the case of Nationality Decrees in Tunis and Morocco*, P.C.I.J., Ser. B, No 4, 23

pensi, ad esempio, alle norme in materia di tutela dei diritti umani, le quali riducono la discrezionalità dello Stato nel trattamento degli individui sottoposti alla sua giurisdizione, compresi i propri cittadini⁵¹. L'accresciuta pervasività del diritto internazionale comporta, dunque, l'erosione della sovranità interna, intesa come "potestà indipendente di decisione e di comando, [...] potere di creazione del diritto a livello sia legislativo che amministrativo o giurisprudenziale [...]"⁵².

Nelle condizioni attuali, appare preferibile l'adozione di una concezione più flessibile del concetto di sovranità, la quale deve considerarsi una funzione del potere decisionale detenuto dallo Stato in un dato momento storico. Muovendo da questi presupposti teorici, è evidente che l'assunzione di obblighi internazionali incide sulla sovranità statale, determinando una diversa ripartizione del potere decisionale tra il piano interno e quello internazionale attraverso la delega da parte dello Stato dell'esercizio di una parte del proprio potere decisionale ad altri soggetti⁵³. In altre parole, costituisce erosione di sovranità ogni modifica nell'allocazione del potere decisionale derivante dall'intervento di un fattore esterno quale, in questo caso, l'assunzione di obblighi internazionali⁵⁴.

La ripartizione del potere decisionale deve essere valutata in base al principio di effettività⁵⁵, vale a dire determinando in concreto il soggetto in grado di esercitare tale competenza in un certo ambito. Questo tipo di approccio appare pienamente

⁵⁰ Sul punto *Société française de droit international, L'Etat souverain à l'albe du XXIème siècle, Colloque de Nancy*, Paris, 1994, 11 e 79. Si veda, inoltre, TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, 30-32

⁵¹ Sull'argomento la dottrina rilevante è amplissima e non è possibile darne conto in modo esaustivo. Per tutti, si vedano CONFORTI B., *Le Nazioni Unite*, 6° ed., Padova, 2000, 136-150; REISMAN M.W., *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, in FOW G.H., ROTH B.R., *Democratic Governance and International Law*, Cambridge, 2000, 239-258; HENKIN L., *Human Rights and State "Sovereignty"*, in *Georgia Journ. Intl. & Comp. L.*, 35(1-2), 1996, 31-45; ARANGIO-RUIZ G., *Le domaine réservé: l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne*, in *RdC*, tome 225, 1993, 9-484

⁵² CONFORTI B., *L'erosione della sovranità*, in ID., *Scritti di diritto internazionale*, vol. 1, Napoli, 2003, 539

⁵³ Vi è chi sostiene che lo Stato può decidere di cedere parte dei propri poteri non solo ad altri soggetti di diritto internazionale, ma anche a soggetti privati, quali ONG, i quali avranno in questo modo la possibilità di esercitare competenze sovrane. In questo senso: TAYLOR C.R., *A Modest Proposal: Statehood and Sovereignty in a Global Age*, in *Univ. Penn. JIEL*, 18(3), 767-770

⁵⁴ I fattori rilevanti in questo senso non hanno solo carattere giuridico, ma possono essere anche di natura economica o tecnologica, come nel caso dei mutamenti intervenuti nel settore dei trasporti o delle comunicazioni

⁵⁵ In generale sul principio di effettività nell'ordinamento internazionale KELSEN H., *Principles of International Law*, 2nd ed., New York, 1966, 560; DE VISSCHER C., *Les effectivités du droit*

conforme ai principi di diritto internazionale e risulta preferibile rispetto all'utilizzo di criteri formalistici, quali la revocabilità del consenso. A tale ultimo proposito, è stato autorevolmente osservato che “[...] la sovranità statale subisce sempre maggiori interferenze e limitazioni provenienti dall'esterno, e se formalmente lo Stato potrebbe ad esse sottrarsi, *sostanzialmente* non riesce a farlo, o meglio potrebbe farlo [...] solo a costo di rinunciare ai propri interessi vitali”⁵⁶. L'impatto del diritto internazionale dell'economia sull'autonomia decisionale interna deve, infatti, essere valutata anche alla luce dell'attuale evoluzione del modello integrativo economico internazionale⁵⁷, il quale pone limiti sostanziali alla libertà statale di scegliere se partecipare ad accordi internazionali per la regolamentazione dei rapporti economici. L'impostazione accolta risulta più convincente rispetto alla tesi che considera i limiti all'autonomia decisionale non formalmente definitivi come irrilevanti per la sovranità statale.

La necessità di considerare i limiti sostanziali che impediscono allo Stato di sottrarsi agli obblighi internazionali non è l'unico aspetto che induce a rifiutare soluzioni eccessivamente formaliste. Parte della dottrina⁵⁸ sottolinea come la manifestazione del consenso da parte dello Stato sia spesso condizionata da fattori che, sebbene diversi dalla minaccia o dall'uso di mezzi coercitivi⁵⁹, appaiono comunque rilevanti ai fini di una corretta ricostruzione dell'argomento.

In materia di diritto internazionale dell'economia e, in particolare, di tutela della proprietà intellettuale, è noto, ad esempio, che l'adesione di molti Paesi in via di sviluppo al TRIPS⁶⁰ sia avvenuta dietro forte pressione degli Stati Uniti⁶¹, i quali

international public, Paris, 1957; OTTOLENGHI G., *Il principio di effettività e la sua funzione nel diritto internazionale*, in Riv. dir. int., 1936, 152

⁵⁶ CONFORTI B., *L'erosione*, cit., 539 (corsivo nell'originale).

⁵⁷ PORRO G., *La Globalizzazione*, cit., 13

⁵⁸ MELTZER J., *State Sovereignty and the Legitimacy of the WTO*, in Univ. Penn. JIEL, 26(4), Winter 2005, 706-711

⁵⁹ Sono queste le uniche due ipotesi di nullità del trattato previste dall'articolo 52 della *Convenzione sul diritto dei trattati*, Vienna, 23 maggio 1969, 115 UNTS 331

⁶⁰ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the Agreement Establishing the World Trade Organization, Marrakesh, 15 April 1994. Sul TRIPS PIRES DE CARVALHO N., *The TRIPS Regime of Patent Rights*, 2nd ed., The Hague, 2005; LUPONE A., *Gli aspetti della proprietà intellettuale attinenti al commercio internazionale*, in VENTURINI G., (a cura di), *op. cit.*, 131-189; LFF D., *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce. Analyse critique*, Bruxelles, 2004, 685-733; MATSUSHITA M., SCHOEMBAUM T.J., MAVROIDIS P.C., *op. cit.*, 395-438; PICONE P., LIGUSTRO A., *op. cit.*, 397-445

utilizzarono la cd. *Super Section 301*⁶² come strumento per convincere i partner commerciali più riottosi. L'atto prevede, infatti, la possibilità per lo *US Trade Representative* di ritirare o sospendere concessioni commerciali, imporre dazi o altre restrizioni nei confronti dei beni importati, limitare o sospendere i benefici derivanti dal sistema generalizzato di preferenze nei confronti dei Paesi che non offrano una protezione "adequate and effective" ai diritti di proprietà intellettuale. Qualora questi Stati si rifiutino negoziare accordi internazionali per il rafforzamento del loro sistema di protezione, l'autorità statunitense è tenuta, inoltre, ad inserirli in una lista di *priority foreign countries*, contro i quali è possibile adottare misure ancora più incisive.

ii) Consenso dello Stato e dinamicità degli obblighi internazionali

Da ultimo, la tesi che nega la possibilità di considerare l'assunzione di obblighi sul piano internazionale quale fattore in grado di incidere sulla sovranità interna statale sembrerebbe presupporre l'immutabilità di tali obblighi. Viceversa, l'analisi della prassi dimostra come gli obblighi internazionali abbiano una spiccata tendenza evolutiva, visto che, come già osservava il giudice Alvarez nella sua opinione dissenziente nel *caso sulle riserve alla Convenzione sul genocidio*⁶³, essi sono come "ships which leave the yard in which they have been built and sail independently, no longer attached to the dockyard"⁶⁴.

La tendenza si è intensificata in seguito alla progressiva istituzionalizzazione dell'ordinamento internazionale. A partire dal secondo dopoguerra si è, infatti, assistito alla proliferazione delle organizzazioni internazionali⁶⁵ dotate di organi

⁶¹ GERHART P., *Reflections: Beyond Compliance Theory – TRIPS as a Substantive Issue*, in *Case West Reserve Journ. Intl. L.*, 32, 2002, 368

⁶² Section 1203 of the *Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988* (PL 100-418) amending Section 301 of the *Trade Act of 1974* (19 USC 2411)

⁶³ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion of 28 May 1951, ICJ Rep. 1951, para. 15

⁶⁴ *Reservations to the Convention Genocide, cit.*, Opinion Judge Alvarez (dissenting), para. 53

⁶⁵ Il numero delle organizzazioni internazionali varia a seconda dei parametri utilizzati per la loro definizione. Secondo PROST M., KINGSLEY CLARK P., *Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?*, in *Chinese Journ. Intl. L.*, 5(2), 2006, 344 si contano attualmente più di 500 organizzazioni internazionali in senso proprio. AMERASINGHE C.F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, 2005, 6 ritiene invece che il numero più corretto sia di poco superiore alle 200 unità. Sul fenomeno della proliferazione delle organizzazioni internazionali si vedano BLOKKER N.M., SCHERMERS G. (eds.), *Proliferation of International Organizations*, The Hague, 2001

normativi o giurisdizionali che hanno contribuito, in misura differente a seconda dei casi, all'evoluzione del sistema normativo nel loro settore di competenza. Il fenomeno ha, in talune circostanze, comportato la modifica, sia quantitativa che qualitativa, degli obblighi originariamente assunti dallo Stato⁶⁶.

A tale proposito, si deve rilevare come le due tipologie di organi abbiano un impatto diverso sulla tendenza in esame. Nonostante i timori espressi da una parte della dottrina, è stato giustamente osservato⁶⁷ che gli Stati sono ancora piuttosto restii a riconoscere autonomi poteri normativi agli organi delle organizzazioni internazionali, salvo rare eccezioni⁶⁸. Nella maggior parte dei casi, essi rimangono i perni decisionali del sistema, delegando agli organi normativi internazionali solo il compito di adottare norme di esecuzione. Parafrasando la metafora utilizzata dal giudice Alvarez, è possibile affermare che, almeno in riferimento all'incidenza degli organi politici, “[...] ships still sail in waters that are under States’ jurisdiction”⁶⁹.

La situazione è diversa per quanto attiene agli organi giurisdizionali o arbitrali. Nel corso degli ultimi anni, il loro ruolo si è sensibilmente rafforzato, soprattutto in taluni settori del diritto internazionale dell'economia, quali il commercio internazionale e la tutela degli investimenti esteri⁷⁰. In entrambi questi ambiti, gli organi in esame hanno il potere di adottare decisioni vincolanti nei confronti degli Stati⁷¹. Uno degli esempi più chiari in questo senso è offerto dal sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC⁷², il quale prevede che i rapporti di panel

⁶⁶ Il fenomeno costituirà oggetto di analisi specifica nei capitoli successivi del presente lavoro in riferimento all'azione dei tribunali arbitrali per lo sviluppo della normativa in materia di tutela degli investimenti esteri. Per quanto riguarda l'effetto degli organi dotati di potere normativo sulla sovranità statale, si veda NOLTE G., *Constitutional Implications of German Participation in Treaty Regimes*, in FRANCK T. (ed.), *Delegating State Powers: The Effect of Treaty Regimes in Democracy and Sovereignty*, Ardsley, 2000, 268

⁶⁷ PROST M., KINGSLEY CLARK P., *op. cit.*, 354-368

⁶⁸ Gli esempi solitamente citati sono quelli delle istituzioni dell'Unione europea e del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite

⁶⁹ PROST M., KINGSLEY CLARK P., *op. cit.*, 365

⁷⁰ Il meccanismo dell'arbitrato diretto in materia di investimenti esteri sarà analizzato nel Capitolo II

⁷¹ In argomento si veda JACKSON J., *International Law Status of WTO Dispute Settlement Report: Obligation to Comply or Option to “Buy Out”?*, in Am. Journ. Intl. L., 98(1), January 2004, 109-125

⁷² La dottrina sul punto è molto ampia. Per tutti, si vedano SACERDOTI G., YANOVICH A., BOHANES J. (eds.), *The WTO at Ten. The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, 2005; SACERDOTI G., *Il sistema di risoluzione delle controversie*

e Organo di Appello⁷³ vengano adottati dall'Organo di risoluzione delle controversie, diventando vincolanti per gli Stati interessati, salvo che si registri l'opposizione da parte di tutti gli Stati membri, compreso quello che ha prevalso nella controversia⁷⁴. L'inversione della regola del *consensus* ha sensibilmente ridotto il controllo da parte degli Stati membri nei confronti del fattore che più di ogni altro contribuisce all'evoluzione del sistema⁷⁵, rafforzandone l'ingerenza nella sfera riservata degli Stati al di là di quanto originariamente previsto⁷⁶.

Si osserva, inoltre, che l'esercizio di tale funzione da parte degli organi giudicanti dell'OMC costituisce il necessario completamento di un sistema che non prevede la produzione di un diritto derivato da parte degli organi politici dell'organizzazione⁷⁷. Nel contempo, vi è chi sottolinea che l'opera di chiarimento e sviluppo progressivo svolta da panel e Organo d'Appello sia andata "beyond the negotiated limits placed on the use of trade measures"⁷⁸, imponendo la loro personale preferenza per una concezione liberista della politica commerciale. Secondo questi autori, l'evoluzione contrasta proprio con la scelta degli Stati di non riconoscere un autonomo potere normativo in capo all'organizzazione. Entrambe queste affermazioni, nonostante improntate ad una diversa impostazione ideologica, mettono bene in luce come l'azione svolta dall'Organo di risoluzione delle controversie abbia modificato il sistema, incidendo sulla sua configurazione originaria.

dell'Organizzazione Mondiale del Commercio a dieci anni dalla sua istituzione, in Comunità internazionale, vol. 3, 2005, 435-456; ORTINO F., PETERSMANN E-U., *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague, 2004; ADINOLFI G., *La soluzione delle controversie nell'OMC ed il contenzioso euro-statunitense*, in VENTURINI G. (a cura di), *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2004, 191-246; COMBA A., *Il neo-liberismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli accordi di Bretton Woods all'Organizzazione mondiale del commercio*, Torino, 1995, 262-269

⁷³ Sull'Organo di Appello si veda, per tutti, VELLANO M., *L'organo di appello dell'OMC*, Napoli, 2001

⁷⁴ Per quanto riguarda i rapporti dei panel, l'articolo 16 dell'Intesa sul sistema di risoluzione delle controversie, prevede, infatti che : "Within 60 days after the date of circulation of a panel report to the Members, the report shall be adopted at a DSB meeting (7) unless a party to the dispute formally notifies the DSB of its decision to appeal or the DSB decides by consensus not to adopt the report"

⁷⁵ *Contra* MARTINO G., *La riforma del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC. Trasformazione sistemica e adeguamento funzionale*, Napoli, 2005, 15

⁷⁶ In riferimento al sistema OMC, si veda BARFIELD C., *Free Trade, Sovereignty, Democracy: The Future*, Washington, 2001, ch. 4

⁷⁷ MARTINO G., *op. cit.*, 14-15

La capacità degli organi giurisdizionali di incidere sugli obblighi originariamente assunti dagli Stati risulta ulteriormente rafforzata dalla scarsa precisione che caratterizza la formulazione di molte norme sostanziali. Questa caratteristica delle disposizioni normative internazionali garantisce agli organi giurisdizionali ampia discrezionalità nell'interpretazione del precetto, consentendo loro di assumere funzioni quasi normative⁷⁹. In materia di investimenti esteri, un esempio rilevante in questo senso è quello dell'obbligo di trattamento giusto ed equo⁸⁰. In mancanza di una sua definizione da parte degli strumenti normativi internazionali e, facendo leva sull'intrinseca flessibilità dei concetti di "giustizia" ed "equità", i tribunali arbitrali internazionali hanno progressivamente esteso l'ambito di tutela di questo standard al di là di quanto previsto dai redattori dei trattati. Sul punto, alcuni autori sostengono che, in realtà, tale evoluzione non contrasterebbe con il principio del consenso, derivando da una scelta consapevole degli Stati, i quali avrebbero accettato l'obbligo del trattamento giusto ed equo nei loro trattati "to give adjudicators a quasi-legislative authority to articulate a variety of rules necessary to achieve treaty's object and purposes [...]"⁸¹.

L'argomentazione è, però, smentita dalla prassi degli Stati, i quali si sono espressi in senso contrario all'adozione di un'interpretazione estensiva dello standard, arrivando ad includere in alcuni trattati di recente conclusione note interpretative che intendono contrastare questo tipo di evoluzione⁸². Come si vedrà meglio in seguito, la strategia non sembra, però, avere prodotto i risultati sperati, visto che anche in casi recenti l'obbligo del trattamento giusto ed equo è stato interpretato in senso ampio, in un modo che deve ritenersi eccedere quelle che erano le intenzioni originarie dei redattori dei diversi trattati.

⁷⁸ GREEWALD J., *WTO Dispute Settlement: An Exercise in Trade Law Legislation?*, in *Journ. Intl. Econ. L.*, 6(1), 2003, 114

⁷⁹ Per un'analisi del problema e delle possibili soluzioni in ambito OMC/GATT si veda BARTELS L., *The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism*, in *Intl. & Comp. L. Quarter.*, 53, October 2004, 871-877. JACKSON J., *The Varied Policies of International Juridical Bodies – Reflections on Theory and Practice*, in *Michigan Journ. Intl. L.*, 25(4), Summer 2004, 873 cita a questo proposito l'esempio della definizione di "like products"

⁸⁰ L'argomento sarà affrontato in modo dettagliato nel Capitolo III

⁸¹ BROWER C.H. II, *Investor-State Disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back*, in *Columbia Journ. Transn. L.*, 40(1), 2001, 56

⁸² Gli Stati Uniti sono tra i Paesi più attivi in questo senso. Il tema sarà oggetto di analisi più approfondita nei prossimi capitoli

Alla luce delle considerazioni svolte, è possibile concludere che la dinamicità delle norme internazionali riduce ulteriormente la possibilità di riconoscere al consenso un ruolo decisivo all'interno del quadro analitico. Inoltre, gli elementi che contribuiscono al rafforzamento della capacità del sistema a svilupparsi in modo autonomo hanno un impatto rilevante anche per quanto riguarda il rapporto tra gli obblighi derivanti dal diritto internazionale dell'economia e la sovranità interna degli Stati. Per tale ragione, entrambi i fattori saranno ulteriormente considerati anche nelle prossime sezioni del presente lavoro.

2. Evoluzione degli investimenti privati nei servizi pubblici infrastrutturali

La gestione diretta da parte dello Stato dei servizi pubblici infrastrutturali è stata considerata per molto tempo connaturata alla struttura monopolistica di tali settori, nonché necessaria per migliorare la copertura geografica e la penetrazione sociale dei servizi. A partire dalla metà degli anni '70, però, alcuni Stati cominciarono ad allontanarsi dal modello interventista che aveva dominato la scena fino a quel momento, modificando le loro politiche anche in materia di servizi pubblici. I primi esempi in questo senso furono il Cile di Pinochet e, soprattutto, la Gran Bretagna della Thatcher⁸³; nel decennio successivo, il fenomeno ha assunto portata globale, arrivando ad interessare più di cento Paesi in tutto il mondo⁸⁴. I dati macroeconomici rivelano come, nel corso degli anni '90, gli investimenti privati in questo settore siano cresciuti in modo molto marcato, soprattutto nei Paesi in via di sviluppo⁸⁵. Le principali ragioni addotte per

⁸³ COOK P, *The Evolution and Performance of UK Privatizations*, the British Council, disponibile su <http://www.britcoun.org/governance/briefing/iss2int.htm>

⁸⁴ Dal 1990 al 2001, riforme per incrementare la partecipazione dei privati nella gestione dei servizi pubblici infrastrutturali sono state adottate in 132 Paesi del mondo, in KESSIDES I.N., *Reforming Infrastructure. Privatization, Regulation and Competition*, World Bank Policy Report, Washington, 2004, 132

⁸⁵ Secondo il *Private Participation Project Database (PPI Database)* della Banca Mondiale gli investimenti privati nei settori delle telecomunicazioni, dell'elettricità, dei trasporti, dell'acqua e del gas nei Paesi in via di sviluppo sono passati dai 17.8 miliardi di \$ del 1990 ai 128.9 miliardi di \$ del 1997. Dal 1990 al 2001 questi settori hanno attratto un volume di investimenti pari a 750 miliardi di \$

sostenere la necessità di una maggiore apertura al mercato dei servizi pubblici hanno natura economica, politica e tecnologica⁸⁶.

Le prime attengono al fallimento dei modelli di gestione diretta da parte dello Stato in termini di qualità del servizio, accesso universale e continuità della fornitura. I problemi riguardano soprattutto i Paesi in via di sviluppo⁸⁷ e sono dovuti alla mancanza di investimenti adeguati per il mantenimento e il miglioramento delle infrastrutture. Inoltre, la scelta di aprire agli operatori privati è spesso effettuata per la riduzione del debito pubblico, riducendo l'esposizione dello Stato in un settore tradizionalmente molto oneroso per le finanze pubbliche⁸⁸. Le politiche di contenimento della spesa pubblica sono state incoraggiate e sostenute dalle maggiori istituzioni finanziarie internazionali, a livello sia globale sia regionale. I programmi di aggiustamento strutturale del Fondo Monetario Internazionale e dalla Banca Mondiale, ad esempio, prevedono la riduzione, o addirittura l'abolizione, dei sussidi statali in materia di servizi pubblici, e la privatizzazione delle imprese statali, al fine di correggere gli squilibri finanziari dei Paesi beneficiari⁸⁹.

Tali precetti si fondano sul presupposto, di derivazione neo-liberista, secondo cui la gestione privata delle attività economiche porta ad un'allocatione delle risorse più efficiente rispetto a quella pubblica⁹⁰. Corollario di tale impostazione è la riduzione dell'intervento dello Stato in ambito economico, a favore di una maggiore concorrenza tra gli attori privati. A partire dalla fine degli anni '80,

⁸⁶ NESTOR S., MAHOOBIL., *Privatization of Public Utilities: The OECD Experience*, in OECD, *Privatization, Competition and Regulation*, Paris, 2000, 6-9

⁸⁷ PEACOCK I., *Public Choice in Historical Perspective*, Cambridge, 1992; KESSIDES I.N., *op. cit.*, 2-3; per un'analisi dettagliata della *performance* di alcuni servizi pubblici in Francia, Germania e Gran Bretagna prima e dopo la liberalizzazione, si veda HERITIER A., *Public-interest Services Revisited*, in Journ. Europ. Publ. Pol., 9(6), 2002, 996-1015

⁸⁸ AURIOL E., PICARD P.M., *Infrastructure and Public Utilities Privatization in Developing Countries*, World Bank Policy Research Paper 3950, June 2006; DAVIS J., OSSOWSKI R., RICHARDSON, T., BARNETT S., *Fiscal and Macroeconomic Impact of Privatization*, IMF Occasional Paper, 2000. In particolare con riferimento all'esperienza dei Paesi OCSE: NESTOR S., MAHOOBIL., *op. cit.*, 18

⁸⁹ BRUNE N., GARRETT G., KOGUT B., *The International Monetary Fund and the Global Spread of Privatization*, in IMF Staff Paper, 51(2), 2004, 195-219

⁹⁰ HARRIS C., *Private Participation in Infrastructure in Developing Countries. Trends, Impacts, and Policy Lessons*, World Bank Working Paper no. 5, 2003, 3. In realtà non tutta la letteratura economica è concorde sul punto: BRUNE N., GARRETT G., KOGUT B., *op. cit.*, 198. Recentemente in senso critico UNDP, *Beyond Scarcity: Power, Poverty and the Global Water Crisis*, Human Development Report 2006, New York, 2006, 89.

questa linea politica, conosciuta come *Washington Consensus*⁹¹, ha rappresentato il punto di riferimento per l'azione delle istituzioni finanziarie internazionali e dei principali Paesi donatori, i quali hanno contribuito alla sua diffusione su scala universale⁹². I programmi di riforma intendevano facilitare l'accesso al mercato da parte degli operatori privati anche in settori, quale quello dei servizi pubblici, tradizionalmente considerati di dominio riservato del potere pubblico⁹³. Queste dinamiche hanno interessato soprattutto i Paesi in via di sviluppo, in ragione della loro maggiore dipendenza dagli aiuti internazionali.

L'ultima tipologia di motivazioni utilizzata per giustificare una maggiore apertura al mercato riguarda gli effetti dell'evoluzione tecnologica sull'erogazione dei servizi pubblici. Il concetto di servizio pubblico è stato tradizionalmente collegato all'idea di monopolio naturale⁹⁴. Si riteneva, infatti, che la gestione attraverso strutture monopolistiche fortemente integrate in senso verticale fosse una necessità dettata dall'impossibilità, o quanto meno dall'eccessiva onerosità, di duplicare le infrastrutture necessarie per l'erogazione.

⁹¹ Il termine fu coniato nel 1990 da John Williamson, economista dell'Institute for International Economics per indicare tutta una serie di politiche macroeconomiche che le istituzioni aventi sede a Washington (Fondo Monetario Internazionale, Banca Mondiale, Dipartimento del Tesoro USA) consideravano necessarie per la correzione degli squilibri finanziari nei Paesi in via di sviluppo. Più nel dettaglio, il *consensus* si basava su 10 tipologie di riforme che riguardavano: la politica fiscale, la spesa sociale, la riforma del sistema tributario, la determinazione dei tassi di interesse e dei tassi di cambio, la liberalizzazione del commercio, le politiche in materia di investimenti esteri, la privatizzazione delle imprese pubbliche, la deregolamentazione e l'adozione di meccanismi per la tutela della proprietà privata, vd. WILLIAMSON J., *Latin American Adjustment: How Much Has Happened*, Institute for International Development, 1990 e ID., *What Should the World Bank Think of the Washington Consensus?*, in *The World Bank Research Observer*, vol. 15(2), 2000, 251-264. Il *Washington consensus* è stato sottoposto a numerose critiche, soprattutto per la sua eccessiva rigidità e le sue "ricette" sono state abbandonate o progressivamente modificate. Per un'analisi critica: TEUNISSEN J.J., AKKERMAN A., *Diversity in Development: Reconsidering the Washington Consensus*, Amsterdam, 2004

⁹² Per un'analisi completa dell'influenza delle politiche neo-liberiste sull'intervento degli Stati nei rapporti economici internazionali si veda COMBA A., *Il neo liberismo internazionale*, cit., 1-60

⁹³ SACERDOTI G., *La soluzione delle controversie*, cit., 102 osserva che il processo non sia imputabile ad una "cosciente politica del mondo delle imprese", quanto "alle imperanti politiche statali", adottate in riferimento alla pressione esercitata dalle raccomandazioni di politica economica dell'OCSE e dalle "ricette" del FMI e della Banca Mondiale. Per un'analisi aggiornata delle politiche del FMI e della Banca Mondiale in materia di privatizzazioni si veda: EURODAD, *IMF and World Bank Conditionality: a Development Injustice*, June 2006 disponibile su <http://www.globalpolicy.org/soecon/bwi-wto/imf/2006/06eurodadimfwb.pdf>

⁹⁴ Si definiscono *monopoli naturali* quei settori di attività economica caratterizzati da rendimenti strettamente crescenti e, di conseguenza, da costi medi strettamente decrescenti. In tali settori un operatore unico è più efficiente di una pluralità di operatori, poiché si tratta di attività in cui i costi d'investimento (costi fissi) sono talmente alti che non sarebbe conveniente moltiplicarli per

La situazione è sensibilmente cambiata, soprattutto in alcuni ambiti⁹⁵, grazie alle nuove tecnologie che hanno ridotto i costi di erogazione e facilitato, almeno dal punto di vista tecnico, l'ingresso di nuovi operatori. Il caso più eclatante è quello delle telecomunicazioni, nel quale nuovi mezzi tecnologici hanno permesso di superare i limiti quantitativi imposti dall'utilizzo del cavo quale mezzo di comunicazione⁹⁶. I sistemi satellitari, le fibre ottiche e l'utilizzo combinato tra le tecnologie informatiche e quelle di comunicazione hanno sensibilmente ampliato le capacità funzionali della rete, facendo emergere nuovi servizi caratterizzati dal valore aggiunto dell'informazione⁹⁷. Il progresso tecnologico ha consentito di separare le reti di trasporto dai servizi trasportati, favorendo la progressiva liberalizzazione di questi ultimi⁹⁸. Dinamiche simili hanno coinvolto, sebbene in modo più graduale, anche altri servizi, per i quali il mutamento del paradigma tecnologico di riferimento ha permesso la distinzione tra segmenti di mercato per i quali non esistono limiti alla liberalizzazione e quelli, quale la gestione della rete, che invece presentano ostacoli maggiori. Tale evoluzione ha fatto venire meno la

introdurre la concorrenza. In argomento, si veda: BERG S., TSCHIRHART J., *Natural Monopoly Regulation: Principles and Practices*, Cambridge, 1998

⁹⁵ Per una panoramica dell'incidenza del progresso tecnologico sul binomio servizi pubblici/monopolio naturale, si vedano JOWI A. Jr, CREWS J.W. Jr, *Technology and Electricity: Overcoming the Umbilical Mentality*, in FOLDVARY F.E., KLEIN D.B. (eds.), *The Half-Life of Policy Rationales: How New Technology Affects Old Policy Issues*, New York, 2003, 161-183; JOWI. A. Jr., *Avoiding the Grid: Technology and the Decentralization of Water*, ibidem, 184-207; GEDDES R., *Technological Change and the Case for Government Intervention in Postal Services*, ibidem, 208-224

⁹⁶ VENTURINI G., *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, 1999

⁹⁷ La definizione dei servizi a valore aggiunto è problematica, sul punto si veda CUNARD J.P., *Value-Added versus Basic Services: The National, Regional, and International Dimension of Drawing Boundary Lines*, in SCHAFF S. (ed.), *Legal and Economic Aspects of Telecommunications*, Amsterdam, 1990, 331

⁹⁸ Le telecomunicazioni rappresentano un settore modello dal punto di vista delle politiche di liberalizzazione anche nel sistema OMC: già nel corso dell'Uruguay Round era stato adottato un Allegato relativo alle Telecomunicazioni che comprendeva una serie di disposizioni applicabili a tale settore accanto alla disciplina generale del GATS. Tali strumenti non erano, però, in grado di offrire risposte adeguate alle necessità di un settore in rapida espansione e, per tale ragione, si era deciso di continuare i negoziati. Il 15 febbraio 1997 è stato adottato il IV Protocollo allegato al GATS (*Fourth Protocol to the General Agreement on Trade in Services*, 30 April 1996, S/L/20), accompagnato da 55 liste di concessioni che contenevano gli impegni di 69 Stati membri dell'OMC (i quali rappresentavano il 91% del mercato mondiale delle telecomunicazioni). Tale documento è entrato in vigore il 5 febbraio 1998 per 72 membri dell'OMC, fra i quali la Comunità europea. Sull'argomento si vedano BRONCKERS M.C.E.J., LAROCHE P., *Telecommunications Services*, in MACRORY P.F.J., APPLETON A.E., PLUMMER M.G. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, 2005, 989-1040; VENTURINI G., *op. cit.*, 197-214

concezione unitaria del concetto di servizio pubblico, riducendo l'area del monopolio naturale e favorendo la partecipazione degli operatori privati nei servizi pubblici.

Nella seconda metà degli anni '90, la crescita degli investimenti privati nei servizi pubblici ha subito un sensibile rallentamento. Anche in questo caso, le ragioni del fenomeno sono molteplici ed eterogenee. Alcune, di natura macroeconomica, derivano dalle crisi finanziarie che hanno investito in periodi diversi Paesi come la Russia, l'Indonesia e l'Argentina⁹⁹. Altre, invece, discendono direttamente dalle crescenti difficoltà nei rapporti tra Stati ospite e investitori stranieri in settori particolarmente delicati dal punto di vista politico¹⁰⁰. In tale contesto, si sta sempre più affermando la tendenza ad utilizzare gli strumenti del diritto internazionale per la composizione delle controversie tra la parte pubblica e quella privata. Per tale ragione, occorre soffermarsi su quali siano gli elementi che caratterizzano gli investimenti nei servizi pubblici infrastrutturali, esaminando, in particolare, quale sia la funzione svolta dallo Stato in seguito alle modifiche che hanno interessato il regime di gestione di tali settori.

⁹⁹ I dati del *PPI Database* della Banca Mondiale mostrano come si sia passati dai 127.9 miliardi di dollari del 1997 ai 57.5 miliardi di dollari del 2001. Dati recenti sembrerebbero, però, dimostrare una ripresa degli investimenti privati nei servizi pubblici, grazie alle politiche di maggiore apertura da parte della Cina e di alcuni Paesi dell'est europeo: nel settore dei servizi idrici ed igienico-sanitari si è passati dai 32 miliardi di \$ del 2002 ai 41 di miliardi di dollari del 2005 (dati *PPI Database*); il 47% di questi investimenti sono concentrati nella regione del Sud-Est asiatico. La crescita non ha, però, interessato tutti i settori: quello energetico, ad esempio, ha visto decrescere gli investimenti dai 91 miliardi di \$ del 2002 ai 64 miliardi di \$ del 2005 (dati *PPI Database*).

¹⁰⁰ Un caso che ha attirato l'attenzione dell'opinione pubblica è stato quello della città boliviana di Cochabamba, dove nel 1999 il Governo decise di affidare la gestione del servizio di distribuzione dell'acqua potabile, la manutenzione e il miglioramento della rete infrastrutturale ad Aguas del Tunari, una controllata del Gruppo Bechtel. L'aumento delle tariffe generò diffuso malcontento sfociato in violente manifestazioni di protesta che, nel giro di pochi mesi, portarono alla decisione da parte del Governo di revocare la concessione. Contro tale decisione, Aguas del Tunari presentò ricorso di fronte ad un Tribunale ICSID, il quale ha dichiarato la propria competenza il 21 ottobre 2005 (*Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction of 21.10.2005). Nel gennaio 2006, però, la Bechtel ha deciso di ritirare il ricorso, dopo aver raggiunto un accordo con il Governo boliviano sull'ammontare del risarcimento. Per un'analisi della vicenda si veda McFARLAND SANCHEZ M., HIGGINS T., *No Recourse: Transnational Corporations and the Protection of Economic, Social, and Cultural Rights of Bolivia*, in *Fordham Intl. L. Journ.*, 27(5), 2004, 766; WOODHOUSE E.J., *The "Guerra del Agua" and the Cochabamba Concession: Social Risk and Foreign Direct Investment in Public Infrastructure*, in *Stanford Journ. Intl. L.*, 39, 2003, 295-350

3. La regolazione degli investimenti nei servizi pubblici infrastrutturali

3.1 Il concetto di regolazione

Liberalizzazioni e privatizzazioni hanno comportato un sostanziale mutamento del ruolo dello Stato nel settore dei servizi pubblici infrastrutturali, trasformandolo da gestore a semplice regolatore del servizio¹⁰¹. Vi è stato, in altre parole, un arretramento del potere pubblico a seguito dell'assunzione di alcune sue funzioni da parte di soggetti imprenditoriali privati. Lo Stato ha ridotto l'intensità del proprio intervento in questo ambito, limitandosi ad assicurare il corretto funzionamento del mercato, dal punto di vista economico e sociale¹⁰².

Le modifiche nel regime di controllo dei servizi pubblici costituiscono solitamente un tema molto delicato nel dibattito politico interno. Vi è, infatti, il diffuso timore che la gestione secondo criteri rigidamente imprenditoriali comporti un aumento dei prezzi e una riduzione della qualità del servizio finale, danneggiando soprattutto gli strati più poveri della popolazione. Lo Stato è, perciò, chiamato a svolgere un ruolo di garanzia, attraverso l'adozione di atti di regolazione che disciplinino l'attività dell'operatore privato. Questa funzione, vale a dire la regolazione dello spazio normativo entro cui i diversi soggetti¹⁰³ sono chiamati ad operare, non costituisce una novità rispetto alla fase dello Stato interventista¹⁰⁴, ma

¹⁰¹ Questo mutamento di ruolo viene spesso indicato con la formula "dallo Stato gestore allo Stato regolatore", in questo senso: CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Bari, 2001, 38 (il quale parla di "Stato pedagogo"), LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 15. Si veda, inoltre, MORAN M., *Review Article: Understanding the Regulatory State*, in *Brit. Journ. Social Sciences*, 32, 2002, 391-413

¹⁰² IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 133 rileva come "la vittoria planetaria del liberismo [...] non demolisce lo Stato, ma lo piega e costringe al diritto comune delle società anonime". Analogamente, ALLEGRETTI U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002, 149 osserva che il potere pubblico è chiamato ad un'"azione di sostegno alle imprese e agli investitori", provvedendo alle "spese per le infrastrutture del territorio in favore dell'economia, per l'incentivazione della produzione e degli scambi internazionali". In questo senso anche COLEMAN A., MAOGOTO J., *After the Party, is There a Cure for the Hangover? The Challenges of the Global Economy to Westphalian Sovereignty*, in *Leg. Iss. Econ. Integr.*, 30(1), 2003, 55-58

¹⁰³ MCGOWAN F., WALLACE H., *Towards a European Regulatory State*, in *Journ. Europ. Publ. Pol.*, 4, 1996, 563 sostengono che lo Stato regolatore è "likely to intervene to underpin the market rather than replace markets; it is concerned to make markets work better [...]"

¹⁰⁴ In questo senso D'ALBERTI M., *Massimo Severo Giannini e l'intervento pubblico nell'economia*, in *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Bologna, 2002, 140.

essa assume connotati e caratteristiche nuove¹⁰⁵, essendo rimasta il principale, se non l'unico, strumento utilizzabile dallo Stato per il perseguimento dei diversi obiettivi di carattere sociale ed economico tradizionalmente collegati all'organizzazione dei servizi pubblici.

Il concetto di regolazione assume significati diversi, a seconda dell'ambito scientifico considerato. Gli studiosi di diritto amministrativo utilizzano la nozione in senso restrittivo, limitandone l'ambito applicativo alle forme di intervento di natura condizionale da parte di autorità indipendenti¹⁰⁶. Una concezione decisamente più ampia è, invece, utilizzata dalla dottrina economica¹⁰⁷, la quale considera facente parte del concetto ogni tipo di intervento pubblico nell'economia. La stessa accezione si ritrova anche nella letteratura giuridica anglosassone¹⁰⁸ e nei documenti delle principali organizzazioni internazionali che si sono occupate del tema. L'OCSE, ad esempio, definisce la regolazione come “the diverse set of instruments by which governments set requirements in enterprises and citizens”¹⁰⁹, distinguendo tra regolazione economica, amministrativa e sociale¹¹⁰.

Ai fini del presente lavoro, appare preferibile l'accoglimento di tale ultima impostazione. Il concetto di regolazione sarà, perciò, intesa in senso ampio, così da comprendere ogni tipo di intervento pubblico nei confronti degli operatori privati che partecipano alla gestione dei servizi pubblici infrastrutturali per il

¹⁰⁵ CARANTA R., voce *Intervento pubblico nell'economia*, in *Digesto, Discipline Pubblicistiche*, vol. IV, Torino, 1999, 371

¹⁰⁶ RANGONE N., voce *Regolazione*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 5058; IANNELLO C., *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'“idea” di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2006, 209; CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in TESAURO G., D'ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 12

¹⁰⁷ MITNICK B.M., *The Political Economy of Regulation*, New York, 1980, 1 definisce la regolazione “[...] as the intentional restriction of a subject's choice of activity by an entity not directly party or involved in that activity”. In questo senso HANCHER L., MORAN M., *Organizing Regulatory Space*, in IDD. (eds.), *Capitalism, Culture and Economic Capitalism*, Oxford, 1989; STIGLER G., *Comment*, in FROMM G. (ed.), *Studies in Public Regulation*, Cambridge (MA), 1981, 73

¹⁰⁸ KRAJEWSKI M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services*, The Hague, 2003, 11; BALDWIN R., CAVE M., *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 1999, 1-2

¹⁰⁹ OECD, *Report on Regulatory Reform*, Paris, 1997, 6

¹¹⁰ In questo senso LA SPINA A., MAJONE G., *op. cit.*, 39-41

perseguimento di obiettivi non adeguatamente garantiti dall'azione esclusiva delle forze di mercato¹¹¹.

3.2 Gli obiettivi e gli strumenti della regolazione nel settore dei servizi pubblici

Secondo la teoria tradizionale, la regolazione mira essenzialmente alla tutela dell'interesse pubblico nei casi di fallimenti del mercato, quando, cioè, l'azione non regolata delle forze di mercato porterebbe ad un'allocatione delle risorse inefficiente dal punto di vista economico, o di altre distorsioni non accettabili dal punto di vista sociale¹¹². Viceversa, una scuola di pensiero sviluppatasi successivamente sostiene che la regolazione non persegue affatto la massimizzazione del benessere pubblico, quanto alla tutela degli interessi di taluni gruppi privati in grado, grazie alla loro influenza, di "catturare" i benefici derivanti dall'intervento pubblico¹¹³. La teoria della cattura, o *private interest regulation theory*, focalizza la propria attenzione sugli effetti patologici della regolazione, vale a dire sui casi nei quali l'intervento del potere pubblico si traduce in un beneficio per l'industria regolata e non per il resto della società¹¹⁴.

Al contrario, essa appare meno capace di fornire una spiegazione convincente degli effetti "positivi" della regolazione, rendendo, dunque, necessario il riferimento alla *public interest theory* per un'analisi più completa, soprattutto per quanto riguarda il settore dei servizi pubblici¹¹⁵. Secondo questa impostazione, la funzione preminente della regolazione è correggere determinate tipologie di distorsioni, perseguendo, in questo modo, un interesse collettivo. Le ragioni che giustificano l'intervento pubblico possono avere natura economica, se mirano alla

¹¹¹ La definizione è tratta da SELZNICK P., *Focusing Organizational Research on Regulation*, in NOLL R.G. (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, 1985

¹¹² LA SPINA A., MAJONE G., *op. cit.*, 117; BALDWIN R., CAVE M., *op. cit.*, cap. 2; OGUS A., *Regulation, Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994, cap. 3

¹¹³ Questa teoria è stata elaborata per la prima volta da STIGLER, *The Economic Theory of Regulation*, in Bell Journ. Economics & Manag. Sciences, 6(2), 1971, 3-21. Per l'analisi degli sviluppi successivi, si vedano: LA SPINA A., MAJONE G., *op. cit.*, 122-126; OGUS A., *op. cit.*, cap. 4

¹¹⁴ KRAJEWSKI M., *National Regulation*, *cit.*, 21; EBERLEIN B., *Regulating Public Utilities in Europe: Mapping the Problem*, EUI Working Paper RSC no. 98/41, Florence, 1998, 8-10

¹¹⁵ MAJONE G., *Regulating Europe*, London, 1996, 22

correzione di un difetto interno del mercato¹¹⁶, o sociale, se riguardano altri tipi di effetti negativi¹¹⁷. La distinzione, per quanto utile dal punto di vista sistematico, non deve essere intesa in senso troppo rigoroso, posto che i diversi obiettivi coesistono e sono spesso perseguiti contemporaneamente¹¹⁸. I beni forniti attraverso le infrastrutture pubbliche, si pensi al caso della distribuzione di energia, tendono ad “alimentare” le altre attività economiche¹¹⁹, risultando indispensabili per il loro svolgimento. Inoltre, l’accesso a questo tipo di servizi è essenziale per la vita e lo sviluppo di ogni persona, rappresentando un presupposto irrinunciabile per l’effettiva realizzazione di tutti gli altri diritti individuali e collettivi.

i) Gli obiettivi di carattere economico

Per quanto riguarda la dimensione economica, la teoria dell’interesse pubblico considera la correzione dei fallimenti del mercato come la ragione più importante della regolazione. La nozione di fallimento del mercato si fonda sul teorema del benessere, elaborato dalla dottrina economica neoclassica, secondo il quale mercati competitivi funzionanti conducono ad un’efficiente allocazione delle risorse. Si ha, al contrario, *market failure* nel caso in cui queste condizioni di efficienza non siano soddisfatte¹²⁰. La dottrina economica ne individua diversi tipi, tra i quali meritano particolare attenzione, in ragione della loro rilevanza in materia di servizi pubblici, i monopoli naturali e l’offerta inadeguata di beni pubblici¹²¹.

Nel caso di monopolio naturale, l’intervento pubblico è necessario, prima di tutto, per evitare che l’operatore monopolista imponga prezzi e condizioni

¹¹⁶ LA SPINA A., MAJONE G., *op. cit.*, 38; KAY J.A., VICKERS J.S., *Regulatory Reforms: An Appraisal*, in MAJONE G. (ed.), *Deregulation or Re-regulation, Regulatory Reforms in Europe and the United States*, London, 1990, 233

¹¹⁷ PROSSER T., *Law and the Regulators*, Oxford, 1997, 6

¹¹⁸ In questo senso KRAJEWSKI M., *National regulation, cit.*, 18. *Contra* DI PLINIO G., *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sopranazionale*, Milano, 2005, 120 che ritiene la distinzione basata su pregiudiziali teoretiche poco oggettive

¹¹⁹ L’espressione è tratta da MUNARI F., *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in *Dir. UE*, 1, 2002, 40

¹²⁰ DI PLINIO G., *op. cit.*, 133; LA SPINA A., MAJONE G., *op. cit.*, 117

¹²¹ LA SPINA A., MAJONE G., *op. cit.*, 118-119 menzionano anche l’esistenza di esternalità negative e di difetti di informazione. Per una lista più ampia, si vedano BALDWIN R., CAVE M., *op. cit.*, 9 ss.

eccessivamente onerosi all'utenza, sfruttando la propria posizione di privilegio. La regolazione si giustifica, inoltre, per ridurre lo spreco di risorse che deriverebbe dalla duplicazione delle infrastrutture da parte di altri concorrenti che volessero entrare nel mercato¹²². Da ultimo, vi è la necessità di evitare che nuovi operatori siano in grado di porre in essere pratiche di *cream skimming*, concentrando la loro attività sui segmenti redditizi e lasciando all'operatore pubblico l'onere di servire le parti meno remunerative dell'utenza¹²³.

Sono, invece, considerati beni pubblici quelli il cui consumo da parte di un individuo in più, rispetto a quelli che già ne beneficiano, non comporta alcun aggravio economico e il cui fornitore non ha la possibilità di escludere gli altri individui dal loro godimento¹²⁴. Tali caratteristiche fanno sì che l'incentivo economico a fornirli in un mercato non regolato sia basso, rendendo la loro offerta insufficiente rispetto alla domanda. L'intervento pubblico si rende, perciò, necessario per limitare gli episodi di *free riding* e garantire che la fornitura di tali beni sia sufficiente a soddisfare la richiesta. In realtà, i servizi pubblici non sono beni pubblici in senso stretto, stante la possibilità per il fornitore di escludere coloro che non pagano per il servizio. Tuttavia, essi vengono talvolta considerati beni che, in ragione della loro importanza, dovrebbero essere forniti come se fossero beni pubblici e, dunque, a prezzi imposti politicamente per garantire la loro fruizione su scala universale¹²⁵.

ii) Gli obiettivi di carattere sociale: il caso dei servizi idrici

Le ragioni di natura sociale che giustificano il ricorso alla regolazione non riguardano la correzione di difetti interni al mercato, ma mirano al riequilibrio di distorsioni che possono crearsi anche nel caso in cui il mercato funzioni perfettamente. Non vi è dubbio, infatti, che l'esistenza di condizioni di efficienza economica non è sempre sinonimo di giustizia sociale e, in certi casi, l'intervento

¹²² BREYER S., *Typical Justifications for Regulation*, in BALDWIN R., SCOTT C., HOOD C. (eds.), *A Reader on Regulation*, Oxford, 1998, 77

¹²³ Sul punto, in relazione al problema del finanziamento del servizio universale, si veda MUNARI F., *La disciplina dei cd. servizi essenziali*, cit., 59-63 e dottrina ivi citata.

¹²⁴ LA SPINA A., MAJONE G., *op. cit.*, 119; OGUS A., *op. cit.*, 33-35

¹²⁵ KRAJEWSKI M., *National Regulation*, cit., 15; UNDP, *Millennium Development Goals: A Compact Among Nations to End Human Poverty*, 2003 Human Development Report, New York, 2003, 111

del potere pubblico si rende necessario per una più equa redistribuzione delle risorse.

Si pensi, per quanto riguarda i servizi pubblici, al problema dell'universalità dell'accesso a tali servizi: se, ad esempio, la fornitura del servizio postale avvenisse solo in base a logiche di profitto, gli abitanti delle aree più remote del Paese dovrebbero pagare un prezzo superiore a causa dei costi più elevati che il fornitore del servizio è costretto a sostenere¹²⁶. L'imposizione di obblighi che impongano al fornitore di finanziare tale onere anche attraverso le tariffe degli altri utenti si giustifica, infatti, non in riferimento al cattivo funzionamento del mercato, quanto al perseguimento della funzione redistributiva da parte dello Stato. Un altro esempio di misure adottate per evitare che la gestione in forma imprenditoriale dei servizi pubblici escluda dalla fruizione coloro che non potrebbero procurarselo a condizioni di mercato è il controllo delle tariffe¹²⁷. Un intervento di questo tipo è giustificato anche se comporta una perdita di efficienza economica, posto che le ragioni sulle quali si fonda non hanno carattere economico, ma politico e sociale.

Questo tipo di motivazioni risultano particolarmente evidenti in riferimento all'intervento statale in materia di servizi idrici ed igienico-sanitari. La possibilità di accedere ad una quantità sufficiente di acqua¹²⁸ è, infatti, indispensabile per la vita degli individui e per il soddisfacimento di un'ampia gamma di bisogni personali, quali la preparazione del cibo o il mantenimento di standard igienici adeguati. Analogamente, la disponibilità dei servizi igienico-sanitari di base riduce l'incidenza di numerose malattie infettive, le quali ancora oggi sono causa di morte per circa due milioni di bambini ogni anno¹²⁹. In ragione delle importanti ricadute positive che questo tipo di servizi ha sulla collettività dal punto di vista

¹²⁶ In argomento si vedano le considerazioni di EINAUDI L., *Principii di scienza della finanza*, II ed., Torino, 1945, 31. Sul servizio universale nel settore postale e sui problemi legati al suo finanziamento International Bureau of the UPU, *Memorandum on Universal Services Obligations and Standards*, Berne, 2001

¹²⁷ PALAST G., OPPENHEIMER J., MACGREGOR T., *Democracy and Regulation: How the Public Can Govern Essential Services*, London - Sterling, 2003; 69-71; BALDWIN R., CAVE M., *op. cit.*, cap. 15; OGUS A., *op. cit.*, cap. 14

¹²⁸ Secondo UNDP, *L'acqua tra potere e povertà*, Rapporto sullo sviluppo umano 2006, Ginevra, 2006, 116 tale quantità dovrebbe essere di almeno 20 litri disponibili entro un raggio di 1 km dalla propria abitazione

sociale, economico ed ambientale, vi è chi li considera beni pubblici impuri che devono essere garantiti su base universale¹³⁰.

Dal punto di vista del diritto internazionale, non è ancora stata chiarita la portata degli obblighi gravanti sullo Stato in materia di servizi idrici¹³¹. L'impostazione classica tendeva ad escludere che le disposizioni in materia di diritti sociali ed economici ponessero obblighi immediatamente vincolanti in capo agli Stati, ritenendo che gli impegni assunti da questi avessero solo carattere programmatico¹³². Viceversa, una parte sempre più ampia della dottrina contemporanea ritiene che l'evoluzione del diritto internazionale imponga il superamento di tale concezione e consenta di ravvisare la sussistenza in capo agli Stati di obblighi immediatamente vincolanti. Per dimostrare come questo tipo di evoluzione debba ormai considerarsi un dato di fatto, soprattutto in materia di servizi idrici, si fa generalmente riferimento ai diversi strumenti giuridici recentemente adottati, non solo di diritto internazionale, che riconoscono l'esistenza di un vero e proprio diritto di accesso ad una quantità minima di acqua potabile in capo a ciascun individuo¹³³. La conclusione può essere sicuramente

¹²⁹ UNDP, *Rapporto 2006, cit.*, 58 ss. Il dato è utilizzato anche da WHO, *The Global Water Supply and Sanitation Assessment 2000*, Geneva, 2000, 1

¹³⁰ UN Economic and Social Council, *The Right to Water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, General Comment no. 15 (2002), E/C.12/2002/11, 20 January 2003, paras. 1-6. Si parla di "beni pubblici impuri" per quei beni che, sebbene non abbiano entrambe le caratteristiche di quelli puri (non rivalità e non escludibilità), forniscono benefici che vanno oltre la dimensione individuale e, per tale ragione, non sono sempre forniti in modo adeguato dal mercato. Un esempio ulteriore di bene pubblico impuro è l'istruzione.

¹³¹ L'argomento esula dallo scopo dell'indagine e, per tale ragione, ci si limiterà solo ad alcune osservazioni generali

¹³² La concezione secondo cui i diritti economici, sociali e culturali avrebbero mera natura programmatica era prevalente fino a qualche anno fa, in questo senso si vedano BOSSUYT M., *Le distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, in *Human Rights Journ.*, 1975, 783 e VIERDAG E.G., *The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Neth. Yearb. Intl. L.*, 9, 1978, 103. Tale impostazione appare oggi superata come sostiene SCHEININ M., *Economic and Social Rights as Legal Rights*, in EIDE A., KRAUSE C., ROSAS A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, 2nd ed., Dordrecht – Boston – London, 2001, 29-54. Per quanto riguarda il diritto di accesso ai servizi di interesse economico generale in ambito comunitario, si veda, per tutti, PORCHIA O., *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Dir. UE*, 4, 2002, 433-651

¹³³ Per un'analisi degli elementi normativi che giustificano questo tipo di apertura, si vedano, tra gli altri, ECOSOC, *Right to Water, cit.*, paras 2-29 che definisce il diritto all'acqua come il diritto di "everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses". Per una ricostruzione del dibattito in dottrina, si vedano DUPUY P.-M., *Le droit à l'eau, un droit international?*, EUI Working Paper no. 2006/06, Firenze, 2006; CAHILL A., *The Human Right to Water – A Right of Unique Status? The Legal Status and Normative*

condivisa dal punto di vista sistematico, ma la perdurante mancanza di un adeguato di sistema di controllo a livello internazionale impedisce di passare dal piano delle affermazioni a quello dei risultati¹³⁴.

iii) Gli strumenti della regolazione per il raggiungimento degli obiettivi sociali

I principali strumenti utilizzati per il raggiungimento degli obiettivi di carattere sociale mirano alla regolazione dell'esercizio dell'attività, attraverso l'imposizione di standard qualitativi e il controllo delle tariffe.

Uno degli aspetti più controversi della regolazione dei servizi pubblici riguarda la fissazione degli standard qualitativi ai quali l'operatore privato è tenuto ad attenersi. In risposta a tali difficoltà è diffusa la tendenza di fare riferimento agli standard elaborati da organizzazioni internazionali o da enti privati¹³⁵. Questi strumenti vengono solitamente indicati come *performance standards*¹³⁶, trattandosi di regole che esprimono il risultato da raggiungere, lasciando al destinatario la scelta dei mezzi.

Anche gli obblighi di servizio universale rientrano in questa categoria, visto che essi impongono solo il raggiungimento di un certo obiettivo, vale a dire la fornitura di un insieme minimo di servizi di qualità predeterminata a prezzi accessibili a tutti. Nella maggior parte dei casi, sono anche previste specifiche sanzioni per il mancato raggiungimento dell'obiettivo o, meno di frequente, incentivi per il suo superamento. A tal fine, assumono particolare rilevanza i meccanismi per la valutazione della prestazione dell'operatore, in considerazione delle numerose difficoltà che solitamente emergono durante questa fase. Spesso,

Content of the Right to Water, in *The Intl. Journ. Human Rights*, 9(3), September 2005, 389-410; DI LIETO A., *Il diritto all'acqua come diritto inalienabile*, in DEL VECCHIO A., DAL RI JUNIOR (a cura di), *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Napoli, 2005, 93-108; ZOLO D., *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2005, 125-142

¹³⁴ L'argomento meriterebbe un'attenzione decisamente maggiore rispetto a quanto è possibile fare in questa sede. Per un approfondimento sul punto si veda STOKKE H., *What is Left of State Responsibility? Turning State Obligations into State Responsibility in the Field of Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights in Developm.*, 2002, 2005, 37-70

¹³⁵ Per un'analisi approfondita di tale tendenza e dei problemi ad essa correlati si vedano CASSESE S., *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*, in *NY Univ. Journ. Intl. L. & Pol.*, 37(4), 2006, 663-694; KINGSBURY B., KRISCH N., STEWART R.B., *The Emergence of Global Administrative Law*, in *L. & Cont. Probl.*, 68, Summer-Autumn 2005, 15-61

¹³⁶ KRAJEWSKI M., *National Regulation*, *cit.*, 24

infatti, le prestazioni da valutare sono difficilmente quantificabili, rendendo, perciò, necessario misurare il risultato raggiunto per approssimazione¹³⁷. In questo ambito si deve registrare come le organizzazioni internazionali abbiano assunto nel corso degli ultimi anni un ruolo sempre più importante, elaborando sistemi per il monitoraggio dei risultati che, sebbene non vincolanti per gli Stati membri, vengono sempre più spesso utilizzati come modelli nell'elaborazione delle discipline nazionali¹³⁸. Il fenomeno ha indubbiamente favorito la convergenza operativa tra i diversi Paesi, portando all'adozione di soluzioni simili anche in contesti diversi tra loro.

Un ulteriore strumento utilizzato per la regolazione dei servizi pubblici è la fissazione delle tariffe da parte dell'autorità pubblica¹³⁹. Nonostante la sua elevata ingerenza, il controllo del prezzo di erogazione del servizio è molto diffuso, rappresentando il principale strumento utilizzato per evitare che la gestione in forma imprenditoriale dei servizi pubblici escluda dalla loro fruizione la parte più povera della popolazione.

Il metodo più diffuso per il controllo delle tariffe è il *price cap*, il quale consiste nella determinazione di una tariffa base (*Retail Price Index*), intesa come tariffa massima, e dell'aumento che questa dovrebbe subire in ragione dell'inflazione annua, diminuito di un coefficiente che rappresenta i margini di miglioramento in termini di efficienza¹⁴⁰. In questo modo, si vuole incentivare l'efficienza produttiva, consentendo agli operatori virtuosi di trattenere la differenza tra la tariffa e la riduzione dei costi. Questo metodo ha ormai sostituito quello del *fair rate of return*, nel quale la tariffa di base veniva determinata in ragione dei costi di fornitura, inclusivi di oneri di funzionamento, tasse, ammortamenti e di un "equo tasso di profitto". Il calcolo di questo ultimo elemento aveva, però, creato

¹³⁷ KLEIN M., *Economic Regulation of Water Companies*, World Bank Policy Research Working Paper no. 1649, September 1996, 8-9

¹³⁸ Un esempio recente in questo senso è fornito da ITU, *ICT Quality of Service Regulation: Practices and Proposals*, Background Paper: Final Version, September 2006. Si veda, per quanto riguarda i servizi postali, International Bureau of the Universal Postal Union, *op. cit.*, 15-31

¹³⁹ PALAST G., OPPENHEIMER J., MACGREGOR T., *Democracy and Regulation: How the Public Can Govern Essential Services*, London - Sterling, 2003, 69-71; BALDWIN R., CAVE M., *op. cit.*, cap. 15; OGUS A., *op. cit.*, cap. 14

¹⁴⁰ Il sistema è stato elaborato in Inghilterra dall'economista Littlechild in risposta alle difficoltà palesate dal sistema del *fair rate of return*. Sull'argomento si vedano diffusamente RANGONE N., *op. cit.*, 5065-5067; LA SPINA A.; MAJONE G., *op. cit.*, 69-71

numerosi problemi, soprattutto per quanto riguarda mercati non concorrenziali e, quindi, privi di termini di paragone attendibili. Inoltre, per garantire l'accesso ai servizi essenziali anche alle fasce meno abbienti della popolazione, è diffusa la pratica di imporre agli operatori privati l'obbligo di prevedere tariffe più favorevoli per le fasce più deboli della popolazione, quali, ad esempio, gli anziani¹⁴¹.

3.3 Regolazione dei servizi pubblici come esercizio di sovranità interna

Così intesa, la regolazione costituisce un'esplicazione della sovranità interna, vale a dire della capacità dello Stato di esercitare le proprie funzioni sovrane con caratteristiche di effettività su un territorio ed una popolazione. Secondo il diritto internazionale, il principio rappresenta, accanto alla capacità dello Stato di agire autonomamente nei propri rapporti con gli altri soggetti internazionali¹⁴², uno dei due requisiti fondamentali della sovranità.

Il concetto di sovranità come capacità dello Stato di esercitare la propria autorità sul piano interno si è affermato a partire dal Trattato di Westfalia del 1648¹⁴³. E' in quel momento, infatti, che lo Stato afferma il proprio dominio esclusivo su un determinato territorio e una certa popolazione, attraverso l'eliminazione dei diversi centri di potere affermatesi durante le epoche precedenti. Corollario del principio è il divieto di ingerenza negli affari interni altrui¹⁴⁴, regola che tutela il diritto di ciascuno Stato di determinare in modo autonomo le proprie politiche nazionali, respingendo le eventuali interferenze che mirino ad influenzarne l'assetto istituzionale.

Per quanto riguarda più nello specifico la sfera economica, la possibilità di esercitare la propria autorità in condizioni di autonomia era stato oggetto di un

¹⁴¹ In riferimento, ad esempio, all'esperienza argentina si vedano CHISARI O., ESTACHE A., *Universal Service Obligations in Utilities Concession Contracts and the Needs of the Poor in Argentina's Privatizations*, World Bank Policy Research Working Paper no. 2250, November 1999

¹⁴² CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., 16

¹⁴³ Non è ovviamente possibile dar conto della sterminata dottrina sul punto. Limitandosi alla manualistica italiana, si vedano CARBONE S.M., *I soggetti*, cit., 3-4; CASSESE A., *Diritto internazionale* (a cura di Gaeta P.), Bologna, 2006, 29-32; CONFORTI B., *Diritto internazionale*, 6° ed., Napoli, 2002, 198-206

accesso dibattito nel periodo successivo al processo di decolonizzazione. I Paesi di nuova indipendenza, infatti, consideravano tale libertà una condizione necessaria per la piena realizzazione di un'effettiva sovranità economica, in grado di dare un contenuto reale ai principi formali riconosciuti dal diritto internazionale. Queste rivendicazioni avevano portato all'adozione di numerose risoluzioni e dichiarazioni da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite¹⁴⁵, nel tentativo di costruire un "nuovo ordine economico internazionale"¹⁴⁶. L'intensa produzione normativa non era però riuscita a sopperire alla mancanza di consenso all'interno della Comunità internazionale, impedendo, così, di poter riconoscere un valore giuridico a molti dei principi affermati¹⁴⁷.

La fine del clima di contrapposizione frontale tra gli opposti schieramenti non ha fatto venir meno la rilevanza della dimensione interna nella definizione del concetto, tanto che in dottrina, il termine "sovranità" è talvolta utilizzato per indicare solo questo aspetto del concetto¹⁴⁸. Recentemente, vi è chi ha affermato che "the 'monopoly of power' dimension" possa considerarsi "[...] as the core of

¹⁴⁴ CONFORTI B., *Le principe de non-intervention*, in ID., *Scritti di diritto internazionale*, vol. 1, Napoli, 2003, 511 esprime dubbi circa la portata giuridica del concetto

¹⁴⁵ Per un'analisi puntuale di tali strumenti si veda FRIGO M., *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*, in PICONE P., SACERDOTI G., *op. cit.*, Milano, 1982, 246-264

¹⁴⁶ *Dichiarazione concernente l'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale*, Ris. AG 3201 (S-VI) del 1 maggio 1974 (GAOR, VI Spec. Sess., Suppl. 1, Doc. A/9559, 3) e *Programma di azione concernente l'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale*, Ris. AG 3202 (S-VI) del 1 maggio 1974 (GAOR, VI Spec. Sess., Suppl. 1, Doc. A/9559, 5). La dottrina sul punto è amplissima. Tra gli altri, si vedano, AGRAWALA S.K., AMA RAO T.S., SAXENA J.N. (eds.), *New Horizons of International Law and Developing Countries*, Bombay, 1983; GEISER H.J., *A New International Economic Order: Its Impact on the Evolution of International Law: An Outline for Discussion*, in *Annales d'études internationales*, vol. 9, 1978, 89-106; BHAGWATI J. (ed.), *The New International Economic Order: The North-South Debate*, Cambridge Mass., 1977; KING GORDON J., *The New International Economic Order*, Toronto, 1976; POCAR F., *Le Nazioni Unite e il nuovo ordine economico internazionale*, in RAINERO (a cura di), *Nuove questioni di storia contemporanea*, III, Milano, 1986, 129-136. Per una ricostruzione fortemente critica di tali rivendicazioni: WÄLDE T., *A Requiem for "the New International Economic Order": The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law and Post-Mortem with Timeless Significance*, in HAFNER G. et al. (eds.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seinz-Hohenveldern in Honour of its 80th Birthday*, The Hague, 1998, 771-803

¹⁴⁷ Sull'argomento PICONE P., *Ordine economico internazionale*, in PICONE P., SACERDOTI G., *op. cit.*, 160-161; FRIGO M., *op. cit.*, 259-264 e dottrina ivi citata

¹⁴⁸ KRASNER S.D., *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton, 1999, 11 nota che "[t]he intellectual history of the term sovereignty is most closely associated with domestic sovereignty"

sovereignty”¹⁴⁹. La medesima impostazione si ritrova già negli scritti degli autori che per primi avevano elaborato una definizione organica del concetto¹⁵⁰.

La capacità di esercitare la propria autorità, qui intesa in senso di *imperium*, libero da ogni interferenza esterna era, infatti, considerato un elemento che legittimava l’esistenza stessa dello Stato¹⁵¹. Il legame tra esercizio della sovranità interna e legittimità del fenomeno statale è stata ribadita anche in epoche successive, adattando il concetto di sovranità alle nuove esigenze alle quali lo Stato doveva rispondere.

Sul punto, risultano particolarmente interessanti le considerazioni svolte da alcuni giuristi francesi della prima metà del secolo scorso. Questi, contestando le posizioni di coloro che consideravano lo Stato quale mera espressione della *puissance publique*¹⁵², preferivano definirlo come una “coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants”¹⁵³, volendo in questo modo sottolineare il legame, per così dire genetico, tra il servizio pubblico e il fenomeno statale, il quale, agli occhi dei propri cittadini, non trovava più la propria legittimazione¹⁵⁴ solo nell’esercizio del potere di *imperium*, ma nella soddisfazione dei bisogni sociali dei cittadini¹⁵⁵.

Tale impostazione, in origine giustificata in riferimento ai nuovi bisogni economici e sociali creati dalla rivoluzione industriale, mantiene la propria validità anche con riguardo alla situazione attuale. I mutamenti che hanno riguardato il regime di gestione non impediscono, infatti, di continuare a ritenere l’organizzazione dei servizi pubblici un compito primario dello Stato e, dunque, una delle principali espressioni della sua capacità di esercitare la propria autorità su un dato territorio. A differenza di quanto avveniva in passato, questo compito

¹⁴⁹ JACKSON J., *Sovereignty, cit.*, 70

¹⁵⁰ BODIN J., *I sei libri dello Stato*, trad. it. Isnardi Parente M. (a cura di), Torino, 1988, vol. I, cap. 8, 345-406 dove si afferma che ciò che distingue lo Stato da altre forme di potere, quali la tribù o la famiglia, è l’esercizio della *summa potestas*, vale a dire di un potere *superiorem non recognoscentes*

¹⁵¹ In questo senso KRASNER S.D., *op. cit.*, 11

¹⁵² Questa impostazione trova la sua massima espressione in HARIOU M., *Precis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1921, 21

¹⁵³ DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel. Tome cinquième. Les libertés publiques*, XII ed., Paris, 1925, 55. L’autore, insieme con Jeze, era il principale esponente della cd. “Scuola del servizio pubblico”

¹⁵⁴ Questo tipo di legittimazione ha carattere meramente politico e non giuridico, almeno per quanto riguarda il diritto internazionale

viene oggi svolto in via principale attraverso l'adozione di atti di regolazione nei confronti di soggetti privati incaricati della gestione dell'infrastruttura e della fornitura del servizio.

In questo senso, perciò, è possibile affermare che la capacità dello Stato di esercitare la propria potestà normativa in questo ambito è parte integrante della sovranità interna. Tale legame è stato espressamente riconosciuto anche nel Preambolo del GATS, dove si afferma il pieno rispetto per “the right of members to regulate, and to introduce new regulation, on the supply of services within their territories in order to meet national policy objectives [...]”. Ai fini del presente lavoro, è interessante notare che questo riconoscimento costituisce un tentativo di risposta alle preoccupazioni sollevate da più parti circa la possibilità che gli obblighi internazionali in materia di libera circolazione dei servizi potessero, in qualche modo, ridurre la piena esplicazione di tale diritto sovrano per quanto riguarda i servizi pubblici¹⁵⁶.

4. Esercizio di poteri sovrani e rischio regolativo negli investimenti infrastrutturali

4.1 Il rischio economico e commerciale negli investimenti infrastrutturali

Il concetto di rischio è stato definito in diversi ambiti scientifici¹⁵⁷ e, per quanto riguarda la materia in esame, può essere inteso come la probabilità che un evento futuro possa frustrare le aspettative economiche create dall'investimento¹⁵⁸. Gli autori¹⁵⁹ sono soliti distinguere le diverse tipologie di rischio in base all'origine, anche se le suddivisioni proposte non sono sempre perfettamente coincidenti¹⁶⁰.

¹⁵⁵ BERTI G., *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione*, in *Jus*, 1999, 872

¹⁵⁶ E' interessante notare che nella sezione “GATS: Facts and Fictions” del sito internet dell'OMC, vi è una pagina dedicata a questo tipo di polemica dal titolo “Misunderstanding and Scare Stories: The Right to Regulate”, disponibile su http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gats_factfiction11_e.htm

¹⁵⁷ BERNSTEIN P., *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*, New York, 1998; VON MISES L., *Human Action. A Treatise on Economics*, 4th ed., New York, 1996, ch. 4

¹⁵⁸ In questo senso SACERDOTI G., *The Source and Evolution of International Legal Protection for Infrastructure Investments confronting political and Regulatory Risks*, in *CEPMLP On-Line Journal*, vol. 5, 3

¹⁵⁹ RUBINS N., KINSELLA S., *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution. A Practitioner Guide*, New York, 2005, 2-24; MORAN T.H., *Political and Regulatory Risk in*

Così come per ogni tipo di investimento, la possibilità che i risultati economici siano inferiori alle aspettative a causa di errori di programmazione da parte dell'imprenditore o del mutamento delle condizioni del mercato sono molto rilevanti anche per quanto riguarda il settore in esame. Inoltre, così come ogni altra transazione commerciale anche gli investimenti infrastrutturali sono soggetti al cd. rischio commerciale, vale a dire alla possibilità che il loro risultato economico sia compromesso dal mancato adempimento della controparte. Questo tipo di rischio prende in considerazione solo le ipotesi nelle quali entrambe le parti agiscano nella loro veste privatistica, vale a dire, per quanto riguarda lo Stato, senza l'utilizzo dei propri poteri sovrani. Tuttavia, essendo il rischio economico e quello commerciale insiti nella nozione stessa di investimento, queste tipologie sono solitamente escluse dall'ambito del sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri e, per tale ragione, risultano poco rilevanti ai fini del presente lavoro¹⁶¹.

4.2 Il rischio regolativo negli investimenti infrastrutturali

i) Il rischio regolativo quale nuova forma di rischio politico

Il rischio politico si distingue dalle tipologie viste in precedenza, riguardando gli eventi potenzialmente negativi per l'investimento che derivino dall'esercizio di potestà sovrane da parte dello Stato¹⁶². In passato, la forma più diffusa di rischio politico era la nazionalizzazione di interi settori economici da parte dello Stato ospite. Altri esempi tradizionali di rischio politico sono l'espropriazione, le restrizioni al rimpatrio del capitale o degli utili e la violenza politica.

Con il passare del tempo il rischio politico ha assunto nuove forme, le quali risultano particolarmente intense proprio nei settori che prevedono un rapporto di lungo periodo tra l'investitore straniero e lo Stato ospite. Queste nuove forme di rischio politico si distinguono da quelle tradizionali per le loro modalità di

Infrastructure Investment in Developing Countries: Introduction and Overview, in CEPMLP Online Journal, vol. 5-6, 1999, 3-5; SACERDOTI G., *The Source and Evolution*, cit., 3-6

¹⁶⁰ Nel corso del presente lavoro si seguirà la distinzione proposta da SACERDOTI G., *The Source and Evolution*, cit., 4-6

¹⁶¹ Il punto sarà analizzato più approfonditamente nel Capitolo III

¹⁶² La definizione è tratta da MORAN T.H., *Political and Regulatory Risk*, cit., 2. Si veda, inoltre, WÄLDE T., *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Paris, 2004, 35-39

concretizzazione. In questi casi, l'impatto negativo sull'investimento non deriva da atti specificamente diretti nei confronti dell'investitore, ma da misure adottate dallo Stato nell'esercizio delle sue funzioni di regolatore della sfera economica. Proprio in riferimento alla sua origine si parla, perciò, di rischio regolativo, intendendolo quale sottocategoria della nozione di rischio politico. Questo tipo di rischio risulta oggi decisamente più rilevante rispetto al passato, in ragione dell'accresciuta tendenza da parte degli Stati di utilizzare i propri poteri di regolazione per il perseguimento di obiettivi generali, quali la tutela dell'ambiente, la protezione della salute umana o l'applicazione della normativa fiscale. Il fenomeno è dovuto a ragioni diverse: in alcuni casi questa sorta di ipertrofia della regolazione costituisce la risposta alle richieste di una società sempre più consapevole o di gruppi di pressione sempre più influenti. In altri casi, l'accresciuto utilizzo di strumenti di regolazione è dovuto alla maggiore partecipazione dei soggetti privati in settori tradizionalmente riservati al potere pubblico.

ii) L'elevata incidenza del rischio regolativo negli investimenti infrastrutturali

Il rischio regolativo assume un'intensità del tutto peculiare negli investimenti infrastrutturali. Il mutamento del ruolo dello Stato in questo ambito ha, infatti, determinato un più ampio utilizzo dei propri poteri di regolazione da parte delle autorità pubbliche per il perseguimento di obiettivi sociali fondamentali che in passato si ritenevano sufficientemente garantiti dalla gestione pubblica del servizio o dell'infrastruttura¹⁶³. L'intervento pubblico in questi ambiti risulta, perciò, particolarmente pervasivo ed è in grado di incidere in modo sostanziale sui risultati economici dell'investimento. A conferma di ciò, basti considerare che tutti i casi in materia di investimenti infrastrutturali attualmente pendenti di fronte a tribunali arbitrali internazionali riguardano proprio l'imposizione di misure di regolazione da parte degli Stati nei confronti dell'operatore privato¹⁶⁴.

L'incidenza del rischio regolativo nei confronti degli investimenti infrastrutturali risulta ulteriormente acuita dalla coincidenza tra la fonte del rischio e una delle

¹⁶³ Sul punto si veda quanto detto nei paragrafi precedenti

¹⁶⁴ OECD, *Investor-to-State Dispute Settlement in Infrastructure Projects*, Working Paper on International Investment, no. 2006/02, March 2006, 13

parti del rapporto. La parte pubblica, infatti, riveste entrambe queste posizioni, potendo utilizzare i suoi poteri sovrani per modificare l'equilibrio del rapporto con la parte privata a suo vantaggio. È evidente che tale condizione possa prestarsi ad abusi, ponendo la parte privata in una posizione di oggettiva debolezza.

Gli investimenti infrastrutturali risultano, inoltre, particolarmente esposti al rischio regolativo anche per ragioni legate ad alcune loro caratteristiche strutturali. Questo tipo di progetti richiede, infatti, ingenti investimenti iniziali che l'investitore è in grado di recuperare solo dopo un lungo periodo di tempo. Inoltre, la presenza dell'infrastruttura impedisce all'investitore di ricollocare la propria attività in Paesi che offrano condizioni più favorevoli, rendendolo, in un certo senso, "hostage to the politics of public infrastructure [...] with little or no way of escaping"¹⁶⁵.

Per descrivere le dinamiche che caratterizzano i rapporti tra lo Stato ospite e l'investitore straniero nel settore dei servizi pubblici, la dottrina economica utilizza il cd. *obsolescing bargaining model*¹⁶⁶, un modello che analizza l'evoluzione nel corso del tempo dei rapporti di forza tra le parti.

Il modello distingue due fasi principali: la prima, quella delle trattative iniziali, vede l'investitore in una posizione di supremazia rispetto alla parte pubblica in quanto detentore del capitale finanziario e tecnologico indispensabili per il buon esito del progetto. Lo Stato sarà, dunque, costretto a cedere di fronte alle richieste della parte privata, la quale potrà utilizzare la sua maggiore forza negoziale per ottenere condizioni a lui favorevoli. La situazione è, però, destinata a cambiare nel momento in cui l'investimento sia stato effettuato. Proprio sfruttando le limitate possibilità di uscita dell'operatore privato alle quali si faceva riferimento in precedenza, le autorità pubbliche sono, infatti, in grado di esercitare una forte pressione affinché i termini del progetto siano modificati a loro favore,

¹⁶⁵ WÄLDE T., DOW S., *Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investment*, in Journ. World Trade, 34(2), 2000, 1. In particolare, per quanto riguarda la cd. *exit option*, MORAN T.H., *Foreign Direct Investment and Development: The New Policy Agenda for Developing Countries and Economies in Transition*, Washington, 1998, chapter 9; HIRSCHMANN A., *Exit, Voice and Loyalty – Responses to Decline in Firm, Organizations and States*, Cambridge, 1970

¹⁶⁶ Il modello era stato inizialmente elaborato in riferimento alle attività di sfruttamento delle materie prime. Per un'analisi approfondita del modello: VERNON R., *In the Hurricane's Eye: The Troubled Prospects of Multinational Enterprises*, Harvard, 1998, 332-59; Id., *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of US Enterprises*, Harvard, 1971 46-47

ridimensionando le condizioni eccessivamente generose originariamente concesse¹⁶⁷. Gli esiti che possono derivare da questo tipo di evoluzione sono diversi: talvolta le parti riescono a trovare un nuovo punto di equilibrio, rinegoziando i termini originari del contratto¹⁶⁸, così da consentire la prosecuzione del rapporto. Nella maggior parte dei casi, però, i negoziati tra le parti si risolvono in un fallimento, non lasciando altra possibilità se non il ricorso agli organi giurisdizionali nazionali o, sempre più spesso, internazionali.

È evidente che il modello non ha la pretesa di offrire un quadro esaustivo di tutte le possibili dinamiche osservabili in un rapporto così complesso quale quello tra lo Stato ospite e un investitore straniero attivo nel settore dei servizi pubblici infrastrutturali. Tuttavia, esso consente di comprendere in modo più chiaro le ragioni dell'elevata incidenza del rischio regolativo in questo settore, evidenziando aspetti rilevanti anche per la comprensione delle numerose controversie relative agli investimenti infrastrutturali già decise o ancora pendenti di fronte ad istanze arbitrali internazionali.

5. Gli strumenti finanziari contro il rischio regolativo

5.1 Considerazioni introduttive

Alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, non sorprende che gli investitori stranieri attivi nell'ambito dei servizi pubblici cerchino di rafforzare la loro posizione nel rapporto con lo Stato ospite ricorrendo a strumenti di garanzia diversi, i quali possono essere distinti in due categorie principali: quelli aventi carattere finanziario e quelli giuridici¹⁶⁹.

¹⁶⁷ In questo senso, WOODHOUSE E.J., *op. cit.*, 297; MORAN T.H., *Political and Regulatory Risk, cit.*, 7

¹⁶⁸ Il problema della rinegoziazione di contratti a lungo termine era stato al centro di un acceso dibattito negli '70-'80, per tutti, si vedano SORNARAJAH M., *Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts*, in *Journ. Intl. Arb.*, 5(2), 97-114 WÄLDE T., *Revision of Transnational Investment Agreements*, in *Lawyer of the Americas*, 10, 1978, 265-298. Il tema ha nuovamente acquisito rilevanza, proprio in riferimento al settore degli investimenti infrastrutturali, sul punto si veda GUASCH J.L., *op. cit.*, 71-94; KOLO A., WÄLDE T., *Renegotiation and Contract Adaptation in International Investment Projects – Applicable Legal Principles and Industry Practices*, *Journ. World Investm.*, 1, 2000, 5-57

¹⁶⁹ In realtà taluni autori individuano anche una terza categoria che comprende le cd. *self-help measures*, vale a dire gli strumenti a disposizione dello Stato per la riduzione del rischio politico, al fine di attrarre gli investitori esteri. In questo senso, MORAN T.H., *Political and Regulatory Risk, cit.*, 10-12

Il presente lavoro concentrerà la propria attenzione sulla seconda tipologia di strumenti e, in particolare, su quelli disciplinati dal diritto internazionale. E' in questo ambito, infatti, che è emerso il problema del bilanciamento tra il rispetto della potestà sovrana degli Stati di intervenire per il perseguimento dell'interesse pubblico e la tutela della posizione dell'operatore privato. Prima di procedere in questo senso, appare, però, utile dedicare alcuni brevi cenni anche agli strumenti di natura finanziaria utilizzati per la gestione del rischio regolativo. L'analisi di questi strumenti, alcuni dei quali regolati da norme di diritto internazionale, contribuisce, infatti, a completare il quadro di riferimento, consentendo di affrontare elementi rilevanti ai fini del presente lavoro.

5.2 Gli strumenti di garanzia assicurativa di diritto interno

I principali strumenti finanziari a disposizione degli investitori stranieri consistono in strumenti di garanzia assicurativa che consentono l'allocazione di una parte del rischio a carico del soggetto offerente. A questi fini, il rischio regolativo è considerato una particolare forma di rischio politico ed è generalmente incluso nell'ambito di tutela dei meccanismi utilizzati per le tipologie tradizionali.

Il settore vede la partecipazione congiunta di soggetti privati e pubblici. I primi sono principalmente grandi società di assicurazione, per la maggior parte aventi sede negli Stati Uniti o in Gran Bretagna, le quali hanno cominciato ad offrire programmi specifici per la copertura del rischio politico solo pochi decenni fa, ma che sono oggi in grado di competere con i soggetti pubblici attivi in questo ambito¹⁷⁰.

Tale ultima categoria è formata, in prima battuta, dalle agenzie statali¹⁷¹ presenti nella maggior parte dei Paesi esportatori di capitali, incaricate di offrire copertura

¹⁷⁰ Sul punto RUBINS N., KINSELLA N.S., *op. cit.*, 110-112. Anche se come osserva CANTONI S., *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale alla promozione degli investimenti internazionali*, in PORRO G., *op. cit.*, 184 “[le] compagnie private [...] si caratterizzano per una maggiore elasticità nelle procedure ma hanno campi di azione più limitati”

¹⁷¹ La maggior parte di queste agenzie statali fanno parte, insieme con i maggiori enti privati attivi in questo ambito, della *International Union of Credit and Investment Insurers*, più nota come Unione di Berna. Dalla sua creazione, avvenuta nel 1934, fino al secondo dopoguerra l'Unione era esclusivamente composta da enti assicurativi privati che offrivano copertura per i rischi commerciali nel settore dell'export. Solo successivamente, entrarono a farvi parte anche soggetti,

assicurativa agli imprenditori che vogliono investire all'estero¹⁷². Tra le altre, un esempio particolarmente rilevante è quello della *Overseas Private Investment Corporation*¹⁷³ (OPIC) statunitense, la quale, oltre ad offrire protezione assicurativa contro il rischio politico, finanzia direttamente taluni progetti attraverso la concessione di prestiti, fornisce garanzie per l'ottenimento di prestiti dal settore privato e, più in generale, offre una vasta gamma di servizi agli investitori statunitensi¹⁷⁴. In particolare, gli schemi assicurativi offerti dall'OPIC coprono i rischi derivanti da alcune cause specifiche: la non convertibilità in dollari degli utili derivanti dall'investimento, l'espropriazione, diretta o indiretta, la violenza politica, la mancata esecuzione di un lodo arbitrale¹⁷⁵. Come si può notare, il rischio regolativo non è considerato quale categoria autonoma e non è del tutto pacifico che le diverse forme che questo può assumere siano tutte comprese in una delle ipotesi esplicitamente previste, al di là del caso in cui la misura di regolazione costituisca un atto di espropriazione. L'OPIC considera, infatti, la cd. *regulatory expropriation*¹⁷⁶ una particolare forma di espropriazione indiretta, la quale rientra sicuramente nell'ambito di copertura offerta dalla *Corporation*.

sia pubblici che privati, impegnati nell'ambito del rischio politico. Sul punto MERON T., *Investment Insurance in International Law*, New York, 1976

¹⁷² In Italia queste funzioni sono svolte, a decorrere dal 1 gennaio 2004, dalla SACE (Servizi Assicurativi del Commercio Estero) sorta in seguito alla riforma che ha interessato la Sezione speciale per l'assicurazione del credito all'esportazione (istituita dalla L. 227/97, in G.U. n. 143 del 27 maggio 1977). La SACE è composta da due società: la SACE S.p.a. e SACE BT S.p.a. La seconda opera nel campo della copertura assicurativa del rischio politico

¹⁷³ L'OPIC è stata creata con il *Foreign Assistance Act* of 1969, Pub. L. 91-175, 30 Dec 1969, 83 Stat. 805 per rilevare le funzioni assicurative contro il rischio politico precedentemente esercitate dalla US Agency for International Development (USAID). Nel corso della sua storia ha conosciuto periodi di crisi che messo a rischio la sua sopravvivenza. Tuttavia, questa agenzia ha rappresentato il modello al quale si sono ispirati altri Stati e istituzioni internazionali per la creazione di agenzie con simili funzioni. Sulla storia dell'OPIC si veda PERRY M.A., *A Model for Efficient Foreign Aid: The Case for political Risk Insurance Activities of the Overseas Private Investment Corporation*, in *Virginia Journ. Intl. L.*, 36(3), 1996, 511-588

¹⁷⁴ Sull'attività dell'OPIC, si vedano RUBINS N., KINSELLA S., *op. cit.*, 70-90; WATSON P., *Private Sector Involvement in Development*, Aspen Institute, 31 July 2004, su www.opic.gov

¹⁷⁵ Le ultime due ipotesi sono state aggiunte successivamente. Sul ruolo dell'OPIC nelle strategie anti-terrorismo: PIETANZA E., *Winning the Risky Global Business Game: Parrying the Thrusts from Terrorism with an International Insurance Coalition*, in *California West Intl. L. Journ.*, 34(1), 2003, 85-113

¹⁷⁶ Il tema sarà trattato nel Capitolo IV

5.3 Gli strumenti di garanzia assicurativa di diritto internazionale: la Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)

Accanto ad agenzie nazionali ed enti di diritto privato, nel corso degli anni si è avuta l'istituzione di alcune organizzazioni internazionali alle quali è stato affidato il compito specifico di offrire strumenti di protezione contro il rischio politico, al fine di facilitare il flusso degli investimenti verso i Paesi in via di sviluppo o verso determinati gruppi di Stati¹⁷⁷.

Tra queste, il ruolo principale è svolto dalla *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA)¹⁷⁸ creata dalla Convenzione di Seul del 1988¹⁷⁹, dopo il fallimento di altri tentativi analoghi¹⁸⁰. La MIGA è una delle quattro organizzazioni¹⁸¹ che compongono il Gruppo della Banca Mondiale¹⁸² ed è dotata di un proprio apparato istituzionale¹⁸³, composto dal Consiglio dei Governatori, dove siedono i rappresentanti degli Stati membri, dal Consiglio di Amministrazione, responsabile dell'attività dell'organizzazione, e dal Presidente, con funzioni di tipo amministrativo. L'intendimento dei redattori del trattato istitutivo non era quello

¹⁷⁷ La Inter-Arab Investment Guarantee Corporation mira, ad esempio, a promuovere il flusso di investimenti privati tra e verso i Paesi arabi. La IAIGC è stata creata attraverso l'adozione della *Convention Establishing the Inter-Arab Investment Guarantee Corporation*, opened for signature in May 1971, entered into force in April 1974 (il testo in inglese è disponibile su http://www.iaigc.org/index_e.html). Attualmente conta 21 Stati membri, ha sede a Kuwait City ed è l'unica agenzia regionale che offra prodotti assicurativi a favore di investitori privati. Sulla IAIGC si veda SHIHATA F.I., *Arab Investment Guarantee Corporation, A Regional Investment Insurance Project*, in Journ. World Trade L., 6, 1972, 185-202

¹⁷⁸ Sulla MIGA, tra i diversi contributi in dottrina, si vedano CANTONI S., *Il contributo*, cit., 183-196; ZIEGLER A.R., *Investment Guarantee: From a National to an International Perspective*, in Trans. Disp. Mang., 2(5), November 2005, 10-17; SHIHATA F.I., *MIGA and Foreign Investment – Origins, Operations, Policies and Basic Documents of the Multilateral Investment Guarantee Agency*, Dordrecht-Boston- Lancaster, 1988; TREVES T., *La Convenzione istitutiva della MIGA come codice di condotta in tema di investimenti*, in Riv. dir. int. priv. proc., 3, 1987, 1-12. Per un'analisi critica del ruolo della MIGA nei PVS, JOS E., *L'Agence multilatérale de garantie des investissements: une contribution positive, mais insuffisante, pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement*, in Rev. gén. droit int. publ., 98(2), 1994, 387-416

¹⁷⁹ *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*, Seoul 11 October 1985, 1508 UNTS 99 (una versione non ufficiale in italiano è disponibile in PORRO G., *op. cit.*, Allegato 7). La Convenzione è entrata in vigore il 12 aprile 1988 e al 16 novembre 2007 conta 171 Stati membri

¹⁸⁰ La creazione di un sistema assicurativo multilaterale era stato proposto dalla Banca Mondiale già nel 1948. Negli anni '60 e '70, altri progetti furono discussi senza successo in seno all'OCSE. Per un'analisi di questi progetti SHIHATA F.I., *MIGA and Foreign Investments*, cit., 29

¹⁸¹ Insieme con la Banca per la Ricostruzione e lo Sviluppo, la Società Finanziaria Internazionale e l'Associazione Internazionale per lo Sviluppo

¹⁸² Per l'analisi del ruolo della Banca Mondiale nel settore degli investimenti esteri, si veda CANTONI S., *op. cit.*, 157-196

¹⁸³ Artt. 30-38 Convenzione MIGA

di creare un meccanismo assicurativo che sostituisse i diversi sistemi già esistenti, quanto piuttosto rafforzare la tutela offerta dalle agenzie nazionali e dagli enti privati¹⁸⁴. La sua posizione ha, però, conosciuto un'evoluzione sensibile nel corso negli anni, tanto da divenire il principale attore internazionale in questo ambito¹⁸⁵. L'obiettivo della MIGA è incoraggiare il flusso degli investimenti verso i PVS¹⁸⁶, attraverso l'assicurazione degli investimenti produttivi contro il rischi politico. Il Preambolo della Convenzione riconosce, infatti, che “the flow of foreign investments to developing countries would be facilitated and further encouraged by alleviating concerns related to non-commercial risks”.

Il meccanismo di garanzia si compone di diverse fasi: prima di tutto, la MIGA, dopo aver ottenuto l'autorizzazione dallo Stato ospite¹⁸⁷, stipula con l'investitore un contratto di assicurazione relativa ad una o più tipologie di rischi non commerciali. Nel caso in cui si verifichi l'evento assicurato, la MIGA deve provvedere all'indennizzo nei termini previsti dal contratto¹⁸⁸ e ha la facoltà di surrogarsi all'investitore nei confronti dello Stato ospite. Quest'ultimo ha l'obbligo di riconoscere tale surroga e, in caso di controversia, a sottoporsi ad arbitrato obbligatorio¹⁸⁹. A questo proposito, è stato osservato come tale meccanismo contribuisca alla “depoliticizzazione”¹⁹⁰ delle controversie internazionali in materia di investimenti esteri, facendo venir meno l'interesse dello Stato di nazionalità dell'investitore si agire in protezione diplomatica.

¹⁸⁴ La collaborazione con le agenzie nazionali e regionali è espressamente prevista all'articolo 19: “The Agency shall cooperate with, and seek to complement the operations of, national entities of members and regional entities the majority of whose capital is owned by members, which carry out activities similar to those of the Agency”. La disposizione è stata inserita in risposta al timore degli Stati di perdere il controllo su un'attività strategicamente importante, nel momento in cui tali compiti fossero stati attribuiti ad un'organizzazione internazionale. Sul punto CANTONI S., *op. cit.*, nota 62

¹⁸⁵ CARREAU D., JUILLARD P., *op. cit.*, 525. In questo senso anche MORAN T.H., *Political and Regulatory Risk, cit.*, 18, il quale sottolinea che la funzione più importante della MIGA non è tanto quella di intervenire in soccorso dell'investitore, quanto di agire come mediatore per la soluzione delle dispute, posto che la sua collocazione nel Gruppo della Banca Mondiale le garantisce “a disproportionate amount of influence”

¹⁸⁶ Articolo 2

¹⁸⁷ Articolo 15

¹⁸⁸ Articoli 16-17

¹⁸⁹ Articolo 18. Sulla surroga nel sistema MIGA si veda SEIDL-HOHEVELDERN I., *Subrogation under the MIGA Convention*, in *ICSID Rev.-FILJ*, 2, 1987, 111-121

¹⁹⁰ SHIHATA I.F., *Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*, Washington, 1992

La copertura assicurativa offerta dalla MIGA è potenzialmente più ampia rispetto a quelle delle agenzie nazionali, posto che, accanto alle tipologie di rischio politico già viste a proposito dell'OPIC, l'articolo 11(b) prevede la possibilità di una sua estensione. Tale disposizione consente al Consiglio di Amministrazione di approvare garanzie ulteriori per tipologie di rischio non previste al punto (a)¹⁹¹, dietro richiesta congiunta dell'investitore e del Paese ospite. Restano in ogni caso escluse la svalutazione o deprezzamento valutario e, di maggiore rilevanza ai fini della presente analisi, i danni derivanti da azioni od omissioni dello Stato alle quali l'investitore avesse precedentemente consentito, delle quali sia responsabile o che si siano verificate prima della stipula del contratto di garanzia.

Tra le tipologie di rischio politico esplicitamente previste vi è l'espropriazione. L'articolo 11(a)(ii) definisce il concetto in modo ampio, comprendendo "any legislative action or administrative action or omission¹⁹² attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee of his ownership or control of, or a substantial benefit from, his investment". Tuttavia, la disposizione esclude dal novero le misure non discriminatorie suscettibili di applicazione generale "which the governments normally take for the purpose of regulating economic activity in their territories".

Se intesa in modo rigoroso, la disposizione avrebbe l'effetto di escludere ogni possibilità di copertura del rischio regolativo, consentendo alla MIGA di sottrarsi all'obbligo di indennizzare l'investitore in tutti quei casi che rientrano in questa sottocategoria di rischio politico. La soluzione ridurrebbe in modo sensibile l'utilità del meccanismo MIGA nel settore degli investimenti infrastrutturali e, più in generale, risulterebbe in controtendenza con quanto avviene anche in altri settori, dove il rischio regolativo è oggi la principale tipologia di rischio

¹⁹¹ Si tratta delle restrizioni sulla convertibilità della valuta, dell'espropriazione, della violenza politica e dell'inadempienza contrattuale

¹⁹² In talune circostanze, il rischio regolativo può derivare dal non-intervento dello Stato. Ad esempio, in *Ronald Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL Case, Final Award of 3 September 2003 l'investitore ha chiesto al tribunale arbitrale la condanna dello Stato convenuto per non aver adeguatamente applicato la propria legislazione antitrust, favorendo, in questo modo, l'impresa nazionale, ex-monopolista nel settore delle telecomunicazioni. Sul punto WÄLDE T., DOW S., *op. cit.*, 6

politico¹⁹³. È necessario, quindi, un'interpretazione della norma che tenga nella dovuta considerazione questo tipo di evoluzione, così da consentire alla MIGA di poter continuare ad esercitare in modo significativo la funzione attribuitagli dalla Convenzione istitutiva¹⁹⁴.

L'articolo non specifica quali siano le misure che rientrano nel normale esercizio della potestà di regolazione, lasciando all'interprete il difficile compito di individuarle¹⁹⁵. A tal fine, non sembra sufficiente un generale riferimento alle diverse finalità normalmente perseguite dagli Stati attraverso l'esercizio dei loro poteri sovrani, posto che la disposizione in esame parla di "measures", vale a dire di singoli atti concreti. Saranno questi, e non gli obiettivi perseguiti, a dover superare il test di "normalità", affinché la clausola di esclusione prevista dall'articolo 11(a)(ii) possa essere applicata. Per questa ragione, è necessario procedere caso per caso, tenendo nella giusta considerazione non solo la natura e gli obiettivi della misura, ma anche le sue modalità di applicazione concreta¹⁹⁶.

¹⁹³ SAUVANT K.P., *Regulatory Risk and the Growth of FDI*, in *World Investment Prospects to 2011. Foreign Direct Investment and the Challenge of Political Risk*, Economist Intelligence Unit, 2007, 72 afferma che "[t]he risk of adverse changes in the regulatory framework represents the single most important threat to the future of FDI flow"

¹⁹⁴ L'interpretazione teleologica delle norme dello statuto di un'organizzazione internazionale è stata talvolta utilizzata per adattare le disposizioni normative alle mutate condizioni reali, così da consentire all'organizzazione di continuare a svolgere la sua funzione. La questione è stata specificamente affrontata in un caso sottoposto nel 1986 ai Direttori esecutivi della Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo, relativo all'interpretazione dell'art. II(2)(a) dello Statuto (World Bank, *Decisions of the Executive Directors under Article IX of the Articles of the Agreement on Questions of Interpretation of the Articles of the Agreement, Decision no. 13 of 14 October 1986*, p. 22). In particolare, occorre determinare se il riferimento agli "United States dollars of the weight and finess in effect on July 1, 1944" contenuto nella disposizione potesse essere ampliato tanto da ricomprendere anche i diritti speciali di prelievo introdotti con il Secondo emendamento allo Statuto del Fondo monetario internazionale. I Direttori esecutivi, facendo esplicito riferimento alla necessità di preservare la capacità della Banca di svolgere la sua funzione, hanno risposto in senso positivo, superando in questo modo i limiti derivanti dalla lettera della disposizione. Per un'analisi del caso e un'approfondimento della questione AMERASINGHE C.F., *Principles*, cit., 34-35 e 44-49

¹⁹⁵ Analizzando questa disposizione ZIEGLER A.R., *op. cit.*, 14 osserva che "[...] the problem lies in the impossible task of drawing a line between a lawful regulation pursuing legitimate objectives and an unlawful one [...]"

¹⁹⁶ Per riferimenti normativi, giurisprudenziali e bibliografici sul tema si rimanda al Capitolo IV, dove questo aspetto sarà affrontato nel dettaglio

6. Strumenti giuridici contro il rischio regolativo e sovranità statale: i contratti di Stato

6.1 I contratti di Stato nei rapporti tra lo Stato e l'investitore straniero in materia di investimenti infrastrutturali

I rapporti tra gli Stati e gli operatori privati nel settore dei servizi pubblici sono solitamente regolati da contratti direttamente conclusi tra lo Stato ospite e l'investitore. Proprio in ragione dell'elevata incidenza che eventuali interventi da parte dell'autorità pubblica potrebbero avere sulla sostenibilità finanziaria dell'investimento, la parte privata è solitamente restia ad impegnare le ingenti risorse finanziarie e tecniche necessarie in questo settore in assenza di precise garanzie da parte del governo ospite o dell'autorità nazionale competente in materia¹⁹⁷. L'utilizzo dello strumento contrattuale consente di fissare in uno schema giuridicamente vincolante gli impegni assunti dalla parte pubblica durante i negoziati con l'investitore privato. Il contratto può, dunque, considerarsi uno strumento per la gestione del rischio politico, mirando a limitare la capacità dello Stato di esercitare la propria potestà decisionale per modificare le condizioni entro le quali l'operatore è tenuto ad operare¹⁹⁸.

Nonostante l'estremo dettaglio, o forse proprio a causa di tale caratteristica, i contratti di Stato si sono spesso rivelati strumenti inadeguati nella gestione dei complessi rapporti tra lo Stato e l'operatore privato in settori particolarmente delicati sul piano politico, quale quello dei servizi pubblici infrastrutturali. Prima di tutto, le ragioni dell'inadeguatezza derivano dal contesto che caratterizza questo tipo di investimenti, i quali sono spesso oggetto di dinamiche che esulano da quelle che possono essere disciplinate attraverso uno strumento giuridico. Il modello dell'*obsolescing bargaining* analizzato in precedenza consente di apprezzare come le pressioni esterne siano spesso così intense da travolgere gli equilibri fissati nel contratto, lasciando l'investitore privo di protezione. Le considerazioni svolte allora devono, quindi, ritenersi applicabili in riferimento a questo tipo di problemi.

¹⁹⁷ La competenza in materia di servizi idrici, ad esempio, è solitamente attribuita ad autorità provinciali o municipali, in ragione della dimensione essenzialmente locale di tali servizi

¹⁹⁸ WÄLDE T., NDI G., *op. cit.*, 234-236

Dal punto di vista giuridico e, più in particolare, per quanto attiene alla dimensione internazionalistica, il problema principale riguarda, invece, il rapporto tra gli impegni contrattuali e la capacità degli Stati di modificare il quadro normativo attraverso l'esercizio dei propri poteri sovrani. A tale proposito, il punto tradizionalmente più controverso riguarda la possibilità di considerare la violazione di un contratto concluso con un investitore straniero un illecito rilevante sul piano internazionale.

In via preliminare, occorre rimarcare che la responsabilità internazionale per atto illecito sorge solo in caso di violazione di una norma internazionale, una condizione che, almeno in apparenza, non sembrerebbe soddisfatta dal mancato rispetto delle disposizioni contenute in un contratto. E, infatti, secondo il diritto internazionale consuetudinario, una semplice violazione contrattuale non determina la responsabilità dello Stato sul piano internazionale, a meno che tale condotta non integri fattispecie rilevanti ai sensi del diritto internazionale. Occorre, dunque, determinare in quali situazioni è possibile ritenere che modifiche unilaterali del quadro regolamentare che contrastino con il contratto di investimento costituiscano una violazione di disposizioni internazionali. Il punto si inserisce nel più ampio dibattito sulla natura dei contratti di Stato, un tema che in passato aveva suscitato grande interesse in dottrina, ma che oggi, anche a causa delle evoluzioni che hanno interessato il sistema internazionale di tutela degli investimenti, ha perso parte della sua urgenza.

L'analisi della questione resta, tuttavia, un importante punto di partenza per l'indagine in corso, posto che alcune delle soluzioni proposte in questo ambito influenzano ancora il dibattito sul rapporto tra sovranità statale e tutela dei diritti patrimoniali dei privati. Prima di affrontarlo nello specifico, occorre, però, soffermarsi brevemente sulle principali tipologie contrattuali utilizzate nel settore degli investimenti infrastrutturali.

6.2 Principali tipologie contrattuali utilizzate negli investimenti infrastrutturali

L'ingresso degli investitori stranieri in questi settori comporta solitamente la creazione di sinergie tra i settori pubblico e privato, genericamente indicate come

public-private partnership (PPP)¹⁹⁹. L'espressione è utilizzata per identificare situazioni diverse tra loro²⁰⁰, accomunate dall'elemento della partecipazione di operatori privati²⁰¹, sottoposti al controllo e all'indirizzo del potere pubblico, nel finanziamento, realizzazione o gestione di servizi ed infrastrutture aventi un rilevante interesse pubblico²⁰². Nella generalità dei casi, infatti, la partecipazione dei privati non esclude la presenza dello Stato, il quale è tenuto a garantire un'adeguata remunerazione del capitale investito dal partner privato²⁰³. Inoltre, a differenza di quanto avviene nel caso di privatizzazione *strictu sensu*²⁰⁴, tale modello non comporta il completo trasferimento della responsabilità per la fornitura del servizio in capo all'operatore privato. Le fattispecie contrattuali²⁰⁵ utilizzate per la realizzazione del PPP²⁰⁶ possono essere distinte in base alla ripartizione del rischio tra le parti.

¹⁹⁹ Il PPP è spesso descritto come una “terza via” tra la gestione diretta statale e la piena privatizzazione, sul punto si veda HODGE G.A., *The Risky Business of Public-Private Partnerships*, in Australian Journ. Publ. Admin., 63(4), 2004, 37-49. La Commissione europea osserva che “Lo sviluppo del PPP va d'altronde inquadrato nell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da un ruolo d'operatore diretto ad un ruolo d'organizzatore, di regolatore e di controllore” (*Libro verde relativo ai partenariati pubblici-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM(2004) 327 def. del 30.04.2004, GU C 122/05 del 30.04.2004, 3)

²⁰⁰ WETTENHAL R., *The Rhetoric and Reality of Private-Public Partnerships*, in Publ. Org. Rev., 3, 2003, 77-107

²⁰¹ Tali operatori possono anche non essere entità imprenditoriali, ma anche organizzazioni senza fine di lucro, organizzazioni non governative o comunità locali organizzate. Sul punto si vedano KUMAR S., PRASAD C.J., *Public-Private Partnerships in Urban Infrastructure*, in Kerala Calling, February 2004, 36

²⁰² Questa definizione è utilizzata anche in Commissione europea, *Libro verde relativo ai partenariati*, cit. Lo strumento non è utilizzato solo nei servizi pubblici a rete, ma anche, ad esempio, per la costruzione di ospedali o scuole.

²⁰³ Il PPP viene descritto come un modello che consente lo scambio di “valore contro denaro” tra le parti. Sul punto, si vedano ANDERSEN A., *Value for Money Drivers in the Private Finance Initiative*, London, 2001

²⁰⁴ Nonostante l'estrema duttilità del modello, la PPP deve essere distinta dalla privatizzazione in senso proprio, visto che la parte pubblica mantiene un certo grado di controllo sull'operatore privato e, in molti casi, partecipa anche al finanziamento del progetto. Sul punto: GERRARD M.B., *Public-Private Partnership. What Are Public-Private Partnership and How Do They Differ From Privatization?*, in Finan. Developm., 38(3), September 2001, 441-451

²⁰⁵ Il *Libro verde relativo ai partenariati*, 2004, cit., 9-22 rileva come non tutti i PPP abbiano natura contrattuale, esistendo i cd. PPP istituzionalizzati, vale a dire quelli che prevedono la costituzione di società giuridicamente private, ma in controllo pubblico, alle quali vengono trasferite la proprietà dell'infrastruttura e la gestione del servizio e alle quali il soggetto privato partecipa attraverso un apporto di capitale

²⁰⁶ Il PPP può assumere forme diverse a seconda del grado di partecipazione della parte privata e vanno dall'ipotesi nella quale lo Stato mantenga la piena titolarità di servizio ed infrastruttura, lasciando all'operatore privato la fornitura di servizi specifici collegati, al caso in cui il controllo dell'attività è demandato in modo quasi completo al soggetto privato sul punto GERRARD M.B., *op. cit.*, 444

Attraverso la conclusione di un contratto di servizio (*service contract*) l'autorità pubblica affida al partner privato alcune funzioni di gestione del servizio e mantenimento dell'infrastruttura. Questi sarà tenuto a svolgerle in nome e per conto della pubblica amministrazione, lasciando, in questo modo, che il rischio dell'attività ricada interamente sulla parte pubblica.

Un altro strumento utilizzato per la realizzazione della *partnership* è il contratto di gestione (*management contract*). Attraverso tale fattispecie contrattuale, l'operatore privato viene incaricato di svolgere una serie di attività legate al servizio pubblico, ma il soggetto responsabile per i rischi derivanti da tali attività continua ad essere la parte pubblica. La remunerazione per l'operatore privato può essere legata all'andamento dell'attività, attraverso la previsione di incentivi per il raggiungimento di determinati obiettivi. Nel caso in cui le parti non si accordino sui meccanismi per la valutazione della prestazione dell'operatore privato, è possibile che la remunerazione avvenga attraverso il pagamento di un canone fisso.

L'appalto pubblico (*lease* o *affermage*) è, invece, un contratto a titolo oneroso attraverso il quale un'autorità pubblica incarica un soggetto privato dell'esecuzione dei lavori relativi ad un'infrastruttura pubblica o della prestazione di un servizio pubblico. La remunerazione dell'operatore avviene attraverso la corresponsione di un canone e non è, dunque, legata ai risultati ottenuti.

La fattispecie contrattuale più diffusa per la creazione di questa tipologia di partenariato è, però, la concessione. L'istituto, utilizzato sin dal XIX secolo in diversi Paesi²⁰⁷ è stato oggetto di rinnovata attenzione nel corso degli anni '90²⁰⁸ e ricopre oggi un ruolo importante nel quadro economico mondiale²⁰⁹. Ciò nonostante, la sua definizione in ambito internazionale appare incerta. Le Linee

²⁰⁷ KERF M., *Concessions for Infrastructure*, World Bank Technical Paper no. 399, Washington, March 1998, 1-2 parla di "old innovation"

²⁰⁸ In questo senso anche Commissione europea, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, 12.04.2000, in GU C 121 del 29.04.2000, para. 2

²⁰⁹ Secondo il *PPI Database* della Banca Mondiale la concessione rappresenta la forma utilizzata nella maggioranza degli investimenti infrastrutturali nei settori idrico, energetico e dei trasporti, per un valore totale di circa 131 miliardi di dollari. Sul punto si vedano, inoltre, i dati forniti da ESTACHE A., GUASCH J.L. TRUJILLO L., *Price Caps, Efficiency Payoffs and Infrastructure Contracts Renegotiations in Latin America*, World Bank Policy Research Working Paper no. 3129, August 2003, 8 i quali sottolineano anche come questa forma sia meno utilizzata nel campo

guida UNCITRAL sui progetti infrastrutturali a finanziamento privato si limitano ad una definizione estremamente generica del termine, non distinguendo la concessione dalle altre forme di autorizzazione utilizzate nel settore dei servizi pubblici²¹⁰. Una situazione analoga è riscontrabile anche nel successivo Modello di disposizioni legislative sui progetti infrastrutturali a finanziamento privato²¹¹, nel quale è stata rigettata la proposta di adottare la definizione elaborata in sede comunitaria quale punto di riferimento²¹². La scelta è stata motivata per la presenza nella definizione di concetti sconosciuti in sistemi giuridici nei quali l'istituto è stato introdotto solo di recente. Simili incertezze sono rinvenibili anche in dottrina, la quale appare divisa sull'esatta portata da attribuire alla nozione²¹³. Nonostante le difficoltà, è comunque possibile individuare alcuni elementi che caratterizzano l'istituto. In prima battuta, la concessione mantiene la titolarità del servizio in mano pubblica. Il concessionario, a fronte dell'obbligo di eseguire un lavoro o prestare un servizio secondo le condizioni imposte dall'autorità pubblica, si vede riconosciuto il diritto di percepire i proventi derivanti dallo sfruttamento dell'opera o dalla prestazione del servizio. Le modalità di remunerazione costituiscono un aspetto fondamentale della concessione, strettamente collegato ad un altro elemento caratterizzante dell'istituto, vale a dire l'assunzione del rischio da parte del concessionario. Questi è, perciò, tenuto ad effettuare gli investimenti necessari perché l'opera o il servizio possano essere utilmente

delle telecomunicazioni, dove si preferisce il ricorso a forme di autorizzazione più aperte, al fine di consentire la partecipazione contemporanea di più operatori privati in concorrenza tra loro

²¹⁰ UNCITRAL, *Legislative Guide*, cit., 4

²¹¹ UNCITRAL, *Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects of the United National Commission on International Trade Law*, New York, 2003, adopted by UN GA Res. 58/76, 58th Session of 8 January 2004, A/RES/58/76

²¹² In senso critico su tale scelta: GROSS B., CACHARD O., *Les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé*, in *Journ. droit int.*, 2, Avril-Mai-Juin 2006, 461; DE CAZALET B., CROTHERS J., *Présentation des dispositions législatives type sur les projets d'infrastructures à financement privé. Additif du guide législatif de la CNUDCI*, in *Rev. droit aff. int – Intl. Bus. L. Journ.*, 1, 2004, 36-37

²¹³ KERF M., *op. cit.*, 6 utilizza il concetto in senso ampio, comprendendovi “franchises, operating concessions, management contracts, leases, affermagés, BOTs [...]”, in senso analogo anche GUASCH J.L., *op. cit.*, 24. Al contrario JADAINÉ R., *op. cit.*, 292, più fedele al modello classico francese, considerano la concessione “[...] une des modalités potentielles par rapport à d'autres formes telles que le marché public de travaux, de fourniture ou des services, la délégation de service public, le bail emphyotique, la régie ou l'affermage ou le contrat administratif ayant pour objet des prestations diverses”

usufruiti dagli utenti, a sopportarne l'ammortamento e ad assumersi i rischi derivanti dalla gestione²¹⁴.

La concessione consente, nella maggior parte dei casi, la gestione dell'attività di interesse pubblico in condizioni di, o assimilabili al, monopolio²¹⁵. Una delle ragioni che giustificano il ricorso a tale strumento è la volontà di regolare l'accesso a settori, quali molti dei servizi pubblici infrastrutturali, aventi natura di monopolio naturale o per i quali gli Stati non ritengono utile una completa apertura al mercato. Nonostante non possa essere considerato un elemento costitutivo della concessione²¹⁶, l'analisi della prassi dimostra come gli Stati riconoscano, nella maggior parte dei casi, il diritto per il concessionario di gestire il servizio o l'infrastruttura con l'esclusione degli altri concorrenti. L'obiettivo è garantire la sostenibilità economica della gestione²¹⁷, evitando inutili duplicazioni o fenomeni di *free riding*.

Vi sono, inoltre, altre tipologie contrattuali assimilabili alla concessione che trovano larga applicazione nel contesto di progetti infrastrutturali²¹⁸. La loro classificazione avviene in base al regime di proprietà previsto dagli stessi o agli obblighi gravanti sulla parte privata²¹⁹. Particolarmente diffuso è il *Build, Operate and Transfer* (BOT), attraverso il quale lo Stato incarica un operatore privato di finanziare o costruire un'infrastruttura pubblica a sue spese, concedendo in cambio la possibilità di sfruttarla a fini commerciali per un determinato periodo di tempo²²⁰.

Lo schema può subire variazioni, come nel caso del *Build, Lease and Transfer* (BLT), nel quale l'operatore, terminata la costruzione dell'infrastruttura, affitta la

²¹⁴ JADAINÉ R., *op. cit.*, 292; KERF M., *op. cit.*, 6

²¹⁵ *Ibid.*, 1 parla di "conditions of significant market power"

²¹⁶ Vi sono, infatti esempi di concessioni con periodi di esclusiva più brevi rispetto alla durata del contratto o altri nei quali l'esclusiva non è prevista

²¹⁷ Per l'analisi dell'importanza che tale elemento riveste sia per la parte privata sia per quella pubblica si vedano GROSS B., CACHARD O., *op. cit.*, 467

²¹⁸ Per un'analisi approfondita di tali tipologie contrattuali nel contesto del diritto internazionale degli investimenti BEN HAMIDA W., *Le contrats BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 275-308

²¹⁹ In questo senso JADAINÉ R., *op. cit.*, 293; UNCITRAL, *Legislative Guide*, *cit.*, 27

²²⁰ Per una presentazione del modello: UNIDO, *Guidelines for Infrastructure Development Through Build-Operate-Transfer (BOT) Projects*, Vienna, 1996; STEIN S.W., *Build, Operate-Transfer (BOT) – A Re-evaluation*, in *Intl. Constr. L. Rev.*, 11, 1994, 111

stessa al governo, ad un'agenzia governativa o ad un'autorità locale per un periodo determinato, al termine del quale avverrà il passaggio definitivo di proprietà. Altre tipologie prevedono, invece, l'acquisto della proprietà da parte dell'operatore privato, in alcuni casi a titolo definitivo, in altri solo per il tempo di durata del contratto. Rientra nella prima categoria il *Build, Own, Operate* (BOO) che non prevede il successivo passaggio di proprietà dell'infrastruttura in mano pubblica²²¹, a differenza di quanto avviene per i contratti *Build, Own, Operate, Service and Transfer* (BOOST) o *Build, Own, Operate and Transfer* (BOOT). In altri casi, il soggetto privato può anche assumere l'obbligo di riabilitare o potenziare le infrastrutture, con la possibilità di utilizzare i proventi derivanti dalla loro gestione per il finanziamento. Si tratta, in particolare, dei contratti *Renovate, Operate and Transfer* (ROT) e *Renovate, Operate and Maintain* (ROM), a seconda se sussista o meno l'obbligo di trasferire l'infrastruttura al termine del contratto. L'espressione *Design, Build, Finance and Operate* (DBFO) indica che l'operatore privato è responsabile anche della fase di progettazione²²².

L'elenco non deve ritenersi esaustivo, visto che nella prassi vi è la tendenza ad utilizzare queste fattispecie in modo flessibile, combinandole tra loro o prevedendo modifiche al loro schema tipico. Tali tipologie contrattuali sono particolarmente rilevanti per quanto riguarda i Paesi in via di sviluppo, nei quali una delle ragioni principali per un maggior coinvolgimento dei privati nella gestione dei servizi pubblici è proprio la cronica carenza di fondi per il miglioramento della rete infrastrutturale.

6.3 La natura dei contratti di Stato nel diritto internazionale

La dottrina tradizionale sostiene che l'accordo tra lo Stato e l'investitore privato straniero sia un atto appartenente all'ordine giuridico dello Stato ospite e che, dunque, la sua eventuale violazione comporti conseguenze solo sul piano

²²¹ E' generalmente prevista la possibilità per l'autorità pubblica di porre termine al contratto dopo un certo periodo di tempo

²²² Le diverse tipologie sono illustrate in RUBINS N., KINSELLA S., *op. cit.*, 34-35. Si veda, inoltre, lo studio *Project Finance 1999, a Legal Guide*, in *International Financial Law Review*, special issue, 1999

interno²²³. La responsabilità internazionale può sorgere solo nel caso in cui il ripudio degli obblighi contrattuali da parte dello Stato costituisca diniego di giustizia²²⁴ o non rispetti le condizioni fissate dal diritto consuetudinario in materia di espropriazione, vale a dire non sia adottato per un interesse generale o abbia carattere discriminatorio²²⁵.

L'impossibilità di sottoporre questi strumenti alla disciplina delle norme internazionali è imposta, secondo questi autori, dalla natura stessa delle parti coinvolte, posto che, come statuito dalla Corte permanente di giustizia nel caso dei *Prestiti serbi*, “[a]ny contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country”²²⁶. Ogni soluzione di segno contrario era considerata un'indebita estensione dell'ambito applicativo di un sistema normativo esclusivamente elaborato per regolare i rapporti tra soggetti entrambi dotati di personalità giuridica internazionale, una condizione che non si ritiene soddisfatta da parte dell'investitore estero²²⁷.

i) L'“internazionalizzazione” dei contratti di Stato attraverso l'applicazione del diritto internazionale pubblico

Parte della dottrina successiva ritiene che questo tipo di impostazione sia eccessivamente rigido e scarsamente rispondente alle necessità di un sistema economico internazionale in rapida evoluzione²²⁸. L'esclusivo riferimento

²²³ Si veda, ad esempio, FATOUROS A.A., *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York, 1962, 243. Per una ricostruzione del dibattito si vedano: LEBEN C., *Contrat d'Etats et droit international des investissements*, RdC, tome 302, 2003, 201-386; LANKARANI EL-ZEIN L., *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, 2001; FOIS P., *Il principio pacta sunt servanda e i contratti tra Stati e privati stranieri*, in Riv. Dir. Int., 3, 1993, 663-660; GIARDINA A., *Contratti tra Stati e privati*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, 1984, 43-76; SACERDOTI G., *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972

²²⁴ Per un'analisi approfondita sul punto PAULSSON J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2005

²²⁵ In questo senso FATOUROS A.A., *Government Guarantees*, cit., 246-247. Sulle condizioni di legittimità per l'espropriazione si vedano il capitolo seguente e quello sull'espropriazione

²²⁶ *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, in PCIJ, Series A, no. 14, 41. La Corte si esprime in termini analoghi anche nel *Case Concerning the Payment in Gold of the Brazilian Federal Loans Issued in France*, *ivi*, No. 15, 121

²²⁷ SERENI A.P., *International Economic Institutions and the Municipal Law of States*, RdC, tome 96, 1959, 210 osserva che “An attempt at applying international law to private relations would be tantamount to seeking to apply the matrimonial laws of France or England to relations between cats and dogs”

²²⁸ Si vedano, per tutti, SACERDOTI G., *I contratti*, cit., 226-240; WEIL P. *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in RdC, tome 128, 1969, 95

all'ordinamento interno per la disciplina dell'accordo offre, infatti, una tutela inadeguata ai diritti dell'investitore privato²²⁹. Prima di tutto si osserva come lo Stato non sia "just 'a' contracting party, but it is a very special contracting party"²³⁰, essendo dotato di poteri che gli consentono di modificare unilateralmente il quadro normativo di riferimento. La maggior parte degli ordinamenti interni prevede, inoltre, una disciplina particolare per i contratti di Stato, in base alla quale le autorità pubbliche godono di una posizione di privilegio rispetto alla controparte privata²³¹. La situazione risulta particolarmente evidente rispetto alle concessioni di servizi pubblici, determinando queste il riconoscimento in capo all'operatore privato anche di pubbliche funzioni tradizionalmente spettanti allo Stato²³². Da ultimo, soprattutto in passato, le corti nazionali tendevano a negare che impegni di natura meramente contrattuale potessero limitare l'esercizio di poteri sovrani o determinare una qualche responsabilità dello Stato nei confronti del privato²³³.

La necessità di rafforzare la tutela degli investimenti esteri ha portato parte della dottrina a sostenere la cd. "internazionalizzazione" del contratto di Stato, vale a dire la possibilità di sottoporlo alle regole di diritto internazionale. L'obiettivo principale è superare i limiti posti dagli ordinamenti nazionali, facendo sì che l'eventuale modifica unilaterale del quadro normativo imposta dagli Stati attraverso l'utilizzo di prerogative sovrane comporti la loro responsabilità sul piano internazionale²³⁴.

²²⁹ *Revere Copper & Brass Inc. v. OPIC*, American Arbitration Association Award Case No. 1610013776, in ILM, 17, 1978, 1342-1343 sottolinea che la mancanza di sanzione a livello internazionale per la violazione di impegni contrattuali priverebbe di significato tale strumento, facendo sì che "[...] the State would be deprived of the the power by contract to meet essential needs"

²³⁰ PAASVIRTA E., *The Energy Charter Treaty and Investment Contracts: Toward Security of Contracts*, in WÄLDE T. (ed.), *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, The Hague, 1996, 350

²³¹ TURPIN C.C., *Public Contracts*, in Intl. Enc. Comp. L., 7(4), 56-57

²³² Sul punto si vedano le considerazioni svolte da SACERDOTI G., *I contratti*, cit., cap. III

²³³ WÄLDE T., NDI G., *op. cit.*, 235; BOWETT D.W., *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, in Brit. Yearb. Intl. L., 59, 1989, 57-58 e casi ivi citati

²³⁴ Recentemente IGBOKWE V.C., *Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations*, in Journ. Intl. Arb., 23(4), 2006, 270. A questo proposito si deve precisare che la maggioranza degli autori che accolgono tale impostazione sostengono la necessità di distinguere tra violazioni meramente contrattuali, le quali non comportano il sorgere di responsabilità internazionale a carico dello Stato, e violazioni derivanti

Questi autori²³⁵ sostengono che la possibilità di considerare la violazione del contratto di Stato un atto rilevante ai sensi del diritto internazionale derivi dall'applicazione anche in questo contesto del principio *pacta sunt servanda*²³⁶. La regola, che costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento internazionale, comporta, infatti, l'obbligo per lo Stato di rispettare gli impegni assunti, senza la possibilità di invocare il diritto interno per giustificare la loro eventuale violazione. I sostenitori di questa teoria ritengono che l'applicazione del principio anche rispetto ai contratti di Stato non comporti un'indebita estensione dello stesso. Questi contratti non sono, infatti, meri atti di diritto interno, ma devono essere assimilati a trattati internazionali²³⁷ o, in ogni caso, considerati "nouvel acte[s] de droit international"²³⁸. Sempre secondo questi autori, la possibilità di assimilare i contratti di Stato ai trattati internazionali ai fini dell'applicazione della regola *pacta sunt servanda* è giustificato sia sul piano oggettivo, sia dal punto di vista soggettivo.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è stato osservato che l'appartenenza dei contratti di Stato all'ordinamento giuridico internazionale ha natura oggettiva, derivando direttamente dalla natura degli interessi coinvolti²³⁹. L'oggetto e il fine di questi contratti, vale a dire assicurare un clima favorevole per l'attrazione degli investimenti provenienti da altri Paesi, coinvolgono, infatti, interessi che vanno oltre ad una dimensione meramente nazionale, trovando il loro "centre de

dall'utilizzo di prerogative sovrane, per le quali lo Stato è chiamato a rispondere sul piano internazionale. In questo senso SCHWEBEL S.M., *On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*, in ID., *Justice in International Law*, Cambridge, 1994, 430; SACERDOTI G., *I contratti*, cit., 246-248 e 328-330

²³⁵ PAASVIRTA E., *Participation of States in International Contracts*, Helsinki, 1990, 159

²³⁶ In generale, si vedano, *inter alios*, FOIS P., *Il consenso degli Stati ad obbligarsi ed il principio pacta sunt servanda*, in Riv. dir. int., 1, 2001, 5-32; HYLAND R., *Pacta sunt servanda: A Meditation*, in Virginia Journ. Intl. L., 34(2), 1994, 405-433; LUKASHUK I.I., *The Principle Pacta sunt servanda and the Nature of Obligation under International Law*, in Am. Journ. Intl. L.; 83, 1989, 513-518

²³⁷ MANN F.A., *The Proper Law of Contracts Concluded by International Persons*, in Brit. Yearb. Intl. L., 35, 1959, 56. *Contra* MANIRUZZAMAN A.F.M., *The Relevance of Public International Law in Arbitrations concerning International Economic Development Agreements*, in Journ. World Investm. & Trade, 6(2), 2005, 291; SACERDOTI G., *I contratti*, cit., 233

²³⁸ LEBEN C., *L'évolution de la notion de contrat d'Etat*, in Rev. arb., 3, 2003, 642

²³⁹ WEIL P., *Droit international et contrats d'Etat*, in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, 1981, 559-570

gravité”²⁴⁰ in ambito internazionale²⁴¹. Si precisa che tali caratteristiche, e il conseguente riconoscimento della loro natura internazionale, non possono ravvisarsi in tutti gli accordi conclusi dagli Stati con privati, ma solo quelli che “lo stato stipuli come ente sovrano nella stessa pienezza di attributi che lo qualifica come soggetto di diritto internazionale [...]”²⁴², tra i quali sono sicuramente comprese le concessioni nel settore dei servizi pubblici infrastrutturali²⁴³.

Il secondo ordine di considerazioni si concentra, invece, sulla natura dei soggetti coinvolti, contestando che, come sostenuto dall'impostazione tradizionale, la natura internazionale dei contratti di Stato vada negata per la mancanza di personalità giuridica internazionale di una delle parti. Si sottolinea, infatti, come l'evoluzione del diritto internazionale abbia sensibilmente modificato la posizione dell'individuo nell'ordinamento internazionale²⁴⁴, attraverso il riconoscimento nei suoi confronti di diritti ed obblighi che possono essere fatti valere di fronte ad istanze giurisdizionali internazionali²⁴⁵.

I casi citati a supporto di tale considerazione attengono rispettivamente alla tutela dei diritti umani e alla responsabilità individuale per i *crimina iuris gentium*²⁴⁶. Per quanto riguarda il primo aspetto, si fa riferimento alla Convenzione europea dei

²⁴⁰ MANIRUZZAMAN A.F.M., *International Development Law as Applicable to International Development Agreements: A Prognostic View*, in Wisconsin Intl. L. Journ., 2, 2001, 1-56; WEIL P., *Problèmes*, cit., 186

²⁴¹ Per dimostrare il carattere internazionale di tali contratti si tende a fare riferimento alla dimensione economica, vale a dire alla loro appartenenza al sistema economico internazionale, in questo senso GAILLARD E., SAVAGE J. (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999, 35-61

²⁴² SACERDOTI G., *I contratti tra Stati e stranieri*, cit., 230 e 47-98 per l'analisi degli elementi specifici che caratterizzano questo tipo di contratti. In senso analogo, LEBEN C., *Contrat d'Etat*, cit., 243-245

²⁴³ In questo senso MANIRUZZAMAN A.F.M., *The Relevance*, cit., 265

²⁴⁴ La dottrina sul punto è eccessivamente ampia per poterne dare conto in modo esaustivo. Tra gli altri, si vedano MACCORQUODALE R., *The Individual and the International Legal System*, in EVANS M., *International Law*, Oxford, 2006, 307-322; ORAKHELASHVILI A., *The Position of the Individual in International Law*, in California West. Intl. L. Journ., 31(2), 2001, 241-276; CASSESE A., voce *Individuo (diritto internazionale)*, in Enciclopedia giuridica, XXI, 1971, 184-224; ARANGIO-RUIZ A., *L'individuo e il diritto internazionale*, in Riv. dir. int., 4, 1971, 561-608

²⁴⁵ LEBEN C., *Contrat d'Etat*, cit., 302-310. SACERDOTI G., *I contratti tra Stati e stranieri*, cit., 226-234 giungeva ad analoghe conclusioni concentrando la propria analisi, pionieristica per l'epoca, sull'autonomia delle imprese rispetto agli Stati di origine

²⁴⁶ Su tale evoluzione si vedano, nella manualistica italiana, CARBONE S.M., *I soggetti*, cit., 30-33; TREVES T., *Diritto internazionale*, cit., 191-220; SCOVAZZI T., *Corso di diritto internazionale. Caratteri generali ed evoluzione della comunità internazionale*, Parte I, Milano, 2000, 57-107

diritti dell'uomo²⁴⁷, la quale prevede la possibilità per ogni individuo che lamenti la violazione di un proprio diritto da parte di uno Stato membro di ricorrere direttamente alla Corte²⁴⁸. Sotto il secondo profilo, si sottolinea la progressiva affermazione in ambito internazionale del principio della responsabilità individuale, distinta da quella dello Stato, per crimini contro l'umanità, crimini di guerra o atti di genocidio²⁴⁹. In tale contesto, l'ordinamento internazionale non si limita a prevedere obblighi astratti nei confronti degli individui, ma ha altresì predisposto meccanismi specifici di garanzia in grado di sanzionare la loro eventuale violazione²⁵⁰. Si osserva, inoltre, che la legittimazione individuale ad agire o resistere di fronte ad istanze internazionali è stata riconosciuta anche in materia di tutela di investimenti esteri, dove il meccanismo dell'arbitrato diretto riconosce il diritto di agire di fronte ad un'istanza internazionale direttamente in capo all'investitore privato²⁵¹.

Posto che “un sujet de droit est celui qu'un ordre juridique considère comme apte à bénéficier de droits et à être destinataire d'obligations”²⁵², questa parte della

²⁴⁷ *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, firmata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953, 213 UNTS 222

²⁴⁸ Il diritto del ricorso individuale diretto è stato introdotto dal Protocollo n. 11, firmato a Strasburgo il 11 maggio 1994, entrato in vigore il 1 novembre 1998 ed è previsto all'art. 34 che recita: “ La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli”

²⁴⁹ GROSS ESPIELL H, *International Responsibility of the State and Individual Criminal Responsibility in the International Protection of Human Rights*, in RAGAZZI M. (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Honour of Oscar Schachter*, Leiden, 2005, 151-160; GREPPI E, *The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law*, in SANAJAOBA N. (ed.), *A Manual of International Humanitarian Law*, New Delhi, 2004, 410-433; FOIS P., *Sul rapporto tra crimini internazionali dello Stato e crimini internazionali dell'individuo*, in Riv. dir. int., 4, 2004, 929-954; NOELLKAMPER A., *Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law*, in Intl. & Comp. L. Quart. 52(3), 2003, 615-640; DUPUY P.-M., *International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State*, in CASSESE A., GAETA P., JONES J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, 1085-1099

²⁵⁰ Si fa riferimento, in particolare, al Tribunale militare di Norimberga (Accordo di Londra del 8 agosto 1945 in *The Trial of German Major War Criminals – Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg, Germany*, 22, London, 1950, 411); al Tribunale Penale per i crimini commessi nella ex-Jugoslavia (Risoluzione CdS n. 827 (1993), del 25 maggio 1993, S7RES/827/1993), al Tribunale penale internazionale per il Ruanda (Risoluzione CdS n. 955 (1994), del 8 novembre 1994, S/RES/955 (1994)) e, da ultimo alla Corte penale internazionale (Statuto della Corte penale internazionale, firmato a Roma il 17 luglio 1998, entrato in vigore il 1 luglio 2002, UN Doc. A/CONF.183/9)

²⁵¹ LEBEN C., *Contrat d'Etat*, cit., 308-310

²⁵² *Ibid.*, 303

dottrina conclude che, allo stato attuale, non sia più possibile negare *in toto* ai privati attivi nell'ambito delle relazioni economiche internazionali una qualche forma di soggettività, sebbene non negli stessi termini nei quali essa è riconosciuta agli Stati o agli altri soggetti di diritto internazionale. La conclusione sembrerebbe trovare ulteriore conferma nel fatto che gli attori privati che agiscono in tale ambito sono, nella maggior parte dei casi, imprese multinazionali in grado di esercitare una considerevole influenza anche durante la fase della produzione delle norme. Alla luce di tutto ciò, gli autori in esame ritengono che gli accordi tra gli investitori stranieri e gli Stati debbano necessariamente considerarsi atti appartenenti all'ordinamento internazionale e, come tali, disciplinati dalle norme di tale sistema giuridico.

L'impostazione in esame è stata accolta anche in alcune pronunce arbitrali. Nel caso *Texaco – Calasiatic*, ad esempio, è stato affermato che la violazione dei contratti di concessione conclusi con l'investitore americano comportasse la responsabilità della Libia sul piano internazionale, risultando in contrasto con i principi di diritto internazionale, quale, *in primis*, la regola *pacta sunt servanda*. In particolare, l'arbitro unico Dupuy ha ritenuto che la condotta dello Stato ospite dovesse essere valutata alla luce del diritto internazionale, posto che le concessioni in esame erano atti che, proprio in ragione della natura delle Parti e degli interessi coinvolti, non trovavano il fondamento della loro obbligatorietà nell'ordinamento libico²⁵³.

ii) Le teorie contrarie all'internazionalizzazione del contratto di Stato

La teoria dell'internazionalizzazione del contratto di Stato è, però, contestata da altra parte della dottrina²⁵⁴, la quale sottolinea come questi tentativi rispondano “ad esigenze del mondo industrializzato”²⁵⁵, risultando poco condivisibili dal punto di vista giuridico.

²⁵³ *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic*, in ILM, 17, 1978, para. 51. In senso analogo, *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Co.*, in ILR, 35, 1953, 181; *BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic*, in ILR, 53, 1974, 297-357

²⁵⁴ FATOUROS A.A., *International Law and the Internationalized Contract*, in Am. Journ. Intl. L., 34, 1980, 134-141; MANN F.A., *The Consequences of an International Wrong in International and National Law*, in Brit. Yearb. Intl. L., 48, 1977, 60

²⁵⁵ FOIS P., *Il principio pacta sunt servanda*, 658

In prima battuta, viene criticata l'estensione degli effetti obbligatori della regola *pacta sunt servanda* ai contratti di Stato attraverso il richiamo al diritto internazionale pubblico, posto che, per quanto riguarda i rapporti tra lo Stato e gli investitori privati, mancano, o sono meno efficaci, i temperamenti che nell'ordinamento internazionale derivano dall'applicazione della clausola *rebus sic stantibus*²⁵⁶. In materia di contratti di Stato, infatti, si tende a negare che il mutamento delle circostanze comporti la modifica delle obbligazioni delle parti, fatto salvo il caso di esplicita previsione²⁵⁷. Questa posizione si ritrova in diverse pronunce arbitrali, tra le quali merita particolare attenzione una resa nel 1971 dalla Camera di commercio internazionale, dove si afferma che “en règle générale, il convient de ne l'accepter [la règle *rebus sic stantibus*] qu'avec une particulière réticence lorsqu'il n'ya vide ne lacune dans le contrat et que l'intention de parties a été clairement exprimée [...]”²⁵⁸

Per quanto riguarda i trattati, si ritiene, invece, che una modifica sostanziale delle circostanze prevalga sulla regola *pacta sunt servanda* anche in assenza di espressa previsione, affinché l'equilibrio tra gli obblighi delle parti possa essere automaticamente ristabilito. L'assunto trova conferma nell'articolo 62 della Convenzione di Vienna del 1969, il quale prevede la possibilità per gli Stati di invocare un cambiamento fondamentale delle circostanze anche nel caso in cui questo non sia esplicitamente previsto nel testo del trattato. Nel corso del tempo si è, poi, assistito ad un graduale superamento dell'impostazione estremamente rigida che caratterizzava la dottrina tradizionale sul punto²⁵⁹ e che era stata accolta anche nel già citato articolo 62 della Convenzione di Vienna²⁶⁰. Oggi al principio *rebus sic stantibus* viene riconosciuto un ruolo fondamentale per la disciplina dei

²⁵⁶ In questo senso FOIS P., *Il principio pacta sunt servanda*, 648-658

²⁵⁷ RIPERT G., *Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux*, in RdC, tome 44, 1933, 603. Recentemente sul tema FUCCI F.R., *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts. Practical Considerations in International Infrastructures Investment and Finance*, in Trans. Disp. Manag., 4(5), September 2007, 1-43

²⁵⁸ *Arrêt 1512*, in Journ. droit int., 1974, 905

²⁵⁹ Per una concezione molto rigorosa del principio *pacta sunt servanda* si vedano DE TAUBE M., *L'inviolabilité des traités*, RdC, tome 32, 1930, 291-389; EHRLICH L. *L'interprétation des traités*, RdC, tome 24, 1928, 80

²⁶⁰ Dalla formulazione dell'art. 62 Convenzione di Vienna risulta in modo evidente come i redattori abbiano inteso accentuare il suo carattere eccezionale, limitando la possibilità di invocarla

rapporti tra gli Stati, rappresentando un meccanismo che consente all'ordinamento internazionale di adattarsi ad un contesto in costante evoluzione²⁶¹.

Inoltre, alcuni autori²⁶² hanno sottolineato che l'applicazione della regola *pacta sunt servanda* in materia di contratti di Stato manca del carattere reciproco che la caratterizza nell'ambito dei rapporti interstatali, rappresentando un fattore di squilibrio dell'intero rapporto. La reciprocità rappresenta, infatti, un elemento fondamentale sul quale si fonda la regola in esame. La mancanza di equilibrio nei rapporti tra Stato e parte privata è evidente, ad esempio, per quanto riguarda gli obblighi derivanti dall'inclusione nel contratto di una clausola di stabilizzazione²⁶³. Gli effetti di una simile previsione gravano, infatti, esclusivamente sulla parte pubblica, l'unica in grado, attraverso l'esercizio dei suoi poteri sovrani, di modificare il quadro normativo di riferimento.

Allo stato attuale, inoltre, il diritto internazionale non prevede alcun meccanismo che consenta di sanzionare i comportamenti degli investitori esteri che violino le norme di tale ordinamento. La situazione risulta poco soddisfacente anche rispetto alla possibilità che la violazione del contratto da parte del privato possa trovare adeguata sanzione attraverso l'applicazione delle norme interne, posto che l'odierna configurazione del sistema economico consente agli attori economici di sottrarsi all'attività coercitiva dello Stato ospite²⁶⁴.

In seconda battuta, si contesta il riferimento al radicamento sostanziale dei contratti di Stato nel sistema economico e politico internazionale quale fattore in grado di giustificare la loro internazionalizzazione. Si ritiene, infatti, che tali argomentazioni "repose[nt] parfois sur de formules imagées et un approche factuelle que ne résistent pas au raisonnement juridique"²⁶⁵.

ai soli casi in cui il mutamento sia fondamentale, riguardi circostanze che abbiano costituito una base essenziale del consenso e modifichi in modo radicale gli obblighi gravanti sulla Parte

²⁶¹ FOIS P., *Il principio pacta sunt servanda*, cit., 649

²⁶² LANKARANI EL-ZEIN L., *op. cit.*, 139-157

²⁶³ LANKARANI EL-ZEIN L., *op. cit.*, 150-153. Per un approfondimento sulle clausole di stabilizzazione si veda il paragrafo successivo

²⁶⁴ In merito si vedano le considerazioni svolte da CANTONI S., *La responsabilizzazione delle imprese private nell'attuazione dei diritti fondamentali dell'uomo e del diritto internazionale in materia di lavoro*, in *Dir. dell'econ.*, 4, 2005, 677-714

²⁶⁵ KAMTO M., *La notion de contrat d'Etats : une contribution au débat*, in *Rev. arb.*, 3, 2003, 737

Da ultimo, per quanto riguarda la dimensione soggettiva, vi è chi²⁶⁶ ritiene che la legittimazione attiva e passiva non possano considerarsi elementi fondanti il riconoscimento della soggettività internazionale dei privati, posto che la capacità di agire o resistere in giudizio costituisce una conseguenza della personalità giuridica e non un suo presupposto²⁶⁷. Secondo questi autori, l'accresciuta partecipazione degli attori privati nelle relazioni internazionali non modifica in alcun modo la conclusione, posto che questo tipo di evoluzione costituisce una mera situazione di fatto che non può essere invocata per superare carenze che hanno, invece, carattere giuridico. Le imprese multinazionali, infatti, continuano a non essere dotate dei poteri sovrani detenuti in via originaria solo dagli Stati e, per il loro tramite, dalle organizzazioni internazionali. Per tale ragione, gli atti posti in essere da individui o imprese multinazionali non potranno essere considerati come incardinati nell'ordinamento internazionale, il quale "n'a pour object que le rapports entre composants de cette société: les Etats et les personnes morales qu'ils créent (organisations internationale)"²⁶⁸.

iii) L'internazionalizzazione dei contratti di Stato attraverso soluzioni intermedie

Nel tentativo di trovare un compromesso tra le opposte posizioni dottrinali in materia, una parte della dottrina ha elaborato soluzioni intermedie, caratterizzate dalla presenza di elementi di entrambe le impostazioni.

Da un lato, alla base di questi tentativi vi è il riconoscimento della natura particolare dei contratti di Stato rispetto ad altre fattispecie contrattuali e della conseguente necessità di assicurare la loro efficacia attraverso il riferimento ad un sistema normativo diverso da quello nazionale. Dall'altra, traspare la difficoltà nell'accettare posizioni che, sebbene giustificabili dal punto di vista politico, risultano talvolta prive di solide basi giuridiche.

Vi è chi, ad esempio, considera il contratto di Stato come autosufficiente o come accordo quasi-internazionale sottoposto alla disciplina di un ordine giuridico terzo

²⁶⁶ LANKARANI EL-ZEIN L., *op. cit.*, 506-509

²⁶⁷ KAMTO M., *op. cit.*, 736

²⁶⁸ MAYER P., *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etats*, in *Journ. droit int.*, 113, 1986, 21. In senso analogo KAMTO M., *op. cit.*, 735-737

rispetto a quello nazionale e a quello internazionale²⁶⁹. Altri autori sostengono, invece, che tali accordi siano atti di diritto transnazionale, inteso quale coacervo di norme interne ed internazionali per la regolazione delle attività e gli avvenimenti che trascendono i confini nazionali²⁷⁰. Si tratterebbe, perciò, di un diritto “dans laquel, tout à la fois, le droit international public et le droit international privé trouvent leur place, mais qui s’étend au-delà et couvre également le droit interne a porté international [...]”²⁷¹.

Non è del tutto chiaro se, come sostengono alcuni, questo terzo ordine giuridico²⁷² comprenda anche la cd. *lex mercatoria*, vale a dire quel complesso di regole utilizzate dagli operatori del commercio internazionale per regolare le loro transazioni²⁷³. Il carattere composito delle fonti fa sì che l’applicazione di tale sistema agli accordi tra lo Stato e gli investitori esteri sia conforme al principio secondo il quale le norme di un dato ordinamento giuridico sono suscettibili di applicazione solo nei confronti dei soggetti che, partecipando alla fase della produzione normativa, sono soggetti a pieno titolo di tale ordinamento. Senza voler qui prendere posizione circa i rapporti tra *lex mercatoria* e ordine transnazionale, si deve rilevare come in entrambi i casi la loro esistenza venga fondata sulla regola *pacta sunt servanda*²⁷⁴, la quale è considerata, anche in tale frangente, la norma fondamentale sulla quale fondare l’obbligatorietà dei contratti di Stato.

²⁶⁹ VERDROSS A., *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions*, in Yearb. World Aff., 18, 1964, 230

²⁷⁰ La definizione è tratta da LALIVE P., *Contrats entre Etats ou entreprises privées étatiques: développement récents*, in RdC, tome 181, 1983, 31. Si veda, inoltre, DELAUME G.R., *State Contracts and Transnational Arbitration*, in Am. Journ. Intl. L., 75, 1981, 784-819

²⁷¹ NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER P., PELLET A., *Droit international public*, 7^e ed., Paris, 2002, 38

²⁷² In questo senso, KAMTO M., *op. cit.*, 748. *Contra* PELLET A., *La lex mercatoria tiers ordre juridique? Remarques ingénue d’un internationaliste public*, in *Souveraineté Etatique et marchés internationaux à la fin du XX siècle. Mélanges en l’honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000, 72-74

²⁷³ Sull’applicazione della *lex mercatoria* in tale ambito, si vedano CARBONNEAU T.E. (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, 2nd ed., New York, 1998; STRENGER I., *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, in RdC, tome, 227, 1991, 207-305; GOLDMAN B., *La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage international*, in Journ. droit intern., 106, 1979, 475-505

²⁷⁴ Con riferimento alla *lex mercatoria* si veda FRIGNANI A., *Il contratto internazionale*, in GALGANO F., *Trattato di diritto privato*, Torino, 1990, 17. Per quanto riguarda l’ordinamento transnazionale, KAMTO M., *op. cit.*, 751

L'approccio ha trovato accoglimento, sebbene in modo non sempre chiaro, anche in alcune pronunce arbitrali. Nel caso *Framatone*, ad esempio, è stato affermato che tale regola costituisce “un principe général, aujourd'hui universellement reconnue tant dans les rapport interétatiques que dans les rapport internationaux privés (que ce principe soit considéré comme d'ordre public international, comme appartenant aux usages de commerce international ou aux principes reconnus tant par les droit de gens que par le droit de l'arbitrage international ou *lex mercatoria*) [...]”²⁷⁵.

Per quanto giustificata dalla necessità di superare la rigida contrapposizione tra i sostenitori della completa internazionalizzazione dei contratti di Stato e coloro che rigettano in modo assoluto tale ipotesi, l'impostazione in analisi non appare del tutto convincente. L'estrema eterogeneità delle fonti rende, infatti, particolarmente difficoltosa la definizione dei confini della materia e, dunque, la possibilità di qualificare un insieme così variegato di norme come un ordinamento autonomo²⁷⁶. Di conseguenza, risulta parimenti difficile ritenere che un complesso normativo di questo tipo possa essere utilizzato per disciplinare i rapporti tra lo Stato ospite e gli investitori stranieri, soprattutto in settori, quali i servizi pubblici infrastrutturali, che riguardano l'esercizio di funzioni di carattere eminentemente pubblico. A tale proposito, si deve condividere la posizione di coloro che ritengono che il ricorso a tale sistema normativo porterebbe ad una soluzione assurda, comportando l'applicazione di regole sviluppate da “commerçants privés”²⁷⁷ per la regolazione di atti adottati dallo Stato *jure imperii*²⁷⁸.

6.4 Clausole di stabilizzazione e sovranità statale

I contratti conclusi tra l'investitore e lo Stato si caratterizzano per la presenza di una serie di clausole specifiche, attraverso le quali la parte privata mira a rafforzare la vincolatività degli impegni assunti dalle autorità pubbliche al

²⁷⁵ *Framatone c. Atomic Energy Organization of Iran*, sentence arbitral du 30 avril 1982, in Journ. du droit int. 1984, 72

²⁷⁶ In senso analogo GIARDINA A., *Diritto interno*, cit., 41-65

²⁷⁷ WEIL P., *Principes généraux de droit et contrats d'Etat* in *Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, 1982, 407

²⁷⁸ LEBEN C., *Contrat d'Etat*, cit., 318

momento della stipulazione dell'accordo²⁷⁹. Si tratta, in particolare, della clausola relativa al diritto applicabile, della clausola compromissoria arbitrale e delle clausole di stabilizzazione. Il presente paragrafo concentra la propria attenzione su quest'ultima tipologia di clausole, in ragione della loro maggiore rilevanza per il tema in analisi, vale a dire il rapporto tra le prerogative sovrane dello Stato e la tutela dei diritti economici individuali.

Le clausole di stabilizzazione²⁸⁰ mirano a limitare la possibilità per lo Stato di esercitare il proprio potere decisionale per modificare in via unilaterale i termini dell'accordo concluso con l'investitore privato. L'obiettivo è quello di rafforzare la stabilità del quadro giuridico e, in via mediata, di tutelare le aspettative economiche derivanti dall'investimento. Questo tipo di clausole sono tipiche dei contratti di Stato destinati a regolare rapporti di lunga durata, una caratteristica questa che li rende particolarmente esposti ai rischi derivanti dall'adozione di misure di regolazione da parte dell'autorità pubblica²⁸¹. I settori nei quali questo tipo di clausole trovano più frequente applicazione sono, non a caso, quelli inerenti allo sfruttamento delle risorse naturali del Paese ospite²⁸² e i servizi pubblici infrastrutturali.

In quest'ultimo ambito, le specifiche previsioni contrattuali miranti a stabilizzare il quadro giuridico entro il quale si svolge l'investimento, sono in genere redatte secondo modelli standard contenuti in disposizioni di carattere legislativo o regolamentare che definiscono in termini generali gli aspetti sostanziali che saranno disciplinati più in dettaglio dalle clausole inserite nel contratto. La disciplina generale di tali strumenti è, dunque, contenuta in un atto di diritto

²⁷⁹ In argomento RUBINS N., KINSELLA S.N., *op. cit.*, 43-57

²⁸⁰ Si vedano, tra gli altri, FAROUQUE A., *Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection vs. Functional Value*, in *Journ. Intl. Arb.*, 23(4), 2006, 317-336; GIARDINA A., *Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire?*, in *Rev. arb.*, 3, 2003, 647-666; WÄLDE T., NDI G., *op. cit.*, 215-268; WEIL P. *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La Communauté internationale*, Paris, 1974, 301-328

²⁸¹ La presenza di queste clausole è spesso considerato un elemento che consente di distinguere i contratti di Stato aventi natura internazionale, rispetto a quelli di natura interna. In questo senso FAROUQUE A., *op. cit.*, 317-318; MANIRUZZAMAN A.F.M., *The Relevance*, *cit.*, 293; SACERDOTI G., *I contratti*, *cit.*, 56

²⁸² MANIRUZZAMAN A.F.M., *Some Reflections on Stabilisation Techniques in International Petroleum, Gas and Mineral Agreements*, in *Intl. Energy L. Tax. Rev.*, 4, 2005, 96; COALE M., *Stabilisation Clauses in International Petroleum Transactions*, in *Denver Journ. Intl. Law & Pol.*, 30, 2002, 217-237

pubblico, in coerenza con il fatto che l'accettazione di questo tipo di clausole da parte dello Stato non ha mera natura contrattuale, ma rappresenta "a governmental act"²⁸³ o, in altre parole, un esercizio di sovranità da parte dello Stato. Obbligandosi a non modificare il proprio regime normativo, lo Stato limita, infatti, la propria capacità di utilizzare prerogative sovrane nel rapporto con l'investitore straniero.

In Perù²⁸⁴, ad esempio, nel corso del processo di privatizzazione che ha interessato il settore dell'energia agli inizi degli anni '90, sono state adottati tre decreti legge e alcuni regolamenti che fissano le garanzie di cui godranno gli investitori privati. In allegato al Regolamento n. 162-92-EF si trova il testo standard dei cd. *legal stability agreements*, vale a dire degli accordi di stabilizzazione successivamente conclusi tra il governo peruviano e gli operatori privati del settore. Gli aspetti considerati sono la libera convertibilità monetaria, il regime fiscale, il trasferimento di capitale e utili, il divieto di atti discriminatori contenuto nel Regolamento per quanto riguarda il regime fiscale, le tariffe e la disciplina della struttura societaria²⁸⁵. Un approccio analogo è stato adottato anche in Argentina per la privatizzazione di numerosi servizi pubblici, quali la distribuzione di acqua, elettricità e gas²⁸⁶. In questo ultimo ambito, ad esempio, vi è prima stata

²⁸³ VAN HARTEN G., *The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State*, in Intl. & Comp. L. Quart., 56, 2007, 382

²⁸⁴ Il caso costituisce oggetto di attenzione specifica da parte di un tribunale ICSID costituito nella causa *Duke Energy International Peru Investments no. 1, Ltd v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Registered on 24 October 2003

²⁸⁵ La clausola 3 della Concessione della Duke Energy prevedeva quanto segue:

"By virtue of this agreement, the State [...] guarantees legal stability for Duke Energy International according to the following terms:

1. Stability of the tax regime with respect to the Income Tax as stipulated in subsection a) of Article 10 of Legislative Decree No. 662 [...]
2. Stability of the regime of unrestricted availability of foreign currency as set forth in subsection b) of Article 10 of Legislative Decree No. 662 [...]
3. Stability of the right to freely remit its dividends and capitals pursuant to Article 10(b) of legislative Decree No. 662 [...]
4. *omissis*
5. Stability of the right to non-discrimination as stipulated in subsection c) of Article 10 of the Legislative Decree No. 662 [...] in the following matters:
 - a) Foreign exchange
 - b) Prices, tariffs, or no-customs duties [...]
 - c) The form of corporate organization [...]
 - d) Its status as an individual or legal entity [...]
 - e) *omissis*"

²⁸⁶ Il caso dell'Argentina è oggetto di particolare attenzione, visto che, in seguito alla gravissima crisi che ha investito il Paese nel 2000-2001, il governo aveva adottato una serie di misure di

l'adozione di una legge per la disciplina dell'intero settore²⁸⁷ e, successivamente, attraverso l'adozione di uno specifico decreto²⁸⁸, tali regole sono state meglio specificate ed inserite in un *Modelo de Licencia*, in base al quale sono stati successivamente stipulati i contratti di concessione con i singoli investitori. Tra gli aspetti considerati, vi sono specifici meccanismi per la stabilizzazione del regime tariffario, un aspetto particolarmente delicato nell'ambito in esame.

Le clausole di stabilizzazione possono distinguersi a seconda degli obblighi gravanti sulla parte pubblica²⁸⁹. Il modello tradizionale, o clausola di stabilizzazione in senso stretto, vieta allo Stato di modificare la propria legislazione per tutta la durata dell'investimento. Una versione meno rigorosa consente la modifica del quadro normativo, salvo prevedere, in caso di conflitto, la prevalenza della legislazione in vigore al momento della conclusione del contratto rispetto a quella adottata successivamente. La rigidità dello schema ha fatto sì che il modello tradizionale sia oggi meno utilizzato nella prassi internazionale, dove si preferiscono altri sistemi di stabilizzazione più flessibili.

Tra le forme attualmente più utilizzate vi sono le cd. clausole di stabilizzazione economica, le quali prevedono l'obbligo per lo Stato di compensare i danni che eventuali modifiche unilaterali dovessero causare all'investimento. Il modello consente, almeno in linea teorica, un migliore bilanciamento tra l'autonomia decisionale dell'autorità pubblica e la tutela l'investitore privato, non vietando allo Stato di adottare le misure necessarie per il perseguimento di interessi contrastanti con quelli privati. Restano, tuttavia, le difficoltà legate alla determinazione dell'ammontare delle perdite causate dall'intervento pubblico, un aspetto decisivo ai fini del funzionamento di questo tipo di clausole..

emergenza che avevano avuto importanti ripercussioni sugli investimenti privati nei servizi pubblici infrastrutturali. Questa situazione ha dato il via ad un numero molto elevato di controversie tra gli investitori stranieri e l'Argentina, molte delle quali sono ancora pendenti di fronte a tribunali ICSID. Informazioni, documenti e decisioni sono disponibili sul sito ufficiale dell'ICSID: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>. Per una presentazione dei casi nei diversi settori e delle principali questioni giuridiche sollevate, si vedano DOAK BISHOP R., LUZI A., *Investment Claims: First Lessons from Argentina*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, 425-469; HYNES V., *Bilateral Investment Treaty-Based Investment Arbitration against Argentina Economic Crisis*, in *Trans. Disp. Manag.*, 1(3), July 2004

²⁸⁷ Ley sobre la Privatización del Sector del Gas No. 24076 de 1992 ("Ley del Gas")

²⁸⁸ Decreto No. 2255/92, de 2 de diciembre 1992

Da ultimo, vi sono clausole che, sebbene non mirino ad una stabilizzazione in senso proprio, vengono generalmente considerate come facenti parte di tale categoria. Si tratta delle cd. clausole di intangibilità, le quali si limitano a proibire modifiche unilaterali del contratto da parte dello Stato, lasciando aperta la possibilità che tali modifiche derivino da un accordo tra le parti. Analogamente a quanto visto in precedenza, si cerca in questo modo di coniugare l'obiettivo della stabilità con la necessità di consentire allo Stato di adattare il quadro giuridico alle mutevoli esigenze sociali. Tuttavia, almeno per quanto riguarda i servizi pubblici infrastrutturali, l'applicazione di tale schema risulta talvolta problematico a causa delle difficoltà che caratterizzano i negoziati per la modifica dei termini contrattuali.

L'analisi della prassi dimostra come i tre modelli non si escludano reciprocamente, ma possano essere utilizzati in modo complementare. Nel caso della privatizzazione della distribuzione del gas in Argentina, ad esempio, i meccanismi di stabilizzazione inseriti nei contratti di concessione prevedevano una triplice tutela a favore dell'investitore²⁹⁰. Prima di tutto, il governo argentino si era impegnato a non modificare la struttura tariffaria e a non adottare nuove forme di controllo dei prezzi. Nel caso in cui tali misure fossero state comunque adottate, era stato stabilito un obbligo di indennizzo di ammontare pari alla differenza tra la tariffa prevista e quella effettivamente applicata in seguito alle nuove misure²⁹¹. Da ultimo, era stato previsto che ogni modifica delle condizioni contrattuali potesse avvenire solo con l'accordo di entrambe le parti²⁹².

i) Validità, effetti e natura delle clausole di stabilizzazione in base al diritto internazionale

In passato, vi era chi sosteneva che le clausole di stabilizzazione fossero invalide secondo il diritto internazionale, in quanto contrastanti con il principio della

²⁸⁹ Sul punto FARUQUE A., *op. cit.*, 319-321

²⁹⁰ La struttura è stata analizzata con particolare attenzione nel caso *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/01/08, Final Award of 12 May 2005, paras 84-87. Le considerazioni successive faranno riferimento a questo caso specifico, ma possono essere riferite anche agli altri casi che riguardano il settore del gas.

²⁹¹ La Cláusula 9.8 delle Reglas Basicas de la Licencia prevede che in caso di modifica: "la Licenciataria tendrá derecho a una compensación equivalente pagadera por el Otorgante." La Licencia (concessione) era stata concessa alla Transportadora de Gas del Norte (TGN) con Decreto No. 2457/92 de 18 diciembre de 1992

²⁹² Cláusula 18.2 della Licencia

sovranità permanente sulle risorse naturali²⁹³. L'impostazione non trovava, però, conferma neppure nella prassi degli stessi Stati nel cui interesse era stata elaborata e, successivamente, è stata abbandonata anche dagli autori che avevano contribuito alla sua diffusione. Altra parte della dottrina sostiene che tali clausole siano da considerarsi invalide perché, limitando il potere decisionale dello Stato, violerebbero la sovranità interna statale²⁹⁴. Anche in questo caso, però, la posizione appare eccessivamente rigida, dal momento che i limiti posti alla potestà normativa statale dalle disposizioni in esame, per quanto gravosi, non possono considerarsi una violazione del principio di sovranità²⁹⁵.

Risolta la questione della loro validità, dottrina e giurisprudenza appaiono ancora divise sugli effetti giuridici, soprattutto per quanto riguarda le clausole di stabilizzazione in senso stretto²⁹⁶. Alcuni autori ritengono che, in presenza di una clausola *stricto sensu*, debba ritenersi illecita qualsiasi misura che possa in qualche modo modificare l'equilibrio dello schema contrattuale²⁹⁷.

Altri, invece, adottano un approccio più flessibile, sostenendo la possibilità per lo Stato di esercitare i propri poteri sovrani, qualora ciò sia necessario per la tutela di interessi pubblici fondamentali, non abbia carattere discriminatorio e preveda un equo indennizzo a favore del danneggiato²⁹⁸. Secondo quest'ultima corrente di pensiero, le clausole di stabilizzazione non impediscono l'adozione di misure di

²⁹³ SORNARAJAH M., *The Myth of International Contract Law*, in Journ. World Trade L., 15, 1987, 187-217

²⁹⁴ BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford, 2003, 526; DELAUME G.R., *The Proper Law of State Contracts Revisited*, in ICSID Rev.-FILJ, 12, 1997, 1-28. In argomento si veda, inoltre, PAASIVIRTA E., *Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty*, in Brit. Yearb. Intl. L., 60, 1989, 315-350

²⁹⁵ LALIVE J.F., *op. cit.*, 86; WEIL P., *Les clauses de stabilization, cit.*, 302-324. tale approccio ha trovato accoglimento anche nella giurisprudenza arbitrale: nel caso *Texaco – Caliasatic, cit.*, para. 22, dove l'arbitro Dupuy sostiene che “[t]he result is that a State cannot invoke its sovereignty to disregard commitments freely undertaken through the exercise of this same sovereignty [...]”; in senso analogo caso *Revere Copper, cit.*, 1381 e *AGIP S.p.a. v. Popular Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Award of 30 November 1979, in ILM, 21, 1982, 86

²⁹⁶ RUBINS N., KINSELLA S.N., *op. cit.*, 54

²⁹⁷ HANSEN T.B., *The Legal Effects of Given Stabilization Clauses in Contracts in International Law*, in Virginia Journ. Intl. Law, 28(4), 1987-1988, 1035; GREENWOOD C., *State Contracts in International Law: The Libyan Oil Arbitrations*, in Brit. Yearb. Intl. L., 53, 1982, 83

²⁹⁸ WÄLDE T., *The “Umbrella” (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration. A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, in Journ. of World Investm. & Trade, 6(2), 2005, 200 osserva che “There may be changes in the regulatory context of a project which are of general nature, non-discriminatory and justified by legitimate public policy

regolazione da parte dello Stato ospite, esplicando i loro effetti solo al momento della determinazione dell'indennizzo che lo Stato dovrà riconoscere alla parte privata²⁹⁹. Il mancato rispetto degli obblighi di stabilizzazione comporta, infatti, l'obbligo per lo Stato di riconoscere a favore dell'investitore sia il danno emergente sia il lucro cessante, così da compensare la violazione delle aspettative legittime create dalla presenza della clausola³⁰⁰.

Sul punto si registra, però, una certa confusione: alcuni autori sostengono che i profitti futuri non più realizzabili dovrebbero essere inclusi nel computo dell'indennizzo solo nel caso in cui la violazione della clausola non sia avvenuta per il perseguimento dell'interesse generale o abbia natura discriminatoria, risultando, perciò, illecita anche dal punto di vista del diritto internazionale consuetudinario³⁰¹. L'accoglimento di tale teoria comporterebbe, però, un ulteriore affievolimento della tutela offerta all'investitore dalle clausole in esame. Per tale ragione, è più corretto ritenere che, in presenza di una clausola di stabilizzazione in senso stretto, i profitti futuri non più realizzabili debbano essere computati nell'indennizzo spettante all'investitore anche quando la modifica regolamentare sia stata effettuata per il perseguimento di un un interesse pubblico e non in modo discriminatorio

Meno problematica risulta, invece, la determinazione degli effetti delle clausole di stabilizzazione economica, le quali pongono nei confronti dello Stato solo l'obbligo di indennizzare gli eventuali danni che una modifica del quadro giuridico dovesse comportare per l'investimento. Per quanto riguarda l'ammontare dell'indennizzo, i problemi riguardano la quantificazione

adjustment of the legal context to changing circumstances and international standards". In senso conforme FARUQUE A., *op. cit.*, 325

²⁹⁹ GARCIA-AMADOR F.V., *State Responsibility in the Case of "Stabilization" Clauses*, in Florida State Univ. Journ. Transn. L. & Pol., 2, 1993, 50 EL CHIATI A.Z., *Protection of Investments in the Context of Petroleum Agreements*, in RdC, tome, 204, 1987, 165; JIMENEZ DE ARECHAGA E., *International Law in the Past Third of a Century*, in RdC, tome 159, 1978, 307. In *Government of Kuwait v. American Independent Oil Company (AMINOIL)*, Award of 24 May 1982, in ILM, 21, 1982, 1032 si osserva che "this provisions reinforce the the necessity for a proper indemnification as a condition of it".

³⁰⁰ FARUQUE A., *op. cit.*, 330; WÄLDE T., NDI G., *op. cit.*, 245. In *Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic*, Award of 12 April 1977, in ILM, 20, 1981, 217-218, il tribunale ritenne che la violazione di una clausola di stabilizzazione costituisse un fattore sufficiente per condannare lo Stato alla *restitutio in integrum*, sebbene questa forma di compensazione sia piuttosto rara nella prassi arbitrale internazionale

³⁰¹ EL CHIATI A.Z., *op. cit.*, 165

dell'impatto negativo della misura statale, mentre non si pone alcuna questione circa la legittimità della misura.

Da ultimo, occorre dedicare qualche rapido cenno al problema delle conseguenze derivanti da una violazione delle clausole di stabilizzazione sul piano internazionale. Sul punto si possono distinguere due correnti di pensiero. Da un lato, vi è chi ritiene che essa faccia sorgere la responsabilità internazionale dello Stato, posto che la loro inclusione in un contratto di investimento comporterebbe l'internazionalizzazione dello stesso. La posizione in esame è stata articolata in modo chiaro nel caso *Texaco* dall'arbitro unico Dupuy, il quale ha ritenuto che la presenza di una clausola di stabilizzazione avesse modificato la natura del contratto concluso tra la Libia e l'investitore statunitense, trasformandola in "an internationalized contract"³⁰². L'esercizio da parte dello Stato dei propri poteri sovrani in senso contrario a quanto previsto dalle clausole comporterebbe, perciò, una violazione del diritto internazionale³⁰³, risultando in contrasto con il principio *pacta sunt servanda*³⁰⁴.

Altri, invece, negano che la presenza di tali disposizioni possa comportare l'internazionalizzazione del contratto, il quale dovrà, perciò, ritenersi uno strumento regolato dal diritto interno anche nel caso in cui lo Stato abbia accettato l'inclusione di una clausola di stabilizzazione. La sola violazione di tale obbligo non avrà, perciò, alcun tipo di effetto sul piano internazionale, ma esclusivamente su quello interno³⁰⁵.

Nessuna delle impostazioni riportate risulta pienamente convincente, in ragione dell'eccessiva perentorietà delle conclusioni proposte. Da un lato appare eccessivo sostenere che l'accettazione di un simile obbligo modifichi la natura dello strumento che lo contiene, determinando *ipso iure* la responsabilità internazionale dello Stato in caso di una sua violazione. La conclusione contrasta, infatti, con il principio secondo cui la semplice violazione di una clausola contrattuale non costituisce una violazione di diritto internazionale *per se*. Dall'altro, non può

³⁰² Caso *Texaco – Calasiatic*, *cit.*, para. 73. In senso analogo, caso *AGIP*, *cit.*, para. 85

³⁰³ LILLICH R., *The Law Governing Disputes Under Economic Development Agreements: Reexamining the Concept of "Internationalization"*, in LILLICH R., BROWER C.N. (eds.), *International Arbitration in 21st Century*, New York, 1994, 68-69

³⁰⁴ WEIL P., *Les clauses de stabilization*, *cit.*, 324

³⁰⁵ GIARDINA A., *Contratti tra Stati e privati*, *cit.*, 70

negarsi che la soluzione di segno opposto non tiene nella dovuta considerazione il fatto che l'accettazione di vincoli alla possibilità di modificare il quadro normativo non possa considerarsi un atto avente mera natura contrattuale, rappresentando un esercizio di poteri sovrani da parte dello Stato.

Alla luce di tali considerazioni, appare preferibile ritenere che l'assunzione di obblighi di questo tipo da parte dello Stato crei in capo all'investitore privato delle legittime aspettative, per la tutela delle quali è possibile fare riferimento al diritto internazionale³⁰⁶. In questo ambito, tali aspettative sono prese in considerazione insieme ad altri fattori, quali, ad esempio, la natura dell'atto statale o la rilevanza dell'interesse perseguito, non godendo, perciò, di tutela assoluta. La violazione di una clausola di stabilizzazione può, dunque, determinare la responsabilità internazionale dello Stato, ma non in modo immediato. Questo tipo di valutazione non può che avvenire in concreto, vale a dire in riferimento alle circostanze del caso in esame, non essendo suscettibile di essere risolta *a priori* in via generale³⁰⁷.

6.5 Contratti di Stato ed evoluzione del diritto internazionale degli investimenti

Il dibattito sulla natura dei contratti di Stato e delle clausole di stabilizzazione ha perso parte della sua rilevanza in seguito all'evoluzione che ha interessato il sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri³⁰⁸. L'aumento esponenziale di trattati in materia di investimenti che si è avuto nel corso degli ultimi decenni ha, infatti, determinato la definitiva affermazione del diritto internazionale quale paradigma normativo di riferimento per la soluzione delle controversie tra investitore straniero e Stato ospite. Questi strumenti di diritto internazionale pongono limiti di carattere sostanziale e procedurale all'esercizio dei poteri degli Stati nei loro rapporti con gli investitori esteri e, nella quasi totalità dei casi, prevedono la possibilità per l'investitore straniero di ricorrere ad

³⁰⁶ Per un'analisi più approfondita della tutela delle aspettative legittime dell'investitore nel sistema internazionale degli investimenti, si veda il Capitolo III sul trattamento giusto ed equo e il Capitolo IV sull'espropriazione regolativa

³⁰⁷ La soluzione è proposta da PAASVIRTA E., *Internationalization and Stabilization of Contracts Versus State Sovereignty*, in *Brit. Yearb. Intl. L.*, 60, 1989, 338; HIGGINS R., *Legal Preconditions of Foreign Investment*, in *Energy L.*, 1986, 233-235

³⁰⁸ Sul punto MAURO R., *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2006, 100-101; LEBEN C., *Contrat d'Etat*, *cit.*, 359-374; LANAKARANI EL-ZEIN, *op. cit.*, 533-534

un tribunale arbitrale internazionale in caso di mancato rispetto di tali limiti. In tale contesto, la violazione di impegni contrattuali costituisce un elemento rilevante per la valutazione della condotta statale e, in determinate circostanze, determina la responsabilità internazionale dello Stato.

Questo avviene quando il mancato rispetto del contratto integri la violazione di una norma internazionale contenuta in un trattato concluso dallo Stato ospite con lo Stato di origine dell'investitore privato. A questo proposito, meritano un cenno particolare le cd. *umbrella clauses*³⁰⁹, vale a dire disposizioni pattizie che sanciscono l'obbligo per ciascuno Stato contraente di rispettare gli impegni assunti in relazione ad un investimento con un investitore dell'altra Parte. Una delle formulazioni tipiche di questo tipo di disposizioni è quella già rinvenibile nella Convenzione Abs-Shawcross del 1960³¹⁰, il cui articolo II prevedeva "Each Party shall at all times ensure the observance of any undertaking which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party". Tali clausole pongono, dunque, "[...] contractual commitments under the BIT's protective umbrella"³¹¹.

³⁰⁹ Sul punto la dottrina è molto vasta; tra gli altri si vedano WÄLDE T., *The "Umbrella", cit.*, 183-286; SCHREUER C., *Travelling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, in *Journ. of World Investm. & Trade*, 5(2), 2005, 227-256; ZOLIA V., *Effect and Purpose of "Umbrella Clauses" in Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues*, in *Trans. Disp. Manag.*, 2(5), November 2005, 1-55. Per un inquadramento storico dell'istituto, si veda SINCLAIR A., *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, in *Arbitration International*, 20(4), 2004, 411

³¹⁰ Si tratta di un progetto di convenzione sulla tutela degli investimenti esteri elaborata da due giuristi, H.J. Abs-Doelle e Lord H. Shawcross, e che ha rappresentato un punto di riferimento importante per la stesura del Progetto di Convenzione dell'OECD del 1963 e, più in generale, dei successivi trattati bilaterali. Sulla Convenzione Abs-Shawcross, SCHWARTZENBERGER G., *Foreign Investment and International Law*, 1969, 116

³¹¹ SCHREUER C., *Travelling the BIT Route, cit.*, 250-251. A tale proposito, la dottrina resta divisa su un punto fondamentale, vale a dire se queste clausole coprano tutti i tipi di violazioni contrattuali o solo quelle commesse dallo Stato *iure imperii* e non quelle aventi mera natura commerciale. Tale impostazione muove dall'assunto che l'ambito applicativo della clausola, la quale rappresenta un'esplicazione della regola *pacta sunt servanda*, debba conformarsi al principio consuetudinario secondo il quale non tutte le violazioni contrattuali da parte dello Stato possano considerarsi illeciti internazionali; in questo senso si vedano WÄLDE T., *Investment Arbitration under the Energy Charter: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience*, in HORN N. *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, 193; HOBER K., WÄLDE T.W., *The First Energy Charter Treaty Arbitral Award*, *Journ. Intl. Arbitration*, 22, 2005, 94; HAPP R., *Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty*, 45 *German Yearb. Intl. L.*, 45, 2003, 344. Al contrario, vi è chi ritiene che un'interpretazione di questo tipo privi la clausola di ogni effetto utile e contrasti con la lettera di tali disposizioni, le quali fanno generalmente riferimento a tutti gli impegni relativi all'investimento; per questo approccio si vedano SCHREUER C., *Travelling the BIT Route, cit.*, 251; ZOLIA V., *op. cit.*, 31-

Nell'ambito delle controversie sugli investimenti infrastrutturali, il mancato rispetto degli impegni contrattuali costituisce, inoltre, un elemento sempre più rilevante anche per la valutazione del rispetto da parte dello Stato dell'obbligo di trattamento giusto ed equo e, in particolare, del principio del rispetto delle aspettative legittime dell'investitore. Secondo il diritto internazionale classico³¹², inoltre, la violazione del contratto concluso con l'investitore straniero comporta la responsabilità dello Stato sul piano internazionale se costituisce un grave diniego di giustizia o se non rispetta le condizioni di legittimità che regolano l'espropriazione³¹³

Da questa prima disamina della questione, risulta evidente come l'assorbimento delle questioni legate ai contratti Stato nel sistema di tutela degli investimenti esteri non comporti la modifica della regola di diritto internazionale consuetudinario, secondo la quale la semplice violazione del contratto non comporta la responsabilità dello Stato sul piano internazionale, salvo che tale comportamento non integri la violazione di una norma internazionale. Alla luce di tale considerazione, non è, dunque, corretto sostenere che lo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti abbia comportato l'internazionalizzazione del contratto nel senso invocato dai sostenitori di tale ultima impostazione³¹⁴.

Viceversa, il sistema internazionale di tutela riprende e rafforza la distinzione tra il piano contrattuale/interno e quello pattizio/internazionale. A tale proposito, gli arbitri internazionali hanno fatto riferimento a più riprese alla differenza tra *treaty claims* e *contract claims*, vale a dire tra violazioni delle norme del trattato e

38; GRIGERA NAON, *Les contrats d'Etat: quelques reflexions – Les Etats dans le contentieux économique international. I. Le contentieux arbitral*, in *Rev. Arb.*, 3, 2003, 686; DOLZER R., STEVENS M., *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995, 81-82. Un'analoga situazione di incertezza è rinvenibile anche nella giurisprudenza arbitrale: per tutti si vedano i le conclusioni diametralmente opposte dei cd. *SGS cases*, vale a dire *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Objections to Jurisdiction of 6 August 2003 e *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Objection to Jurisdiction of 14 June 2004, con commento di ALEXANDROV S.A., *Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, in *Journ. of World Investm. & Trade*, 5(4), 2005, 555-577

³¹² JENNINGS R., WATTS A., *Oppenheim's International Law*, 9th ed., London, 1992, 927

³¹³ In questo caso non vi è dubbio che la violazione debba essere qualificata, vale a dire non avere mera natura commerciale

³¹⁴ GAILLARD E., *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, in *Rev. arb.*, 3, 2003, 863

controversie di natura contrattuale³¹⁵. La distinzione è rilevante ai fini della determinazione della competenza del tribunale arbitrale, la quale sussiste solo in riferimento alla prima tipologie di controversie, e per la determinazione del diritto applicabile al merito della causa³¹⁶. Ai fini che qui interessano, l'impostazione in esame conferma che la semplice violazione del contratto non costituisce un atto illecito internazionale in quanto tale, ma assume rilevanza solo in quanto contraria ad una disposizione contenuta in un trattato o avente natura consuetudinaria.

Anche nel sistema attuale di tutela degli investimenti esteri, la responsabilità internazionale dello Stato sorge, dunque, solo in forma mediata³¹⁷, vale a dire in quanto prevista da ulteriori disposizioni internazionali e non in quanto violazione di un atto avente natura internazionale. Nel caso in cui non sia ravvisabile alcuna violazione di una norma internazionale, “[...] le contrat se trouve soigneusement maintenu dans la sphère de droit privé [...]”³¹⁸ o, come precisato dal Comitato *ad hoc* nel caso *Vivendi I*, “[e]ach of these claims will be determined by reference to its own proper or applicable law – in the case of the BIT, by international law; in the case of the Concession Contract, by the proper law of the contract”³¹⁹. Le due questioni sono, quindi, da considerarsi indipendenti, implicando l'applicazione di standard diversi per la valutazione della condotta statale.

Come si vedrà più nel dettaglio nei capitoli successivi, non può comunque negarsi che lo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti abbia di fatto contribuito al raggiungimento del principale obiettivo perseguito dai sostenitori della tesi internazionalistica, vale a dire il rafforzamento della tutela degli impegni contrattuali attraverso la limitazione della possibilità per lo Stato di utilizzare le proprie prerogative sovrane per sottrarsi agli impegni assunti con gli investitori esteri. In questo senso, si può, perciò, affermare che l'attuale sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri, fondato sulle norme contenute in

³¹⁵ Il tema è stato affrontato in numerose controversie in materia di investimenti infrastrutturali; in argomento si veda, per tutti, SCHREUER C., *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the Vivendi I Case Considered*, in WEILER T. (ed.), *op. cit.*, 314-325

³¹⁶ Per l'analisi della questione nelle controversie relative agli investment infrastrutturali, si veda il capitolo successivo

³¹⁷ LANKRANI EL-ZEIN, *op. cit.*, 527

³¹⁸ GAILLARD E., *L'arbitrage*, *cit.*, 863. In senso conforme LEBEN C., *Contrat d'Etat*, *cit.*, 372

³¹⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Compagnie Général des Eaux v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment of 3 July 2002.

trattati internazionali sottoscritti dallo Stato ospite, abbia fatto sì che “the internationalization theory comes to a full circle”³²⁰, ma, allo stesso tempo, abbia privato il dibattito sulla natura dei contratti di Stato di gran parte della sua urgenza.

³²⁰ IGBOKWE V.C., *Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations*, in *Journ. Intl. Arb.*, 23(4), 2006, 269-275

CAPITOLO II

**SISTEMA INTERNAZIONALE DI
TUTELA E INVESTIMENTI ESTERI
NEI SERVIZI PUBBLICI
INFRASTRUTTURALI**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Evoluzione del diritto internazionale in materia di tutela degli investimenti esteri – 3. Le fonti del sistema di tutela – 3.1 Il diritto internazionale consuetudinario – i) *la disciplina dell'espropriazione secondo il diritto consuetudinario* – ii) *lo standard minimo internazionale di trattamento* – 3.2 Le fonti convenzionali: a) i trattati bilaterali – 3.3 b) i trattati multilaterali regionali e settoriali – i) *il NAFTA e gli altri accordi regionali* – ii) *il Trattato sulla Carta europea dell'energia: un esempio di accordo multilaterale settoriale* – 4. Obiettivo del sistema internazionale di tutela e sovranità interna in materia di servizi pubblici infrastrutturali – 4.1 Obiettivo del sistema e prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali – 4.2 Interpretazione teleologica e sovranità. I recenti sviluppi nella prassi convenzionale – 5. Ambito di applicazione *ratione materiae* del sistema internazionale di tutela e investimenti infrastrutturali – 5.1 La nozione di investimento – i) *la definizione convenzionale* – ii) *il concetto di investimento nel sistema ICSID* – iii) *la prassi arbitrale* – 5.2 Ambito applicativo del sistema internazionale di tutela e misure di interesse pubblico – i) *misure avente carattere generale e competenza dei tribunali arbitrali internazionali* – ii) *evoluzione recente della prassi convenzionale* – 6. Arbitrato investitore-Stato e sovranità statale in materia di investimenti infrastrutturali – 6.1 Sistemi per la soluzione delle controversie nei trattati internazionali per la tutela degli investimenti esteri – i) *l'arbitrato diretto investitore-Stato: a) il modello ICSID* – ii) *b) le regole UNCITRAL* – 6.2 Caratteri fondamentali dell'arbitrato diretto e sovranità statale – 6.3 Riconoscimento di un diritto individuale di azione e sovranità statale – i) *evoluzione rispetto all'istituto della protezione diplomatica* – ii) *il consenso preventivo dello Stato e il cd. "arbitrato unilaterale"* – 6.4 Arbitrato diretto e sistema giudiziario dello Stato ospite – i) *il superamento del requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni* – ii) *clausole contrattuali di scelta del foro e competenza dei tribunali arbitrali internazionali* – iii) *ricorso di fronte ai tribunali interni e regola fork-in-the-road* – 6.5 Applicazione del diritto internazionale per la soluzione della controversia e sovranità statale – i) *il criterio della volontà delle parti e l'applicabilità del diritto internazionale* – ii) *determinazione del diritto applicabile in assenza di scelta delle parti* – iii) *carattere ibrido del diritto applicabile alle controversie in materia di investimenti infrastrutturali*

1. Introduzione

A partire dalla seconda metà degli anni '90, si è registrato un crescente ricorso alla tutela offerta dagli strumenti internazionali da parte degli investitori stranieri attivi nei servizi pubblici infrastrutturali. L'evoluzione è dovuta a ragioni di carattere politico ed economico, quali il mutamento delle relazioni internazionali in seguito al crollo del blocco socialista o l'accresciuta partecipazione dei soggetti privati in questi settori, ma anche ad una maggiore consapevolezza dei vantaggi che il diritto internazionale degli investimenti presenta per la tutela dei loro interessi¹.

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha interessato il sistema a partire dalla fine degli anni '50 ha, infatti, sensibilmente rafforzato la posizione della parte privata nel suo rapporto con lo Stato ospite. Queste dinamiche meritano di

¹ In argomento si vedano le considerazioni svolte nel Capitolo I

essere analizzate con attenzione, rappresentando un fattore in grado di incidere sensibilmente sulla capacità degli Stati di intervenire con misure che, sebbene adottate per il perseguimento di un interesse generale, determinino un danno economico per gli investitori stranieri.

Gli aspetti rilevanti a questo proposito hanno natura e procedurale e sostanziale. Questo capitolo si concentra sulla prima tipologia di elementi, analizzando, in particolare, l'evoluzione normativa del sistema nel corso del tempo, il suo obiettivo complessivo e il suo ambito applicativo. A tale proposito, si deve osservare come il sistema abbia un ambito applicativo molto ampio, coprendo, almeno a livello potenziale, tutti i settori economici, compresi quelli in esame. Inoltre, non è prevista alcuna eccezione legata alla tipologia delle misure statali in esame: sono rilevanti, infatti, anche quelle aventi carattere generale che lo Stato adotti per il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico se la loro applicazione comporti un danno per l'investimento.

La seconda parte del capitolo è, invece, dedicata a quello che rappresenta l'elemento più significativo dal punto di vista istituzionale, vale a dire l'arbitrato diretto investitore-Stato. Questo meccanismo, superando molti dei limiti posti dal diritto internazionale classico, ha grandemente contribuito a rafforzare la tutela della parte privata e a migliorare l'efficacia del sistema. Di converso, le stesse caratteristiche che ne hanno determinato il successo vengono da più parti indicate quali fattori potenzialmente pericolosi per la sovranità statale. Questo tipo di preoccupazioni devono essere analizzate alla luce dell'evoluzione che tale meccanismo sta conoscendo in questi anni proprio grazie all'azione dei tribunali arbitrali, i quali rappresentano oggi il principale fattore di sviluppo dell'intero sistema.

2. Evoluzione del diritto internazionale in materia di tutela degli investimenti esteri

Il diritto internazionale di tutela degli investimenti esteri comprende le norme che disciplinano la protezione e il trattamento degli investimenti effettuati da soggetti privati in uno Stato diverso da quello in cui hanno la nazionalità, una volta che questi siano stati ammessi sul territorio dello stesso. Il primo gruppo di regole mira alla definizione del regime giuridico dell'investimento, mentre le seconde

attengono alla prevenzione o alla sanzione dei comportamenti statali che mettano in pericolo l'esistenza dell'investimento². La distinzione tra protezione e trattamento si è affermata solo in tempi relativamente recenti, a partire dalla pronuncia della Corte internazionale di giustizia nel celebre caso *Barcelona Traction*³. Entrambi questi momenti sono regolati da norme derivanti sia dall'ordinamento interno dello Stato, sia da quello internazionale.

L'attuale configurazione del sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri rappresenta il risultato di un lungo processo evolutivo che ha profondamente influito sulla determinazione dei suoi caratteri fondamentali e che merita, perciò, di essere illustrato nei suoi capi principali⁴.

Le origini del processo vengono comunemente individuate nel XVIII secolo, quando gli investimenti costituivano un aspetto delle politiche coloniali delle potenze occidentali. In questo contesto la tutela gli interessi dei privati era affidata al diritto della madrepatria e, nel caso in cui l'investimento fosse effettuato in territori non sottoposti a dominio coloniale, all'uso di mezzi coercitivi da parte dello Stato di origine. A partire dalla fine del XIX secolo, la forte opposizione dei Paesi dell'America Latina e degli Stati Uniti a questo tipo di strategia, ha, però, fatto emergere la necessità di elaborare un regime giuridico in grado di offrire adeguata tutela agli interessi degli Stati esportatori di capitali e dei loro cittadini. In questo periodo, la questione degli investimenti veniva affrontata facendo riferimento alle regole sul trattamento degli stranieri e dei loro beni che gli Stati occidentali consideravano vincolanti per tutti i Membri della comunità internazionale in ragione della loro natura consuetudinaria.

² La distinzione è tratta da CARREAU D., JUILLARD F., *Droit international économique*, Paris, 2007, 459-460. Si veda, inoltre, MARCHISIO S., Voce *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993, 580

³ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd. (Belgique c. Espagne)*, CIJ Rec. 1970, 33, 32 osserva che “dés lors qu'un Etat admet sur son territoire des investissements étrangers [...], il est tenu de leur accorder la protection de la loi et assurer certaines obligations quant a leur traitement”

⁴ CARREAU D., JUILLARD F., *op. cit.*, 462-482 dividono il processo in tre fasi: “l'affirmation des principes”, “la recusation des principes” e “la réaffirmation des principes”. La ricostruzione delle diverse fasi di sviluppo del diritto internazionale sugli investimenti è affrontata molti autori, per tutti, si vedano VAN HARTEN G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007, 13-23; SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge, 2004, 18-30; MAURO R., *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003, 1-24; JUILLARD P., *L'évolution des sources du droit des investissements*, in *RdC*, tome 250, 1994, 21-213

L'approccio è stato, però, fortemente contrastato dai Paesi dell'America latina⁵, dai Paesi socialisti e, in seguito al processo di decolonizzazione degli anni '60, dai Paesi di nuova indipendenza, i quali contestavano l'applicazione nei loro confronti di norme formatesi senza il loro consenso⁶ e poco attente alle ragioni dello sviluppo economico. Fondandosi ideologicamente sulla rivendicazione della sovranità permanente sulle risorse naturali⁷ e sui principi del nazionalismo economico⁸, molti di questi Stati hanno, così, fatto ricorso a nazionalizzazioni ed espropriazioni di beni appartenenti a cittadini stranieri, negando la possibilità che tali politiche potessero essere in qualche modo limitate da obblighi internazionali⁹. Dal punto di vista giuridico, il movimento di contestazione ha trovato il suo culmine nell'adozione di tre risoluzioni da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1974¹⁰. La cifra comune a questi atti era l'affermazione della prevalenza del diritto nazionale rispetto alle norme di diritto internazionale elaborate durante il periodo precedente¹¹. L'intento di questo ampio movimento di contestazione non era, però, solo distruttivo, mirando anche alla creazione di

⁵ Molti dei quali si rifacevano alla cd. dottrina Calvo, secondo la quale uno Stato non sarebbe tenuto ad offrire agli investitori stranieri un trattamento diverso da quello nazionale. Sul punto CALVO C. *Le droit international théorique et pratique*, Paris, 1870, 411

⁶ In argomento AGO R., *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, in *Recueil d'études de droit international en hommage Paul Guggenheim*, Genève, 1968, 95

⁷ La dottrina sul punto è molto ampia, si vedano, per tutti, SCHRIJVER N., *Sovereignty over Natural Resources*, Cambridge, 1997; FRIGO M., *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*, in PICONE P., SACERDOTI G. (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, 245-264; BROWNLIE I., *Legal Status of Natural Resources in International Law (Some Aspects)*, in RdC, tome 162, 1979, 245-318

⁸ Questa teoria economica faceva riferimento ai lavori di alcuni economisti argentini, quali Raul Prebisch e Osvaldo Sunkel e ha trovato accoglimento nella Decisione n. 24 (*Common Regime of Treatment of Foreign Capital and of Trademarks, Patents, Licenses, and Royalties*, 30 Nov 1976, ILM, 16, 1977, 138) adottata nel 1976 dal Patto Andino, organizzazione attualmente composta da Bolivia, Colombia, Ecuador e Peru, la quale vietava gli investimenti esteri nei settori già "coperti" da imprese nazionali e prevedeva complesse procedure di autorizzazione per gli altri settori.

⁹ MOLA L., *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, in PORRO G. (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006, 88

¹⁰ Si tratta della *Dichiarazione concernente l'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale*, Ris. AG 3201 (S-VI) del 1 maggio 1974 (GAOR, VI Spec. Sess., Suppl. 1, Doc. A/9559, 3), del *Programma di azione concernente l'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale*, Ris. AG 3202 (S-VI) del 1 maggio 1974 (GAOR, VI Spec. Sess., Suppl. 1, Doc. A/9559, 5) e la *Carta dei diritti e doveri economici degli Stati*, Ris AG 3281 (XXIX) del 12 dicembre 1974 (GAOR XXIX Sess. Suppl. 31, Doc. A/9631, 50)

¹¹ L'articolo 2 della Carta dei diritti economici degli Stati, ad esempio, stabilisce che "Each State has the right a) to regulate and exercise its authority over foreign investment [...] in accordance with its law and regulations [...] c) to nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulation and all circumstances that the State considers pertinent. In any case whether the question of compensation gives rise to controversy, it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals [...]"

regole nuove che consentissero la realizzazione di un “nuovo ordine economico internazionale”¹². Il raggiungimento di tale obiettivo è stato, però, impedito dalla mancanza di una prassi costante da parte degli Stati che potesse portare al consolidamento di principi enunciati in documenti non vincolanti giuridicamente¹³. Per tale ragione, la dottrina maggioritaria contemporanea ritiene che le dichiarazioni abbiano sì comportato “l’erosione e [lo] sfaldamento del cosiddetto standard internazionale delle nazioni civili”, ma “senza il corrispondente affermarsi di [nuove] regole generali [...]”¹⁴.

La risposta da parte degli Stati esportatori di capitali a questo tipo di rivendicazioni è consistita principalmente nella riaffermazione degli standard previsti dal diritto internazionale classico. La loro azione si è tradotta nell’adozione di atti nei quali è stata ribadita l’esistenza di obblighi di protezione e trattamento derivanti da un ordinamento giuridico esterno rispetto a quello dello Stato ospite. Visto il clima di forte contrapposizione tra i due schieramenti, non sorprende che la maggior parte di questi strumenti sia stata elaborata in seno all’OECD¹⁵, un’organizzazione che, essendo esclusivamente composta da Paesi industrializzati, non aveva risentito degli effetti del processo di decolonizzazione¹⁶. Nel 1961 è stato, così, adottato il Codice sulla liberalizzazione dei movimenti di capitali e delle transazioni invisibili¹⁷, atto che limitava la possibilità per gli Stati membri di imporre nuove restrizioni in questo ambito. Nel 1967, è stato elaborato un Progetto di Convenzione sulla protezione della proprietà straniera¹⁸, nel quale si ribadivano i principi classici del diritto internazionale in materia e che, sebbene privo di efficacia vincolante, avrebbe

¹² Per dottrina sull’argomento si veda *supra*, Capitolo I

¹³ Il dibattito sul valore di queste decisioni dell’Assemblea Generale era stato particolarmente intenso, ma appare oggi superato. Per una sua ricostruzione si veda FRIGO M., *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*, Milano, 2000, 62-76 e dottrina ivi citata

¹⁴ MARCHISIO S., *op. cit.*, 573

¹⁵ Per un’analisi completa delle attività dell’OECD in questo ambito, si veda HOUDE M-F., *OECD Instruments for Promoting the Liberalization of Investment*, OECD Document, Paris, 1994

¹⁶ *Organization for Economic Cooperation and Development* (creata con la *Convention on Organization for Economic Cooperation and Development*, Parigi, 14 dicembre 1960, ILM, 15, 1976, 9) conta attualmente 30 Membri, dopo l’ingresso, nella seconda metà degli anni ’90, di alcuni Stati dell’est europeo (Polonia, Slovacchia, Ungheria, Repubblica Ceca) e di Corea del Sud e Messico.

¹⁷ OECD, *Codes of Liberalization of Capital Movements and Current Invisibles Operations*, Paris, 1961

¹⁸ OECD, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention*, Paris, 1967

rappresentato il modello per l'elaborazione di molti trattati bilaterali successivi¹⁹. Nel 1976, sono state adottate la Dichiarazione di principi e le Decisioni del Consiglio sugli investimenti internazionali e le imprese multinazionali²⁰, strumenti ai quali gli Stati membri potevano aderire su base volontaria.

Le posizioni radicali assunte sul piano teorico da entrambi gli schieramenti non trovavano un riscontro puntuale nella prassi statale di quel periodo. Già a partire dal 1959, anno in cui è stato firmato l'accordo tra Germania e Pakistan, vi è stato un ricorso crescente alla conclusione di trattati bilaterali per la promozione e la protezione degli investimenti tra Paesi appartenenti ai due opposti schieramenti²¹. Questo tipo di accordi hanno consentito di trovare un compromesso tra le diverse posizioni ideologiche, offrendo adeguata garanzia agli investitori provenienti dagli Stati industrializzati, senza fare riferimento agli obblighi consuetudinari contestati dai Paesi in via di sviluppo. In questo modo, infatti, la tutela degli investimenti esteri trovava il proprio fondamento in un atto convenzionale volontariamente accettato dallo Stato ospite e non nell'accettazione di regole formatesi senza il suo consenso. Si deve ancora segnalare che, nel 1965, è stata conclusa la Convenzione di Washington²² istitutiva del Centro internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti, nel quadro della Banca Mondiale.

A partire dalla metà degli anni '80, vi è stato un sostanziale mutamento del quadro economico e politico internazionale. Da un lato, la crisi finanziaria che ha investito molti Paesi in via di sviluppo ha comportato una forte contrazione degli stanziamenti pubblici per l'aiuto allo sviluppo da parte degli Stati industrializzati. In questo contesto, l'attrazione dei capitali privati è diventata un obiettivo primario per il perseguimento degli obiettivi di crescita economica, costringendo numerosi Stati del sud del mondo a rivedere le proprie politiche nei confronti degli investimenti esteri. L'evoluzione si è ulteriormente rafforzata nel periodo successivo, quando la caduta del blocco socialista ha ulteriormente affievolito le

¹⁹ JUIILLARD P., *Le réseau français des conventions bilatérales d'investissements: a la recherche d'un droit perdu?*, in *Dr. et prat. comm. int.*, 13, 1987, 16

²⁰ OECD, *Declaration and Decisions on International Investment and Multilateral Enterprises*, Paris, 1976

²¹ Sull'argomento si veda *infra*

²² *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and nationals of Other States*, opened for signature on 18 March 1965, 575 UNTS 159; ILM, 4, 1965, 532

rivendicazioni anticapitaliste dei Paesi del Sud del mondo. I dati che consentono di apprezzare il mutamento del paradigma teorico sono, per quanto riguarda la dimensione nazionale, le numerose modifiche apportate alle legislazioni interne in materia di investimenti da parte dei Paesi in via di sviluppo²³ e, sul piano internazionale, la crescita esponenziale dei BIT, non solo in direzione Nord-Sud, ma anche Sud-Sud²⁴, anche grazie al definitivo abbandono dei modelli ispirati al nazionalismo economico²⁵.

Sempre in questo periodo, si è assistito, inoltre, a numerosi tentativi di elaborare una convenzione multilaterale sugli investimenti. Nel 1992, un gruppo di esperti giuridici della Banca Mondiale ha adottato le *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*²⁶, uno strumento di *soft law* che non voleva essere una mera compilazione del diritto internazionale consuetudinario sugli investimenti, ma intendeva contribuire al suo sviluppo progressivo e facilitare la codificazione multilaterale della materia.

Il tentativo più conosciuto²⁷ in questo senso è quello che si è sviluppato, a partire da maggio 1995, in seno all'OECD e che avrebbe dovuto portare, nelle intenzioni dei promotori, alla conclusione dell'Accordo multilaterale sugli investimenti²⁸.

²³ Secondo UNCTAD, *FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, World Investment Report 2003, NY-Geneva, 2003, 20 dal 1991 al 2002 sono state adottate 1641 modifiche per quanto riguarda i cd. “codici di investimento” di 165 Stati. Circa il 95% di tali emendamenti andavano nella direzione di una maggiore liberalizzazione

²⁴ Il numero di BIT è passato dai 385 del 1989 ai 2181 del 2002 (UNCTAD, *WIR 2003*, cit., 89)

²⁵ Nel 1991, ad esempio, viene abrogata la Decisione n. 24 del Patto Andino e si concludono con un nulla di fatto i negoziati per l'elaborazione del Codice di condotta sulle imprese transnazionali in seno alle Nazioni Unite

²⁶ Adottate il 21 settembre 1992 dal *Development Committee* della Banca Mondiale e del Fondo Monetario Internazionale. Il testo è disponibile su ICSID Rev.-FILJ, 7, 1992, 297-398. In argomento si vedano PROTOPSALTIS P.M., *Les principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 151-232; SHIHATA I., *Legal Treatment of Foreign Investment: “The World Bank Guidelines”*, Dordrecht, 1993

²⁷ In precedenza vi erano stati altri tentativi, a partire dalla Carta dell'ITO firmata all'Avana del 1948 e mai entrata in vigore, la quale prevedeva alcune norme rilevanti in materia di investimenti. Nel 1959, inoltre un gruppo di esperti aveva redatto un progetto, *Draft Convention on Investment Abroad*, più conosciuto come progetto Abs-Shawcross, il cui testo è disponibile in Journ. Publ. Pol., 9, 1960, 116-124. Su questi tentativi si veda SCHWARZENBERGER G., *Foreign Investments and International Law*, London, 1969, 109-134 e 153-169

²⁸ OECD, *A Multilateral Agreement on Investment: Report by the Committee on International Investment and Multinational Enterprises (CIME) and the Committee on Capital Movements and Invisible Transactions (CMIT)*, 1995, DAFE/CMIT/CIME(95) 133/FINAL. Maggiori informazioni sui negoziati e sulle diverse versioni del Draft sono disponibili su www.oecd.org/daf/mai. In dottrina si vedano, per tutti, ZIA-ZARIFI S., *The Multilateral Agreement on Investment*, in BEVERIDGE F. (ed.), *Globalization and International Investment*, Aldershot, 2005, 279-298;

L'obiettivo era elaborare un atto giuridicamente vincolante in grado di offrire un elevato livello di tutela agli investimenti esteri ed un efficace sistema di risoluzione delle controversie di fronte al quale gli investitori potessero far valere le eventuali violazioni da parte dello Stato ospite²⁹. Il modelli di riferimento erano gli strumenti già elaborati in ambito OECD, i BIT e gli accordi regionali in discussione proprio in quel periodo. La scelta del foro negoziale era, invece, giustificata dalla presunzione che l'esclusiva presenza degli Stati esportatori avrebbe facilitato il raggiungimento di risultati più importanti. Nonostante le premesse, i negoziati dell'AMI si sono risolti in un fallimento, a causa della forte opposizione di molte parti della società civile³⁰ e, soprattutto, per la mancanza di un consenso forte su questi temi anche tra gli Stati esportatori di capitali. L'impossibilità di giungere ad uno strumento a portata universale è stata in qualche modo compensata dalla conclusione di numerosi accordi multilaterali aventi, però, una copertura geografica o sostanziale più limitata. Sempre nel corso degli anni '90, infatti, sono stati negoziati e ratificati diversi accordi regionali o settoriali in materia di investimenti che, insieme ai BIT, contribuiscono a formare il complesso reticolo normativo che caratterizza questo settore del diritto internazionale.

Nel corso degli ultimi anni, il principale fattore che ha determinato l'evoluzione del sistema internazionale di tutela è stato lo sviluppo dell'arbitrato diretto investitore-Stato. L'esplosione³¹ di casi portati da investitori privati di fronte a tribunali arbitrali internazionali non ha solo consentito di chiarire la portata delle principali norme sostanziali contenute nei diversi strumenti internazionali, ma ha anche contribuito alla loro evoluzione progressiva.

MUCHLINSKI P., *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?*, in *The Intl. Lawyer*, 34(3), 2000, 1033-153

²⁹ OECD, *CIME CMIT Report*, cit., 3

³⁰ KURTZ J., *NGOs, the Internet and International Economic Policy-Making: The Failure of the OECD Multilateral Agreement on Foreign Investment*, in *Melbourne Journ. Intl. Law.*, 3(2), 2002, 213-246

³¹ Il termine è tratto da ALEXANDROV S., *The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitration and the Jurisdiction of ICSID Tribunals*, in *Journ. World Inv. & Trade*, 6(3), 2005, 387-411

3. Le fonti del sistema internazionale di tutela

3.1 *Il diritto internazionale consuetudinario*

Il diritto internazionale degli investimenti si caratterizza per la maggiore rilevanza delle norme pattizie rispetto a quelle consuetudinarie. Queste ultime, infatti, giocano un ruolo limitato in un settore nel quale la natura stessa delle controversie rende problematica l'applicazione di regole non scritte e dal contenuto spesso indefinito. Tale ultima caratteristica deriva dalle persistenti divergenze che ancora caratterizzano le posizioni degli Stati su molti aspetti fondamentali che riguardano gli investimenti esteri. Nonostante le difficoltà nella ricostruzione del loro contenuto e la loro limitata capacità protettiva, la dottrina maggioritaria appare concorde nel riconoscere che anche in materia di tutela degli investimenti esteri lo Stato sia tenuto al rispetto di uno standard minimo di protezione e di trattamento nei confronti dello straniero³².

i) La disciplina dell'espropriazione secondo il diritto consuetudinario

La situazione appare più definita per quanto riguarda la questione della disciplina delle espropriazioni e delle altre misure restrittive assimilabili³³.

Superato il clima di contrapposizione frontale che aveva caratterizzato i rapporti tra Stati industrializzati e Paesi in via di sviluppo nel corso degli anni '60 e '70, non sembrano più esserci dubbi circa l'esistenza di una norma consuetudinaria che impone nei confronti degli Stati il rispetto di determinate condizioni nell'esercizio del loro diritto sovrano di espropriare o nazionalizzare i beni dello straniero. In particolare, si ritiene che questo tipo di misure siano lecite per il diritto internazionale solo se dettate da esigenze di interesse pubblico, non discriminatorie e prevedano il pagamento di un indennizzo a favore del soggetto espropriato³⁴. In realtà, come sottolineato dalla migliore dottrina “[...] l'unica,

³² CONFORTI B., *Diritto internazionale*, 6° ed., Napoli, 2002, 231; FRIGO M., *Le limitazioni*, cit., 8

³³ Sulla definizione delle diverse misure ablativo del diritto di proprietà si vedano, per tutti, CARREAU D., JULLIARD P., *op. cit.*, 537-540; MAURO R., *Gli accordi bilaterali*, cit., 263-271; FRIGO M., *Le limitazioni*, cit., 14-42

³⁴ Per un'analisi approfondita di ciascuna condizione si veda, FRIGO M., *Le limitazioni*, cit., 80-138. L'Autore sostiene che il riconoscimento dell'indennizzo non costituirebbe, in realtà, una condizione di liceità del provvedimento, ma solo una conseguenza del medesimo. *Contra* CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., 232

importante questione è quella che riguarda l'indennizzo³⁵. Più nel dettaglio, le maggiori incertezze attengono al *quantum*, posto che l'esistenza di tale obbligo non è mai stata messa in discussione neppure nei documenti che contestavano i principi classici del diritto internazionale degli investimenti³⁶. Secondo la regola tradizionalmente accolta dai Paesi industrializzati, l'indennizzo doveva essere *prompt, adequate and effective*, vale a dire corrispondente al valore del bene, immediato e in una moneta liberamente convertibile³⁷. Di contro, i Paesi socialisti e quelli in via di sviluppo sostenevano che esso dovesse essere semplicemente *appropriate*³⁸, dovendo tener conto delle condizioni economiche dello Stato espropriante.

La prassi successiva ha comportato il definitivo superamento di questo tipo di impostazione. Oggi, infatti, non sembra più esserci alcuna incertezza circa l'esistenza, per quanto riguarda i provvedimenti di espropriazione³⁹, dell'obbligo di riconoscere a favore del soggetto espropriato un indennizzo equivalente al valore che l'investimento aveva nel momento immediatamente antecedente a quello dell'espropriazione, comprensivo degli interessi maturati a partire dall'adozione della misura e in valuta liberamente trasferibile⁴⁰. E' ancora controverso se questo tipo di standard coincida con quello della *full compensation*

³⁵ CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., 232. In questo senso CARREAU D., JUILLARD P., *op. cit.*, 541; FRIGO M., *Le limitazioni*, cit., 80; SACERDOTI G., *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in RdC, tome 269, 1997, 389; MARCHISIO S., *op. cit.*, 583. Per un'analisi completa del problema WÄLDE T., SABAHİ B., *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, in Trans. Disp. Manag., 3(5), December 2006, 1-64

³⁶ Sul punto, CONFORTI C., *Diritto internazionale*, cit., 232; MARCHISIO S., *op. cit.*, 582-583

³⁷ Si tratta della cd. *Hull formula*, dal nome del Segretario di Stato americano Cordell Hull che, nel 1938, in risposta al programma di nazionalizzazioni portato avanti dal governo messicano anche a danno di investitori statunitensi, affermò che il diritto internazionale imponeva nei confronti dello Stato espropriante l'obbligo di pagare una "adequate, effective and prompt compensation"

³⁸ L'aggettivo era previsto dall'articolo 2 della Carta sui diritti e doveri economici degli Stati, *cit.*

³⁹ La conclusione non sembra essere applicabile *sic et simpliciter* ai casi di nazionalizzazione, per i quali era diffusa la pratica dei cd. *lump sum agreements*, vale dire di accordi tra lo Stato espropriante e quello di nazionalità degli investitori che prevedevano la corresponsione di un indennizzo inferiore al valore reale dell'investimento e senza tenere conto degli interessi. E' controverso il ruolo di questi accordi nella ricostruzione di norme consuetudinarie. Sul punto, GIARDINA A., *Gli indennizzi ai cittadini per danni subiti all'estero. Prassi convenzionale e legislazione italiana*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, III, Milano, 1987, 135; LILLICH R.B., WESTON B.H., *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements*, Charlottesville, 1975, 260-261.

⁴⁰ MARCHISIO S., *op. cit.*, 584. L'art. VI (1) del BIT Argentina-USA del 1991 (*Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, 14 November 1991) prevede che "Compensation

tradizionalmente sostenuto dai Paesi esportatori di capitali⁴¹. La prassi arbitrale recente va chiaramente in questo senso⁴², mentre in passato era diffuso l'utilizzo di formule più flessibili nelle quali il carattere integrale dell'indennizzo risultava temperato da considerazioni di carattere equitativo⁴³.

Al di là delle difficoltà di qualificazione dello standard, il problema principale resta la determinazione della metodologia per la valutazione del bene⁴⁴. A tale proposito, non sembra ravvisabile alcuna norma di natura generale alla quale fare riferimento, posto che la prassi statale e la giurisprudenza internazionale offrono indicazioni poco omogenee sul punto. I metodi normalmente utilizzati possono distinguersi a seconda se mirino a ricostruire il valore di mercato dell'investimento o se si limitino a determinare il suo valore contabile, non prendendo in considerazione le potenzialità produttive del bene espropriato. La scelta tra le diverse metodologie non è determinata da una regola costante, ma risponde a considerazioni che riguardano la natura del bene espropriato o le circostanze del caso in esame⁴⁵. Per tale ragione, è possibile concludere che, in mancanza di indicazioni di carattere convenzionale, la scelta del metodo di

shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken [...]". In termini analoghi art. IV(6) delle *Guidelines*

⁴¹ In questo senso WÄLDE T., SABAHİ B., *op. cit.*, 16; RUBINS N., KINSELLA N.H., *op. cit.*, 246; SACERDOTI G., *Bilateral Treaties*, *cit.*, 392-394. *Contra* SORNARAJAH M., *The International Law*, *cit.*, 441-443; MAURO R., *Gli accordi bilaterali*, *cit.*, 290; FRIGO M., *Le limitazioni*, *cit.*, 133

⁴² *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 6 February 2006; *Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of 13 November 2000; *Metaclad Corp. v. The United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/97/1, Award of 30 August 2000, 122; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award of 17 February 2000, 192. La medesima impostazione era già stata accolta dalla Corte Permanente Internazionale di Giustizia in *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, Judgment of 15 May 1926, PCIJ Ser. A, no. 7 (1927)

⁴³ *Liberian Eastern Timber Corporation v. Government of the Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/93/2, Award of 31 March 1986; *Shahin Staine Ebrahimi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Award of 12 October 1994, 560-44/46/47-3, Iran-US Claims Tribunal Rep., 21, 1994, 170-236

⁴⁴ Per un'analisi dei diversi metodi SABAHİ B., *The Calculation of Damages in International Investment Law*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *op. cit.*, 563-367; RUBINS N., KINSELLA N.H., *op. cit.*, 247-259

⁴⁵ La scelta del metodo viene effettuata a seconda se l'investimento costituisca un *going concern* o non fosse più produttivo al momento dell'espropriazione. Nel primo caso si tende ad utilizzare metodologie valutative basate sul mercato (*full market value* o *discounted cash flow method*), mentre nel secondo si ricorre solitamente al *cd. book value method*. Inoltre, nella scelta di un metodo *market-based* dovrà valutarsi l'esistenza di un mercato a cui fare riferimento.

valutazione spettò agli arbitri internazionali chiamati a risolvere le controversie in materia⁴⁶.

ii) Lo standard minimo internazionale di trattamento

La situazione appare ancora più complessa per quanto riguarda la determinazione delle norme consuetudinarie in materia di trattamento degli investimenti esteri. In questo caso, infatti, la definizione degli obblighi gravanti sullo Stato risulta poco precisa e il generico riferimento al cd. standard minimo internazionale non contribuisce a chiarire la situazione.

Muovendo da tale considerazione, parte della dottrina⁴⁷ è giunta a negare l'esistenza di obblighi consuetudinari in materia di trattamento. L'incertezza che caratterizza la definizione dello standard minimo impedirebbe, secondo questi autori, di riconoscere allo stesso carattere vincolante, essendo "[...] implicit in the concept of binding international norms [...] that they have an identifiable content"⁴⁸. La posizione appare, però, eccessivamente formalistica e non in linea con la struttura stessa del diritto internazionale generale. Disconoscere il carattere vincolante delle norme consuetudinarie che non abbiano un contenuto definito in modo netto porterebbe, infatti, a negare la rilevanza di molte, se non di tutte, le disposizioni che compongono questa categoria. La flessibilità contenutistica costituisce uno dei loro tratti peculiari, trattandosi di norme destinate ad evolvere nel corso del tempo, riflettendo le modifiche nella prassi degli Stati. Il loro contenuto deve necessariamente essere definito in relazione ad un dato periodo storico e non può essere inteso in senso statico⁴⁹.

⁴⁶ CARREAU D., JUILLARD P., *op. cit.*, 541-542. Illustrativa delle difficoltà che accompagnano tale scelta è il caso *CME Czech Republic, S.A. v Czech Republic*, UNCITRAL Final Award of 13 March 2003, paras. 98-100 nella quale il tribunale ha scelto di utilizzare due metodi di valutazione (uno primario e uno secondario) e poi procedere al confronto dei risultati

⁴⁷ LAVIEC J-P., *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Paris, 1985, 86-90; MIGLIORINO L., *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1989, 66-67

⁴⁸ PORTERFIELD M, *An International Common Law of Investor Rights?*, in Univ. Penn. JIEL, 27(1), 2006, 99. Il problema del rapporto tra carattere vincolante, contenuto e legittimità delle norme internazionali è stato analizzato in modo dettagliato da FRANCK T., *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford, 1990. Una posizione simile è stata adottata anche dall'Argentina nel caso *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Final Award of 12 May 2005, para. 270

⁴⁹ WÄLDE T., *The Specific Nature of Investment Arbitration*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *op. cit.*, 98; MENDELSON M., *Formation of Customary International Law*, in RdC, tome 272, 1999, 162

Il carattere evolutivo dello standard è stato espressamente riconosciuto in alcune pronunce arbitrali recenti. Nel caso *ADF*, ad esempio, il Tribunale arbitrale NAFTA ha osservato che “customary international law [...] is not frozen in time and the standard of treatment does evolve”⁵⁰. La medesima posizione è stata adottata anche in materia di investimenti infrastrutturali, dove è stata confermata la necessità di applicare “this evolutionary approach to customary international law”⁵¹. Per tale ragione non può essere condivisa la posizione che, rifacendosi alla decisione *Neer* adottata nel 1926 dalla *Mexico-US Mixed Claims Commission*, ritiene che possa aversi violazione dello standard solo quando l’azione statale “amount to an outrage, to bad faith to wilful neglect of duty, or to insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency”⁵². L’impostazione si ritrova spesso nelle argomentazioni difensive avanzate dagli Stati⁵³ di fronte ad istanze arbitrali internazionali, nel tentativo di circoscrivere quanto più possibile il loro ambito di responsabilità.

Tuttavia, una simile interpretazione non tiene nella dovuta considerazione l’evoluzione che ha interessato il sistema di tutela degli investimenti esteri dagli anni '20 ad oggi, risultando, perciò, anacronistica. Sul punto si registra una sostanziale convergenza anche in dottrina⁵⁴, la quale sottolinea la necessità di adeguare lo standard minimo di trattamento ai mutamenti intervenuti nel corso del tempo. Tale processo evolutivo è determinato da fattori diversi, tra i quali hanno assunto un ruolo spesso decisivo le decisioni dei tribunali arbitrali. Nonostante non si manchi di sottolineare che “the evolutionary potential [of the standard]

⁵⁰ *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case ARB(AF)/00/1. Award of 9 January 2003, 527

⁵¹ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID CASE No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006. In termini analoghi *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, 123; caso *CMS*, Award, *cit.*, 280

⁵² *L.F.H. Neer and Pauline Neer v. The United Mexican States*, United States-Mexico General Claims Commission, 15 October 1926, riprodotto in Rep. Intl. Arb. Awards, IV, 60-66

⁵³ *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Counter-Memorial of the United States of 19 September 2006, paras. 220-221; *Saluka Investments v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award of 17 March 2006, para. 290; *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Second-Phase Counter-Memorial, 10 October 2000, para. 309

⁵⁴ WÄLDE T., *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues Based on Recent Litigation Experience*, in HORN N. (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, 207; YANNACA-SMALL C., *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Paper No. 2004/3, 2004, 2

does not provide a tribunal with an unfettered discretion to decide for itself”⁵⁵, è difficile negare che l’interpretazione di regole giuridiche dal contenuto in costante evoluzione lasci un’ autonomia molto ampia agli organi giurisdizionali⁵⁶.

Inoltre, il contenuto attuale dello standard minimo internazionale non può più essere definito in contrapposizione a quello del trattamento nazionale come avveniva nel corso degli anni ’60 e ’70, essendo ormai venuti a cadere i motivi che giustificavano questo tipo di lettura⁵⁷. Una parte della dottrina era giunta a sostenere che lo standard internazionale dovesse necessariamente comprendere il trattamento previsto dal diritto interno a favore dei cittadini dello Stato ospite, in ossequio al principio di non discriminazione⁵⁸. La tesi non convince, visto che la concessione del trattamento nazionale in materia di investimenti esteri non costituisce un obbligo imposto dal diritto consuetudinario, ma solo un impegno che gli Stati possono assumersi sul piano convenzionale e che è generalmente accompagnato dalla previsione di limiti diversi a seconda del contesto considerato⁵⁹. Sarebbe, perciò, scorretto dal punto di vista sistematico prevedere che il contenuto di uno standard consuetudinario dipenda da una norma avente natura pattizia.

Altri autori hanno sostenuto che lo Stato fosse tenuto a riconoscere agli investimenti esteri uno standard di trattamento non inferiore a quello previsto dalle norme in materia di diritti fondamentali⁶⁰. Per quanto suggestiva, tale impostazione è stata, però, giustamente criticata. L’estensione delle garanzie riconosciute in materia di diritti civili e politici alla sfera economica non è, infatti,

⁵⁵ *Mondev International, Ltd. v. The United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award of 11 October 2002, 116

⁵⁶ Sul punto si vedano le osservazioni critiche di PORTERFIELD M.C., *op. cit.*, 102-112; SORNARAJAH M., *The International Law*, *cit.*, 329

⁵⁷ Sull’argomento si vedano le considerazioni di NASCIMBENE B., *Trattamento dello straniero*, Milano, 1984, cap III

⁵⁸ CHARPENTIER J., *De la non-discrimination dans les investissements*, in *Annuaire français de droit international*, 9, 1963, 35-63

⁵⁹ MARCHISIO S., *op. cit.*, 579

⁶⁰ Durante i lavori della Commissione di diritto internazionale sul Progetto di Convenzione sulla responsabilità degli Stati per danni causati nel loro territorio alla persona e ai beni degli stranieri, il Relatore Speciale García Amador aveva sostenuto che “[...] les étrangers jouissent des même droits [...] que le nationaux, mais ces droits et garantiées ne peuvent en aucun cas être moindres que les “droits de l’homme et libertés fondamentales” [...]” (*Responsabilité internationale: rapport de F.V. García Amador*, UN Doc. A/CN.4/96, in *Annuaire de la CDI*, II, 1956, 203) NASCIMBENE B., voce *Straniero (diritto internazionale pubblico)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Milano, 1990, 1145 assume una posizione simile, ma solo in termini di probabili sviluppi futuri e non come descrizione della situazione attuale

giustificata alla luce del diritto internazionale⁶¹, dal momento che i due ambiti sono “realtà distinte e alle quali corrispondono ormai regimi giuridici diversi”⁶². Questo perché i diritti economici dello straniero non sono generalmente inclusi in quel nucleo di diritti fondamentali che, non appartenendo più alla sfera della *domestic jurisdiction*⁶³, ogni Stato è tenuto a rispettare nei confronti di tutte le persone in quanto tali. In ambito economico, infatti, gli Stati godono di maggiore libertà d’azione, potendo legittimamente limitare il godimento dei diritti individuali per il perseguimento di obiettivi di politica interna⁶⁴.

Allo stato attuale, lo standard minimo internazionale può considerarsi una norma di chiusura che vieta i comportamenti dell’autorità pubblica che modificano in modo arbitrario l’equilibrio tra gli interessi dello Stato e quelli della parte privata. Tale standard costituisce, dunque, una sorta di *minimum floor* sul quale fondare la tutela offerta da disposizioni pattizie più garantiste per la posizione dell’investitore. Esso ha una dimensione essenzialmente procedurale, imponendo allo Stato il rispetto di uno standard di correttezza formale nei suoi rapporti con l’investitore estero. Viceversa, non sembra possibile ravvisare l’esistenza di obblighi consuetudinari che riguardino anche aspetti sostanziali, quali la tutela del risultato economico dell’investimento, come avviene, invece, nel caso delle norme sull’espropriazione. Tali ultime disposizioni, infatti, mirano proprio a tutelare i diritti sostanziali inerenti all’investimento o, se si preferisce, gli *asset* dell’investitore. Il trattamento minimo internazionale, invece, riguarda la correttezza del comportamento dello Stato nei confronti del soggetto privato. Un’eccezione in questo senso può ravvisarsi in riferimento all’obbligo per lo Stato di garantire la sicurezza fisica dell’investimento, un elemento che, sebbene di natura sostanziale, è considerato parte del trattamento minimo internazionale.

All’interno del *minimum standard* sono compresi una serie di principi diversi, quali l’equità procedurale e la buona fede sia nel corso dei negoziati sia nelle fasi

⁶¹ BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, Oxford, 6th ed., 2003, 530-531. SORNARAJAH M., *The International Law*, cit., 155 critica questa “noble synthesis”, sottolineando che “[n]o one seriously argues that human rights to property can be extended to multinational corporations”

⁶² FRIGO M., *Le limitazioni*, cit., 13

⁶³ NASCIMBENE B., *Trattamento*, cit., 20

⁶⁴ Su questa distinzione, si vedano NASCIMBENE B., *L’individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, 380; CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., 230-231

successive, i quali rappresentano gli elementi fondamentali del moderno concetto di *good governance*, o, se si preferisce, di corretta gestione della cosa pubblica⁶⁵. Il significato concreto di ciascun elemento non è fisso, ma deve essere ricostruito alla luce dell'evoluzione della prassi statale in questo ambito, sia sul piano internazionale sia su quello interno.

Il dibattito sul contenuto dello standard minimo appare oggi strettamente collegato con quello del trattamento giusto ed equo, concetto che lo ha sostituito nei trattati internazionali e delle legislazioni nazionali in materia di investimenti⁶⁶. Lo standard minimo continua ad essere utilizzato come punto di riferimento per la definizione del trattamento giusto ed equo, anche se la scelta non appare sempre condivisibile alla luce dell'elevato grado di incertezza che caratterizza l'ambito in esame. Inoltre, la situazione risulta ulteriormente complicata dalla mancanza di chiarezza circa i rapporti intercorrenti tra i due standard, un aspetto che è stato risolto in modo diverso a livello normativo e sul quale dottrina e giurisprudenza appaiono ancora profondamente divise⁶⁷.

3.2 Le fonti convenzionali: a) i trattati bilaterali

I trattati bilaterali di promozione e protezione (BIT)⁶⁸ costituiscono attualmente il principale strumento di diritto internazionale per la tutela degli investimenti esteri⁶⁹. L'antecedente storico a questo tipo di accordi è rappresentato dai *Friendship, Commerce and Navigation treaties* conclusi dagli Stati Uniti già a partire dalla fine del 1700⁷⁰. L'intensificarsi delle relazioni economiche tra gli

⁶⁵ WEILER T., WÄLDE T., *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the light of the New NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation*, in *Trans. Disp. Manag.*, 1(1), February 2004, 16-17

⁶⁶ VALENTI M., *Il trattamento "conforme al diritto internazionale" degli investimenti stranieri nelle convenzioni internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 4, 2004, 977; PARRA A., *Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes*, in *ICSID Rev.-FILJ*, 7(2), 1992, 435-437; MARCHISIO S., *op. cit.*, 578. SACERDOTI G., *Bilateral Treaties*, *cit.*, 341 sottolinea che tale scelta può essere letta come "[...] a way of avoiding the divergence surrounding the [international standard]"

⁶⁷ Il punto sarà oggetto di analisi nel corso del Capitolo III

⁶⁸ La bibliografia sui BIT è imponente. Si vedano, per tutti, MAURO R., *Gli accordi bilaterali*, *cit.*; G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties*, *cit.*, 251-460; DOLZER R., STEVENS M., *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995; MIGLIORINO L., *op. cit.*

⁶⁹ KAHN P., *Les investissements internationaux, nouvelles donnees: un droit transnational de l'investissement*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *op. cit.*, 10

⁷⁰ Il primo FCN venne concluso dagli Stati Uniti con la Francia nel 1778 (*Treaty of Amity and Commerce between the United States and France*, 6 February 1778 disponibile su <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diplomacy/france/fr1788-1.htm>). Sui FCN in generale, si veda

Stati e i mutamenti intervenuti nella struttura della Comunità internazionale hanno, però, fatto emergere la necessità di elaborare strumenti giuridici in grado di assicurare una più adeguata tutela degli interessi privati⁷¹.

In seguito al fallimento dei tentativi di regolamentazione multilaterale, si è, così, assistito alla progressiva affermazione dell'attuale modello bilaterale. A partire dal 1959, anno in cui è stato firmato il primo BIT tra la Germania e il Pakistan, il numero di questo tipo di accordi è costantemente cresciuto, con un'ulteriore accelerazione nel corso dell'ultimo decennio⁷². In origine, i BIT erano conclusi unicamente tra Paesi di diverso sviluppo economico, mirando a tutelare i capitali che cittadini degli Stati industrializzati decidevano di investire in un Paese in via di sviluppo. L'evoluzione del sistema economico internazionale ha comportato il superamento di tale schema, tanto che oggi sono sempre più numerosi i trattati bilaterali conclusi dai Paesi in via di sviluppo tra loro o con altri Stati emergenti, così come quelli tra Paesi sviluppati⁷³.

La diffusione del modello bilaterale ha consentito di superare lo stato di incertezza giuridica sul contenuto delle norme consuetudinarie. In questo modo, infatti, è stato possibile porre norme vincolanti che disciplinassero il comportamento degli Stati ospite, senza che questo fosse percepito come una violazione della loro sovranità. Tale considerazione non basta da sola a spiegare la fortuna dei BIT, visto che il ricorso a tali strumenti non si è arrestato una volta venuto meno il clima di contrapposizione che aveva caratterizzato gli anni '60-'70, ma, al contrario, si è ulteriormente rafforzato. A tale proposito, si ritiene gli Stati accettino le limitazioni imposte dai trattati bilaterali alla loro autonomia decisionale per migliorare la loro reputazione sul piano internazionale, un fattore

WILSON R.R., *Postwar Commercial Treaties of the United States*, in Am. Journ. Intl. L., 43,1949, 262-287

⁷¹ Sul punto MAURO R., *Gli accordi, cit.*, 14; NWOGUGU E.I., *The Legal Problem of Foreign Investment in Developing Countries*, Manchester, 1965, 116-122. I FNC non prevedevano, ad esempio, il meccanismo dell'arbitrato diretto investitore-Stato

⁷² Il loro numero attuale supera i 2500. Una raccolta completa e divisa per Paese di tali accordi è disponibile accedendo alla banca dati UNCTAD su http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_____779.aspx

⁷³ Questo tipo di evoluzione ha contribuito al superamento delle critiche sul carattere solo formale della reciprocità in questo tipo di strumenti. Sul punto VON MOLTKE K., MANN H., *Toward a Southern Agenda on International Investment: Discussion Paper on the Role of Investment Agreements*, Winnipeg, 2004, 22. SORNARAJAH M., *The International Law, cit.*, 207 sostiene che la crescita dei BIT conclusi tra PVS non abbia comportato il superamento del carattere

in grado di condizionare le scelte degli investitori stranieri e, dunque, di incidere sulla capacità dello Stato di attrarre capitali dall'estero⁷⁴. In realtà, anche questa motivazione è stata contestata da quanti hanno dimostrato, attraverso ricerche empiriche, che la conclusione di accordi internazionali non influenza, o lo fa solo in modo marginale, il flusso degli investimenti verso un certo Paese⁷⁵.

Attraverso la conclusione del BIT, lo Stato si impegna ad offrire determinate garanzie in termini di ammissione, trattamento e protezione nei confronti degli investimenti provenienti dall'altra Parte contraente. Tutti questi accordi hanno una struttura simile⁷⁶, con norme che riguardano la definizione dell'ambito applicativo, le condizioni per l'ammissione, gli standard di trattamento, il trasferimento di capitali e utili, la disciplina dell'espropriazione e di altre misure ablativo equivalenti, la surroga dello Stato di origine e la risoluzione delle controversie. Per quanto riguarda gli standard di trattamento, i BIT prevedono solitamente per lo Stato ospite gli obblighi del trattamento della nazione più favorita, del trattamento nazionale, del trattamento giusto ed equo, della *full protection and security*, del divieto di discriminazione e del rispetto degli obblighi assunti nei confronti degli investitori. Dal punto di vista procedurale, quasi tutti i BIT più recenti prevedono, oltre ai mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie e all'arbitrato interstatale, la possibilità per l'investitore straniero di ricorrere al sistema dell'arbitrato diretto per la tutela dei suoi diritti.

diseguale di tali trattati, tanto che "if any doctrine of unequal treaties does exist outside the field of coercion, it could be applied to the situation of bilateral investment treaties"

⁷⁴ ELKINS Z., GUZMAN A., SIMMONS B.A., *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties 1960-2000*, in *Intl Org.*, 60(4), 2006, 811-846; WÄLDE T., *Nouveaux horizons pour le droit des investissements*, Paris, 2004, 37-39; ID., *Law, Contract and Reputation in International Business: What Works?*, in *Business L. Intl.*, 2, 2002, 190-210; VANDEVELDE K., *Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Investment Treaties*, in *Columbia Journ. Transn. L.*, 36, 1998, 523-524

⁷⁵ L'impatto dei BIT sul flusso degli investimenti verso un Paese è al centro di un acceso dibattito, soprattutto nella dottrina economica. Sul punto si vedano, tra i molti, GALLAGHER K.P., BIRCH M.B., *Do Investment Agreements Attract Investment? Evidence from Latin America*, in *Journ World Investm & Trade*, 7(6), 2006, 961-974; TOBIN J., ROSE-ACKERMAN S., *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*, Yale Law School Research Paper no. 293, May 2005; EGGER P., PFAFFERMAYR M., *The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment*, in *Journ. Comp. Economics*, 32(4), 2004, 788-804; HALLWARD-DRIEMEIER M., *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a BIT.. and They Could Bite*, World Bank Policy Research Working Paper no. 3121, June 2003

⁷⁶ SORNARAJAH M., *The International Law*, cit., 217

La marcata convergenza⁷⁷ che si registra tra i BIT è dovuta all'utilizzo di modelli di accordo sviluppati da un numero ristretto di Paesi o organizzazioni internazionali⁷⁸, i quali si influenzano reciprocamente. La tendenza è più evidente per quanto riguarda le norme in materia di tutela degli investimenti, mentre sensibili differenze sono ancora ravvisabili tra i diversi modelli⁷⁹ per quanto riguarda la disciplina dell'ammissione, una materia nella quale l'assenza di obblighi di carattere consuetudinario lascia ampio spazio di intervento alle legislazioni nazionali⁸⁰.

L'utilizzo di un numero limitato di modelli non comporta, però, una perfetta coincidenza delle soluzioni adottate nei diversi trattati. Nella prassi, infatti, sono ravvisabili differenze contenutistiche rilevanti anche tra BIT conclusi dallo stesso Stato in dato periodo storico, stante la necessità di adattare le disposizioni normative alle esigenze del caso.

3.3 b) i trattati multilaterali regionali e settoriali

Il sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri si caratterizza per l'assenza di un trattato multilaterale avente portata universale che disciplini in

⁷⁷ PARRA A., *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, in ICSID Rev.-FILJ, 12(2), 1997, 357 osserva che "Although there are many important differences among these instruments, they are remarkably homogeneous in their approach to key issues in the legal treatment of such investment"

⁷⁸ La prassi dei diversi Stati è oggetto di numerosi studi specifici. Sul nuovo modello americano: GAGNÉ G., MORIN J-F., *The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2005 Model BIT*, in Journ. Intl. Econ. L, vol. 9(2), 2006, pp. 357-382; KANTOR M., *The New Draft Model US BIT: Noteworthy Developments*, in Journ Int. Arb., 21(4), 2004, 383-395; sul modello francese: JUILLARD P. *Le réseau*, cit., 9-61; sul modello cinese: CONGYAN C., *Outward Foreign Investment and Effectiveness of Chinese BIT Practice*, in Journ. World Investm & Trade, 7(5), 2006, 621-652; sul modello tedesco: KARL J., *The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad*, in ICSID Rev.-FILJ, 11(1), 1996, 1-36; sulla prassi svizzera: HUU-TRU N., *Le réseau Suisse d'accords bilatéraux d'encouragement at de protection des investissements*, in Rev. gén. de dr. int. publ., 92, 1988, 577-671; sulla prassi britannica: DENZA E., BROOKS S., *Investment Protection Treaties: The United Kingdom Experience*, in Intl. & Comp. Law Quarter., 36, 1987, 908-923; sulla prassi belga: SCHOKKAERT J., *La Pratique Conventionnelle Européenne en Matière de Protection des Investissements Privés Effectués à l'Etranger*, in Rev. droit int. & droit comp., 80, 2003, 327-388

⁷⁹ Sotto questo profilo vi sono differenze molto marcate tra il modello statunitense, che impone la concessione del trattamento nazionale anche in materia di ammissione, e quelli europei, più rispettosi delle prerogative sovrane dello Stato ospite.

⁸⁰ MAURO R., *Gli accordi*, cit., 105-143; CARREAU D. JUILLARD P., *op. cit.*, 428-452; SACERDOTI G., *The Admission and Treatment of Foreign Investment under Recent Bilateral and Regional Treatment*, in Journ. World Investm., 1(1), 2000, 105-126; ID., *Bilateral Treaties*, cit., 321-338; SHIHATA I., *Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment*, in ICSID Rev.-FILJ, 9(1), 1994, 47-70

modo organico la materia. I tentativi di giungere al risultato sono stati numerosi, fino al fallimento, nel 1998, dei negoziati per l'AMI in seno all'OECD.

In realtà, una parziale disciplina multilaterale è rinvenibile all'interno dell'OMC⁸¹. Si tratta, in particolare, dell'Accordo sulle misure sugli investimenti relative al commercio (TRIMs) allegato al GATT⁸², il quale estende l'obbligo del trattamento nazionale e dell'eliminazione delle restrizioni quantitative anche a questo tipo di misure. L'Accordo non contiene alcuna definizione di tali misure, ma l'Allegato I fornisce una lista non esaustiva di esempi che si ritengono contrari ai principi del GATT e, dunque, vietati ai sensi dell'Accordo. L'obiettivo è quello della progressiva eliminazione⁸³ dei meccanismi di natura legislativa o amministrativa che, limitando l'accesso degli investimenti esteri, costituiscono una restrizione per il commercio internazionale di beni. In sostanza, il TRIMs si limita a considerare solo alcune implicazioni commerciali degli investimenti e non si occupa della tutela degli investimenti esteri. Norme rilevanti in materia di investimenti sono, inoltre, rinvenibili nell'Accordo su aspetti commerciali della proprietà intellettuale (TRIPs) e, soprattutto, nell'Accordo generale sullo scambio dei servizi (GATS). In particolare, la modalità 3, vale a dire la fornitura di un servizio attraverso lo stabilimento del prestatore straniero, presuppone la costituzione di strutture commerciali durature nel territorio di un altro Stato e, dunque, può considerarsi una forma di investimento. Tuttavia, il GATS ha scarsa rilevanza per quanto riguarda il tema in esame, visto che tali norme riguardano solo la fase

⁸¹ I Paesi più sviluppati ritenevano l'OMC il foro più adatto per l'elaborazione di un accordo multilaterale sugli investimenti: la Dichiarazione della Conferenza Ministeriale di Singapore del 1996 li includeva tra le quattro "Singapore issues", dando mandato ad un gruppo di lavoro di esaminare la fattibilità di un accordo in questo ambito. Il mandato negoziale del Doha Round prevedeva l'inizio dei negoziati dopo la Conferenza Ministeriale di Cancun del 2003, dove, però, l'opposizione dei PVS portò al definitivo abbandono del progetto. In argomento KÜRTZ J., *The Doha Declaration and Prospects for Investment Negotiations in the WTO*, in *Trans. Disp. Manag.*, 1(2), 2004, 1-15

⁸² Per una presentazione generale dell'Accordo, si vedano PICONE P., LIGUSTRO A., *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, 221-228; CIVELLO P., *The TRIMs Agreement: A Failed Attempt at Investment Liberalization* in *Minnesota Journ. Global Trade*, 8, 1999, 97-126

⁸³ Per le TRIMs già in vigore era previsto un obbligo di notifica entro 90 giorni dall'entrata in vigore dell'Accordo istitutivo dell'OMC. Successivamente, gli Stati dovevano rimuoverle entro un periodo che variava a seconda del grado di sviluppo del Paese. Durante questo periodo, vigeva un obbligo di consolidamento, vale a dire un divieto di accentuare la loro incompatibilità con i principi del GATT. L'articolo 2 sancisce, invece il divieto di introdurre nuove misure di questo tipo, mentre l'articolo prevede la possibilità di deroga, qualora ricorrano i presupposti per invocare una delle eccezioni previste dal GATT.

dell'ammissione e, inoltre, la struttura particolarmente flessibile che caratterizza l'Accordo lascia agli Stati membri ampie possibilità di deroga⁸⁴.

In risposta all'impossibilità di elaborare uno strumento di regolazione organica avente portata universale⁸⁵, nel corso degli anni '90 si è assistito alla proliferazione di accordi multilaterali su base regionale⁸⁶ o settoriale.

i) Il NAFTA e gli altri accordi regionali

Per quanto riguarda dimensione regionale, l'esempio più rilevante è quello del *North America Free Trade Agreement* (NAFTA)⁸⁷ concluso nel 1992, ed entrato in vigore nel 1994, tra Canada, Messico e Stati Uniti. L'Accordo persegue la liberalizzazione del commercio, alla promozione e alla tutela degli investimenti tra i tre Paesi contraenti. Per quanto riguarda quest'ultimo ambito, il Capitolo 11⁸⁸ prevede una serie di garanzie sostanziali e procedurali a favore degli investitori stranieri provenienti da una delle altre Parti contraenti, al fine di “ensure a predictable commercial framework for business planning and investment”⁸⁹. Più nel dettaglio, gli articoli 1102 e 1103 obbligano ciascun Membro a riconoscere agli investitori stranieri un trattamento non meno favorevole rispetto a quello concesso agli operatori nazionali o a agli investitori di un altro Paese. L'articolo 1105 prevede, inoltre, che questo trattamento dovrà essere “in accordance with international law”, nel quale si intendono compresi il trattamento giusto ed equo e la *full protection and security*. Da ultimo, è vietata l'espropriazione dell'investimento estero, od ogni misura ad essa equivalente, che non sia per un

⁸⁴ In argomento si vedano, per tutti, SAUVÉ P., *A First Look at Investment in the Final Act of the Uruguay Round*, in SAUVÉ P., *Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda*, London, 2003, 297-310; ID, *Qs and As on Investment, Services and WTO*, *ivi*, 311-333; SAUVÉ P., CHRISTIE W., *Investment Liberalization in GATS*, *ivi*, 335-365

⁸⁵ Recentemente, SAUVÉ P., *Multilateral Rules on Investment: Is Forward Movement Possible?*, in *Journ. Intl. Econ. L.*, 9(2), 2006, 342 e 348 ha osservato che “[t]he WTO is quite clearly not the optimal forum in which to tackle matters of investment protection” e che il tentativo di costruire una disciplina multilaterale in materia è probabilmente “unnecessary”, alla luce dei vantaggi offerti dai trattati bilaterali agli investitori soprattutto in termini di risoluzione delle controversie.

⁸⁶ Per una presentazione completa e aggiornata delle regole in materia di investimenti esteri presenti negli accordi regionali si veda UNCTAD, *Investment Provisions in Economic Integration Agreements*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/10, Geneva, 2005, chapter 2

⁸⁷ *North American Free Trade Agreement between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, 12 December 1992, in *ILM*, 32, 1993, 605

⁸⁸ In generale, si vedano WEILER T. (ed.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Ardsley-NY, 2004; COE J.J. Jr., *Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in its Tenth Year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues and Methods*, in *Vanderbilt Journ. of Transn. L.*, 36, 2003, 1381-1460

⁸⁹ Art. 102(1)(c)

interesse pubblico, non discriminatoria, condotta secondo i principi del giusto processo e dietro il pagamento di un indennizzo a favore del soggetto espropriato. Quest'ultimo aspetto è regolato in modo dettagliato nei commi successivi, dove si prevede che lo standard di indennizzo da utilizzare è quello del *fair market value*, vale a dire il valore di mercato del bene immediatamente prima che l'atto ablativo fosse adottato. Il metodo per la determinazione di tale valore è rimesso alla discrezionalità dell'arbitro, posto che il comma 2 prevede la possibilità di utilizzare, oltre a quelli del *going concern* e dell'*asset value* ogni "other criteria, as appropriate, to determine fair market value".

La Sezione B del Capitolo 11 prevede la possibilità per l'investitore straniero di ricorrere di fronte ad un tribunale arbitrale qualora ritenga che uno Stato parte abbia violato una delle disposizioni sostanziali contenuta nella Sezione A. L'articolo 1120 prevede che la procedura dell'arbitrato sia scelta dall'investitore, il quale potrà chiedere che venga applicata la Convenzione ICSID, l'*Additional Facility* dell'ICSID o le Regole UNICTRAL. Il ricorso all'arbitrato potrà, però, avvenire solo in seguito al fallimento del tentativo di conciliazione che l'investitore deve obbligatoriamente esperire e, in ogni caso, non prima che siano passati sei mesi dal momento in cui la misura impugnata sia stata adottata⁹⁰. Dal punto di vista istituzionale, un ruolo importante è svolto dalla *Free Trade Commission*, organo composto dai ministri del commercio dei tre Stati membri dotato del potere di adottare interpretazioni vincolanti delle disposizioni normative contenute nell'Accordo.

Per quanto riguarda l'America latina, la versione originaria dell'Accordo istitutivo⁹¹ del Mercosur non prevedeva alcuna disposizione in materia di

⁹⁰ Per una presentazione dettagliata dell'intera procedura COE J.J. Jr., *op. cit.*, 1386-1388. Si vedano inoltre: GURUDEVAN N., *An Evaluation of Current Legitimacy-based Objections to NAFTA Chapter 11 Investment Dispute Resolution Process*, in San Diego Intl. L. Journ., 6, 2005, 399-433; AGUILAR G., PARK W.P., *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, in Yale Journ. Intl. L., 28, 2003, 365-407; BROWER C.N., *Investor-State Arbitration Under NAFTA: The Empire Strikes Back*, in Columbia Journ. Transn. L., 40(1), 2001, 43-88

⁹¹ *Tratado por la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay*, hecho en Asuncion, 26 de marzo 1991, en vigor de el 29 de Noviembre de 1991. Una versione in inglese del testo è disponibile in ILM, 30, 1991, 1041. I Membri del Mercosur sono Argentina, Brasile, Paraguay, Uruguay e, dal 2006, Venezuela, mentre Cile, Bolivia e Peru hanno lo status di membri associati.

investimenti. Nel 1994 il Consiglio del Mercato Comune⁹² ha tentato di colmare questa lacuna, adottando il Protocollo di Colonia⁹³ e il Protocollo di Buenos Aires⁹⁴, i quali, però, non sono ancora entrati in vigore⁹⁵. Il primo regola la promozione e la protezione degli investimenti provenienti da altri Stati membri dell'organizzazione, prevedendo la concessione del trattamento nazionale e della nazione più favorita nei loro confronti. Inoltre, sono stabiliti gli obblighi del trattamento giusto ed equo e il divieto di misure discriminatorie. Per quanto riguarda l'espropriazione⁹⁶, sono ribaditi i limiti derivanti dal diritto consuetudinario, compreso, in contrasto con quanto sostenuto in passato da alcuni di questi Paesi, l'obbligo di un indennizzo "prompt, adequate and effective". Da ultimo, è previsto il meccanismo dell'arbitrato diretto investitore-Stato quale mezzo per la risoluzione delle controversie. In materia di tutela⁹⁷, il Protocollo di Buenos Aires estende le medesime garanzie anche agli investimenti provenienti da Paesi terzi e può, dunque, considerarsi "a forceful foreign investment code for the entire Mercosur region"⁹⁸.

In Asia, nel 1987 è stato adottato da parte dell'*Association of South East Asian Nations* (ASEAN)⁹⁹ l'Accordo per la promozione e la protezione degli

⁹² L'art. 41 del *Protocollo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur (Protocolo de Ouro Preto)*, Firmado en Ouro Preto, 17 de diciembre de 1994 stabilisce che "Las fuentes jurídicas del Mercosur son: [...] III. Las decisiones del Consejo del Mercado Común. L'art. 42 prevede che "Las normas emanadas de los órganos del Mercosur [...] tendrán carácter obligatorio y, cuando sea necesario, deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país"

⁹³ *Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur*, firmado en Colonia de Sacramento, 17 de Enero de 1994

⁹⁴ *Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del Mercosur*, Firmado en Buenos Aires, 5 de Agosto de 1994

⁹⁵ Bisogna segnalare che, mentre per il Protocollo di Colonia non è avvenuto ancora il deposito di alcuno strumento di ratifica, per il Protocollo di Buenos Aires, Argentina, Paraguay ed Uruguay hanno già proceduto alla ratifica.

⁹⁶ Art. 5

⁹⁷ Per quanto riguarda l'ammissione, invece, il Protocollo segue il modello europeo, non riconoscendo il diritto di stabilimento agli investitori dei Paesi terzi

⁹⁸ RUBINS N., *Investment Arbitration in Brazil*, in Journ. World Investm., 4, 2003, 1088. In argomento, si veda anche MAURO M.R., *Riflessioni sul principio del trattamento nazionale e sulla soluzione delle controversie riguardanti gli investimenti stranieri nella prassi dei Paesi dell'America latina*, in DEL VECCHIO A. (a cura di), *Aspetti dell'integrazione regionale latinoamericana*, Milano, 2001, 83-115

⁹⁹ Creata con il *Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia*, 24 February 1976, UNTS 1025, 319. Attualmente i Paesi membri sono: Brunei Darussalam, Cambogia, Filippine, Indonesia, Laos, Malesia, Myanmar, Singapore, Thailandia e Vietnam

investimenti¹⁰⁰ provenienti da altri Paesi membri dell'Associazione. La sua disciplina sostanziale non si discosta in modo sensibile da quanto previsto dagli altri accordi regionali, con l'importante eccezione dell'obbligo di trattamento nazionale che non è previsto in questo contesto. L'Accordo del 1987 prevede il meccanismo dell'arbitrato diretto investitore-Stato¹⁰¹, lasciando la possibilità all'investitore privato di scegliere, accanto alle Regole UNCITRAL e alle procedure ICSID, la procedura del centro arbitrale di Kuala Lumpur¹⁰². Nel 1996, inoltre, è stato adottato un Accordo quadro in materia di investimenti, il quale mira a rimuovere tutte le barriere all'ingresso degli investitori provenienti dai Paesi dell'Area entro il 2010¹⁰³.

Nel continente africano non si hanno ancora strumenti che regolino la materia degli investimenti in modo organico. I tentativi sviluppati dalle numerose organizzazioni economiche presenti in questa regione sono molteplici, ma i risultati sono ancora poco soddisfacenti. Ai fini del presente lavoro, merita di essere citato il Protocollo sull'energia¹⁰⁴ firmato nel 2003 dai membri dell'*Economic Community of Western African States* (ECOWAS)¹⁰⁵. Il capitolo III del Protocollo prevede norme a tutela degli investimenti esteri in questo settore, riproducendo in modo puntuale le norme già contenute nel corrispondente capitolo del Trattato sulla Carta dell'energia.

¹⁰⁰ *Agreement among the Government of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments*, Manila, 15 December 1987. Modificato nel 1986 dal *Protocol to Amend the Agreement among the Governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments*, Jakarta, 12 September 1996

¹⁰¹ Sul punto BARUTI DAMES R., *Provisions for Resolutions of Investment Disputes within ASEAN. The First Arbitral Award and its Implications for ASEAN's Legal Framework*, in *Journ. Intl. Arb.*, 22(6), 2005, 511-542

¹⁰² *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, ASEAN Case No.ARB/01/1, Decision on Jurisdiction of 31 March 2003 è stato il primo caso sottoposto ad arbitrato internazionale ai sensi dell'Accordo del 1987. Sul caso GAILLARD E., *The First Association of Southeast Asian Nations Agreement Award*, in *Tansn. Disp. Manag.*, 1(2), May 2004

¹⁰³ *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area*, Makadi, 7 ottobre 1998, modificato dal *Protocol to Amend the Framework Agreement on the ASEAN Investment Area*, Ha Noi, 14 September 2001

¹⁰⁴ *ECOWAS Energy Protocol A/P4/1/03*, Dakar, 31 January 2003

¹⁰⁵ Creata con il *Treaty establishing the Economic Community of West African States*, signed in Lagos on 28 May 1975. Attualmente conta 15 Membri: Benin, Burkina Faso, Capo Verde, Costa d'Avorio, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Senegal, Sierra Leone, Togo

Da ultimo, occorre rilevare come disposizioni in materia di promozione e tutela degli investimenti esteri siano contenute anche negli accordi conclusi tra la Comunità europea e i Paesi dell’Africa, Caraibi e Pacifico. L’Accordo di Cotonou¹⁰⁶, che dal 2003 ha sostituito le precedenti Convenzioni di Lomé¹⁰⁷, ribadisce la necessità di concludere accordi per la promozione e la tutela degli investimenti esteri¹⁰⁸, rilanciando il proposito di elaborare un modello di accordo a tal fine¹⁰⁹.

ii) Il Trattato sulla Carta europea dell’energia: un esempio di accordo multilaterale settoriale

Il Trattato sulla Carta europea dell’energia¹¹⁰, firmato nel 1994 ed entrato in vigore nel 1998, costituisce il seguito della Carta europea dell’energia, uno strumento privo di efficacia vincolante adottato nel 1991 per iniziativa della Comunità europea. Il Trattato ha una struttura complessa, essendo composto da 8 parti e 14 Allegati che disciplinano la maggior parte delle attività economiche che riguardano un settore particolarmente delicato. Il suo ambito applicativo copre, prima di tutto, diversi aspetti del commercio di prodotti energetici, quali l’accesso al mercato, il transito, il trasferimento di tecnologia e l’accesso ai capitali¹¹¹. Vi sono, inoltre, disposizioni che attengono all’impatto economico delle normative nazionali per la tutela dell’ambiente, altre che riguardano i regimi fiscali e la trasparenza amministrativa. Attualmente, gli Stati che hanno proceduto alla

¹⁰⁶ *Accordo di partenariato tra i membri del gruppo degli Stati dell’Africa, dei Caraibi e del Pacifico, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri, dall’altro*, firmato a Cotonou il 23 giugno 2000, entrato in vigore il 1 aprile 2003, in GUCE L 317 del 15 dicembre 2000. Per una presentazione completa dell’Accordo si veda CANTONI S., *Cooperazione multilaterale e finanziamento allo sviluppo*, Napoli, 2005, 153-221

¹⁰⁷ Per un’analisi delle disposizioni in materia di risoluzione delle controversie nelle Convenzioni di Lomé, si veda AMISSAH A., *The ACP/EEC Conciliation and Arbitration Rules*, in *Arb. Int.*, 8(2), 1992, 167-184

¹⁰⁸ Art. 78. Il comma 3 della medesima disposizione prevede la possibilità di introdurre norme a tutela degli investimenti esteri all’interno degli Accordi di Partenariato economico (EPA) attualmente in corso di negoziazione tra la CE e numerosi Paesi ACP

¹⁰⁹ Allegato II, cap. 5, art. 15. Sul punto si veda CANTONI S., *op. cit.*, 192

¹¹⁰ *The Energy Charter Treaty*, Annex 1 to the Final Act of the European Energy Charter Conference, Lisbon 17 December 1994

¹¹¹ Su questi aspetti, si vedano FRASL. I., *The Trade Rules of GATT and Related Instruments and the Energy Charter Treaty*, in WÄLDE T., *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, The Hague, 1996, 459-496; ROGGENKAMP M.M., *Transit of Network-bound Energy: The European Experience*, ibi, 499-518

ratifica sono 46¹¹², compresi la Comunità europea, la maggior parte dei Paesi dell'ex-Unione Sovietica e il Giappone, mentre gli Stati Uniti, dopo aver partecipato ai negoziati, hanno deciso di non procedere alla firma di tale strumento¹¹³. Alla luce di tutto ciò non sembra esagerato affermare che il Trattato “constitutes the so far most ambitious project to set up an international investment (plus trade) regime.”¹¹⁴

Per quanto attiene alla disciplina degli investimenti esteri, le norme più rilevanti sono quelle che riguardano la loro tutela, contenute nella Parte III, le uniche dotate di efficacia vincolante e immediatamente azionabili da parte degli investitori privati di fronte ad un tribunale arbitrale internazionale. Viceversa, le disposizioni che riguardano l'ammissione hanno mero carattere programmatico o, se si preferisce, di *soft law*.¹¹⁵ Gli articoli dal 10 al 17 prevedono una serie di obblighi che riguardano la fase successiva allo stabilimento, facendo riferimento alle norme previste nei BIT o in altri trattati multilaterali. L'articolo 10(1) prevede che gli investimenti provenienti da un altro Stato membro hanno diritto a ricevere un trattamento giusto ed equo, godere di *constant protection and security* e non essere soggetti ad alcuna misura discriminatoria o irragionevole che possa in qualche modo danneggiarli. E' interessante notare che la disposizione in esame sancisce che questo tipo di trattamento non potrà, in ogni caso, essere inferiore allo standard internazionale, nel quale si ritengono inclusi anche gli obblighi di natura convenzionale. Il comma 3, invece, prevede l'obbligo del trattamento nazionale e della nazione più favorita.

Per quanto riguarda la disciplina dell'espropriazione, l'articolo 13 riprende le condizioni poste dal diritto internazionale consuetudinario, con l'aggiunta, come già per l'articolo 1110 del NAFTA, del rispetto dei principi del giusto processo. E' previsto che l'indennizzo dovrà essere equivalente all'equo valore di mercato

¹¹² Australia, Islanda e Norvegia non hanno ancora provveduto alla ratifica, nonostante abbiano già firmato il Trattato. Bielorussia e Russia, sebbene non abbiano ancora ratificato il Trattato, lo applicano in via provvisoria.

¹¹³ Sul punto si vedano le considerazioni di FOX W., *The United States and the Energy Charter Treaty: Misgivings and Misperceptions*, in WÄLDE T. (ed.), *The Energy Charter Treaty*, cit., 194-201

¹¹⁴ WÄLDE T., *Investment Arbitration Under Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Implementation*, in *Arbitr. Intl.*, 12, 1996, 429-430

¹¹⁵ Per una discussione approfondita sul loro valore si veda WÄLDE T., *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*, in WÄLDE T. (ed.), *The Energy Charter Treaty*, cit., 277-284

dell'investimento, calcolato nel momento immediatamente precedente a quello in cui si è venuti a conoscenza della misura ablativa, ma il Trattato non si esprime circa il metodo da utilizzarsi per la determinazione di detto valore.

Vi è chi ritiene che gli standard di tutela previsti nel Capitolo III siano comunque inferiori a quelli dei BIT, una caratteristica che deriverebbe proprio dal carattere multilaterale dell'accordo, dove, a differenza che nei BIT, "the scope for unbargained for commitment to investor guarantees is considerable and where states must be on their guard against undermining their domestic freedom of action in some unforeseeable way."¹¹⁶ La posizione sembrerebbe confermata dalla posizione assunta dagli Stati Uniti, i quali hanno motivato la propria decisione di non firmare un trattato che non assicura agli investitori privati "the international investment standards that the US has obtained in its bilateral investment instruments [...]"¹¹⁷.

Da ultimo, l'articolo 26 prevede che, in caso di controversia tra l'investitore e uno Stato membro, sarà possibile per quest'ultimo ricorrere direttamente all'arbitrato internazionale, scegliendo tra le procedure ICSID, UNCITRAL o della Camera di Commercio di Stoccolma¹¹⁸. Anche in questo caso, vi è l'obbligo di esperire un tentativo di conciliazione e, in ogni caso, il ricorso non potrà essere presentato prima che siano trascorsi 3 mesi dalla richiesta di soluzione amichevole.

4. Obiettivo del sistema internazionale di tutela e sovranità interna in materia di servizi pubblici infrastrutturali

Gli strumenti normativi che compongono il complesso quadro delle fonti del diritto internazionale degli investimenti mirano alla realizzazione di un obiettivo comune, vale a dire la stabilizzazione del quadro normativo interno e la creazione

¹¹⁶ MUCHLINSKI P., *The Energy Charter Treaty: Towards a New International Order for Trade and Investment or a Case of History Repeating Itself?*, in WÄLDE T. (ed.), *The Energy Charter Treaty*, cit., 223

¹¹⁷ *US Government Statement*, European Energy Charter Conference, Lisbon, 15-16 December 1994

¹¹⁸ A ottobre 2007 sono 14 i casi pendenti, dei quali 10 presso l'ICSID; la lista completa è disponibile su <http://www.encharter.org/index.php?id=213>. Decisioni sul merito sono già state emesse nel caso *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, SCC Case No. 118/2003, Award of 16 December 2003 (si veda WÄLDE T. HOBER K., *The First Energy Charter Award*, in *Journ. Intl. Arb.*, 22(2), 2005, 84-104) e *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Award of 29 March 2005

di condizioni in grado di stimolare il flusso degli investimenti esteri verso lo Stato. Tale comunanza di intenti risulta in modo chiaro dall'analisi dei preamboli dei BIT¹¹⁹ e, sebbene con modalità diverse, degli accordi multilaterali.

Nella maggior parte dei trattati bilaterali vi è, infatti, la tendenza a fare esclusivo riferimento a questi obiettivi di carattere economico, senza prendere in considerazione gli aspetti di natura sociale legati all'investimento¹²⁰. Un esempio chiaro in questo senso è il Preambolo del BIT Argentina-Stati Uniti del 1991¹²¹, il quale, da un lato, statuisce che “the agreement upon the treatment to be accorded such investment will stimulate the flow of private capital and economic development of the Parties” e che “fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment [...]”, mentre, dall'altro, l'unico aspetto di natura non economica preso in considerazione è quello delle condizioni dei lavoratori, attraverso il riconoscimento che “the development of economic and business ties *can* contribute to the well-being of workers [...]”¹²². Il medesimo approccio si ritrova anche in BIT più recenti¹²³, quali quello concluso tra la Germania e la Repubblica Popolare Cinese nel 2003¹²⁴ o in quello tra Iran e Sud Africa del 2000¹²⁵.

Viceversa, negli accordi multilaterali si registra una maggiore attenzione verso valori potenzialmente contrastanti con la tutela degli interessi privati, quali la tutela dell'ambiente o la promozione dello sviluppo sostenibile del Paese ospite. Così, nel Preambolo del Trattato sulla Carta europea dell'energia si ha il riconoscimento dell'“[...] increasingly urgent need for measures to protect the environment [...]”. Nell'AMI, invece, era previsto il riferimento allo sviluppo

¹¹⁹ Per un'analisi dei preamboli dei BIT, si vedano DOLZER R., STEVENS M., *op. cit.*, 11-25

¹²⁰ GARCÍA-BOLÍVAR O.E., *The Teleology of International Investment law. The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements*, *Journ. World Inv. & Trade*, 6(5), 2005, 759

¹²¹ BIT Argentina-USA (1991)

¹²² Corsivo aggiunto

¹²³ BIT Germania-Venezuela (1998)

¹²⁴ BIT Cina-Germania (2003). Per un'analisi della prassi tedesca in materia: MALIK M., *Time for a Change. Germany's Bilateral Investment Treaty Programme and Development Policy*, Friedrich Ebert Stiftung Occasional Paper no. 27, November 2006

¹²⁵ BIT Iran-Sud Africa (1997). Per un'analisi della prassi sudafricana: PETERSON L.E., *South Africa's Bilateral Investment Treaties. Implications for Development and Human Rights*, Friedrich Ebert Stiftung Occasional Paper no. 26, November 2006

sostenibile, alla tutela dell'ambiente e dei diritti dei lavoratori¹²⁶. Tra gli obiettivi del NAFTA, infine, sono inclusi, accanto a “ensur[ing] a predictable commercial framework for business planning and investment”, la creazione di nuovi posti di lavoro, il miglioramento delle condizioni di lavoro, l'adozione di misure che siano compatibili con i principi della tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile. Ai fini del presente lavoro, è interessante notare come l'Accordo nord-americano faccia espresso riferimento alla necessità di “preserv[ing] [governments'] flexibility to safeguard the public welfare”¹²⁷. Questo tipo di previsione non si ritrova negli altri accordi sugli investimenti, mentre è comune nei trattati in materia di commercio internazionale. Il GATS, ad esempio, riconosce nel Preambolo “[...] the right of Members to regulate, and to introduce new regulations, on the supply of services within their territories in order to meet national policy objectives”.

L'attenzione nei confronti dell'obiettivo degli accordi non ha un mero interesse teorico, ma si giustifica alla luce dell'impatto che tale fattore ha nel rapporto tra la tutela dei diritti dell'investitore e l'autonomia decisionale statale. Le disposizioni contenute nei preamboli giocano, infatti, un ruolo importante nell'interpretazione delle norme dotate di efficacia vincolante¹²⁸, essendo i BIT e gli altri accordi multilaterali strumenti internazionali da interpretarsi secondo quanto previsto dalle norme stabilite dalla Convenzione di Vienna del 1969¹²⁹. In particolare, l'articolo 31 sancisce che ogni trattato vada interpretato “seguendo il senso ordinario da attribuire ai [suoi] termini [...] nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo”. Il metodo teleologico è stato ampiamente seguito da parte dei tribunali arbitrali internazionali, i quali hanno spesso utilizzato l'esclusiva attenzione nei confronti di obiettivi economici dei preamboli dei BIT per giustificare l'adozione di soluzioni tendenzialmente favorevoli all'investitore privato.

¹²⁶ OECD Negotiating Group on the MAI, *The Multilateral Agreement on Investment. Draft Consolidated Text*, 22 April 1998, DAF/MAI(98)7/REV1, 7-9. Si deve notare come queste previsioni fossero ancora racchiuse in parentesi quadre, segno della mancanza di accordo tra le diverse delegazioni sul contenuto e sulla forma di tali previsioni.

¹²⁷ GARCÍA-BOLÍVAR O.E., *op. cit.*, 760 sostiene che questi obiettivi sarebbero limitati alla parte riguardante il commercio, ma tale lettura non sembra condivisibile, visto che tale limitazione non è rinvenibile nel testo del Preambolo

¹²⁸ In argomento GARCÍA-BOLÍVAR O.E., *op. cit.*, 2005, 751-771

¹²⁹ *Convenzione sul diritto dei trattati*, adottata a Vienna il 23 maggio 1969, UNTS 788, 354

4.1 Obiettivo del sistema e prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali

In materia di investimenti infrastrutturali, questa linea di tendenza ha riguardato questioni di carattere sia procedurale, sia sostanziale. Per quanto riguarda la prima dimensione, nel caso *National Grid*¹³⁰, il ricorrente, una multinazionale britannica attiva nel settore dell'energia, sosteneva che la clausola della nazione più favorita consentisse l'applicazione anche nei suoi confronti delle disposizioni in materia di arbitrato diretto contenute nel BIT Argentina-Stati Uniti, più favorevoli rispetto a quelle del BIT Argentina-Gran Bretagna¹³¹. L'articolo 8(2) di quest'ultimo trattato prevede, infatti, che l'investitore possa ricorrere di fronte ad un tribunale arbitrale internazionale solo dopo aver esperito i ricorsi interni, mentre tale requisito non figura tra quelli dell'articolo 7 del BIT concluso dall'Argentina con gli Stati Uniti. Lo Stato riteneva, al contrario, che l'interpretazione estensiva della clausola dovesse ritenersi incompatibile con l'intenzione delle Parti, come risultava chiaramente dalla scelta di non includere in modo esplicito la clausola arbitrale tra le disposizioni sottoposte al principio della nazione più favorita¹³². Il Tribunale ha, prima di tutto, chiarito che l'interpretazione delle disposizioni contenute in un accordo internazionale non deve fondarsi sulla ricostruzione della volontà delle parti, ma deve tenere conto solo del dato letterale, alla luce delle finalità perseguite dal trattato¹³³. Successivamente, l'organo arbitrale ha osservato che una lettura restrittiva della clausola della nazione più favorita avrebbe costretto l'investitore britannico ad attendere la decisione degli organi giudiziari del Paese ospite, risultando, perciò, incompatibile con l'obiettivo di assicurare agli investitori stranieri un sistema di risoluzione delle controversie rapido ed efficace¹³⁴. Il Tribunale, muovendo da tali considerazioni, ha respinto le obiezioni sollevate dall'Argentina, dichiarandosi competente a conoscere della controversia¹³⁵.

¹³⁰ *National Grid Plc., v. The Argentine Republic*, UNCITRAL Case, Decision on Jurisdiction of 20 June 2006

¹³¹ BIT Argentina-Gran Bretagna ed Irlanda (1990)

¹³² Caso *National Grid*, *cit.*, paras. 60-62

¹³³ *Ibi*, Paras. 79-80

¹³⁴ *Ibi*, Paras. 88-89

¹³⁵ *Ibi*, Para. 93

Un'impostazione analoga è stata seguita anche nel caso *Kardassopoulos* per determinare se il contratto di concessione concluso dalla Georgia con l'investitore greco per la ricostruzione del suo sistema di distribuzione dell'energia potesse considerarsi un investimento protetto dal BIT Georgia-Grecia, nonostante tale contratto fosse contrario alla legislazione del Paese ospite¹³⁶. Lo Stato convenuto sosteneva che il quesito dovesse essere risolto in senso negativo, stante il disposto dell'articolo 12 del BIT, il quale prevede che l'accordo si applichi agli investimenti "[...] by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, consistent with the latter's legislation.". Il Tribunale ha dapprima ammesso che "[t]he ordinary meaning of the words of Article 12 of the BIT [...] on their face, connotes that if an investment is made in violation of Georgian law, such an investment is not entitled to protection under the BIT"¹³⁷, salvo concludere che "notwithstanding the fact that [...] the Concession may be void ab initio under Georgian law, Claimant's investment nonetheless remains entitled to protection under the BIT"¹³⁸. Tra gli argomenti utilizzati per giungere alla conclusione, l'organo arbitrale ha fatto anche riferimento all'obiettivo del trattato, vale a dire la promozione dei flussi di investimento attraverso un'efficace tutela delle attività e dei beni degli investitori stranieri. Secondo il Tribunale "[i]t is obvious [...] that the object and purpose of this BIT do not support a literal interpretation."¹³⁹, ed è, dunque necessario, andare al di là di quanto previsto dalla lettera della norma. Il ragionamento non convince, non essendo compatibile con l'articolo 31 della Convenzione di Vienna, dove è previsto che l'oggetto del trattato sia utilizzato per integrare il significato letterale dei termini e non per interpretazioni *contra literam*.

Per quanto riguarda le norme di natura sostanziale, l'applicazione del metodo teleologico è stato utilizzato per rimediare alla scarsa precisione che caratterizza molti degli standard di tutela. In tale contesto, l'adozione di questo tipo di approccio incide in modo sensibile sul rapporto tra la tutela dei diritti individuali e la capacità degli Stati di perseguire obiettivi di interesse generale. Questo perché,

¹³⁶ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case no. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction of 6 July 2007

¹³⁷ *Ibid.*, para 177

¹³⁸ *Ibid.*, para. 184

¹³⁹ *Ibid.*, para. 179

ancora una volta, l'esclusivo riferimento ad obiettivi di carattere economico da parte dei preamboli dei BIT, comporta l'adozione di soluzioni che tendono a favorire le ragioni dell'investitore, piuttosto che la ricerca di un compromesso più bilanciato.

L'argomento è stato affrontato in modo approfondito soprattutto con riguardo alla definizione del concetto di trattamento giusto ed equo¹⁴⁰. Nel caso *LG&E*, il Tribunale arbitrale ha osservato che il Preambolo del BIT Argentina-Stati Uniti considera lo standard un elemento "desiderable in order to maintain a stable framework" al fine di favorire il flusso di capitali privati verso i Paesi contraenti. Per tale ragione, "[i]n light of these stated objectives [...] [the] Tribunal must conclude that stability of the legal and business framework is an essential element of fair and equitable treatment"¹⁴¹ e che il congelamento delle tariffe da parte dell'Argentina deve ritenersi una violazione di detto standard, nonostante il provvedimento mirasse a tutelare il diritto di accesso a questi servizi da parte dei cittadini particolarmente esposti alla crisi finanziaria che aveva investito il Paese in quel periodo. Questo tipo di ragionamento è stato riproposto in termini analoghi anche nel caso *Azurix*, dove è stato sancito che "[...] it follows from [...] the purpose and object of the BIT that fair and equitable should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment"¹⁴².

4.2 Interpretazione teleologica e sovranità: i recenti sviluppi nella prassi convenzionale

Sul punto, la dottrina appare concorde nel considerare l'utilizzo del metodo teleologico da parte degli arbitri internazionali assolutamente legittimo dal punto

¹⁴⁰ Il punto sarà ripreso nel Capitolo III

¹⁴¹ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, Para. 124 (corsivo aggiunto)

¹⁴² *Ibidem.*, para. 360, è bene precisare che il caso non riguardava le misure adottate dall'Argentina per fronteggiare l'emergenza finanziaria. In senso analogo, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 20 August 2007, para. 7.4.4; caso *CMS*, Award, *cit.*, para. 274. Lo stesso metodo è stato anche utilizzato anche in settori diversi dagli investimenti infrastrutturali: *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 27 February 2007, para. 290; *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, CIA Case No. UN 3467, Final Award of 1 July 2004; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004, para. 113; *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of 20 August 2000, para. 75

di vista del diritto internazionale, essendo imposto da norme aventi natura consuetudinaria codificate dalla Convenzione di Vienna del 1969¹⁴³. Facendo riferimento a tale impostazione, vi è chi ritiene che possa ritenersi definitivamente superato il principio secondo cui, in caso di dubbio, dovrebbe adottarsi l'interpretazione meno invasiva delle prerogative sovrane dello Stato, posto che "these treaties should be interpreted *in favorem* investor, stressing and expanding his rights as to promote the flow of foreign investment."¹⁴⁴

Altra parte della dottrina ha, però, espresso perplessità sulle conseguenze che un simile approccio potrebbe avere in settori nei quali gli interessi economici dell'investitore contrastino con valori sociali fondamentali¹⁴⁵. Il carattere indeterminato degli standard internazionali, si pensi ai concetti di trattamento giusto ed equo o di espropriazione regolativa, concede agli arbitri una discrezionalità molto ampia che potrebbe tradursi in una riduzione eccessiva della potestà decisionale degli Stati. Per tale ragione, è stata evidenziata da più parti la necessità di modificare il preambolo dei BIT, estendendo il novero degli obiettivi rilevanti fino ad includere un riferimento ai valori non economici che si ritengono non adeguatamente tutelati¹⁴⁶.

La prassi recente di taluni Stati sembrerebbe andare nella direzione indicata da questa parte della dottrina. Si registra, infatti, un ampliamento degli obiettivi inclusi in alcuni dei BIT più recenti, i quali fanno riferimento ad aspetti diversi da quelli di carattere esclusivamente economico. Il preambolo del modello BIT statunitense del 2004, ad esempio, sottolinea che le finalità economiche dovranno essere perseguite "in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights"¹⁴⁷.

¹⁴³ Sul punto, in particolare, ORTINO F., *The Social Dimension of International Investment Agreements: Drafting a New BIT/MIT Model?*, Intl. L. Forum du dr. int., 7, 2005, 246; PETERSON L.E., *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, Winnipeg, November 2004, 24

¹⁴⁴ DOLZER R., *Indirect Expropriation: New Developments?*, in NY Univ. Env. L. Journ., 11(1), 2003, 73-74

¹⁴⁵ PETERSON L.E., *Bilateral Investment*, cit., 23-24

¹⁴⁶ ORTINO F., *op. cit.*, 245-246 ritiene che "[a]dopting a more holistic approach may represent a possible option to remedy such imbalance". In senso analogo, PETERSON L.E., *Bilateral Investment*, cit., 24

¹⁴⁷ Sulle recenti modifiche nella politica statunitense in materia di investimenti esteri si vedano: GAGNE' G., MORIN J-F., *The Evolving American Policy On Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT*, in Journ. Intl. Econ. L., 9(2), 2006, 357-382;

Analogamente, il nuovo modello del *Foreign Investment Protection Agreement* (FIPA) canadese¹⁴⁸ fa esplicito riferimento al fatto che la promozione e la tutela degli investimenti esteri dovrà favorire la promozione dello sviluppo sostenibile¹⁴⁹.

Si deve, però, sottolineare, che tali modifiche sono state adottate da un numero per ora limitato di Stati: il modello BIT tedesco del 2005, ad esempio, si limita a riproporre, in termini sostanzialmente analoghi quanto già espresso nell'accordo concluso dalla Germania con il Pakistan nel 1959¹⁵⁰. Inoltre, queste modifiche riguardano aspetti solo in parte collegati con la necessità di garantire agli Stati un adeguato spazio decisionale per l'adozione di misure che tutelino le funzioni sociali dei servizi pubblici, mentre maggiore attenzione è dedicata ad ambiente, salute umana o diritti dei lavoratori. A tale proposito è interessante il caso della Cina, la quale ha seguito un percorso per certi versi in controtendenza rispetto a quanto visto per Stati Uniti e Canada. Mentre i preamboli di alcuni degli accordi cinesi conclusi nei primi anni '90¹⁵¹ facevano esplicito riferimento alla necessità che l'accresciuta cooperazione economica tra le Parti avvenisse “[...] on the basis of mutual respect of sovereignty [...]”, tale previsione è stata successivamente eliminata, a favore di un'impostazione più simile a quella tradizionalmente adottata dagli Stati capitalisti¹⁵².

JUILLARD P., *Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements*, in *Ann. franç dr. int.*; 50, 2005, 669-682

¹⁴⁸ *Agreement between Canada and [Country] for the Promotion and Protection of Investments*, 19 May 2004 (Modello FIPA 2004 canadese)

¹⁴⁹ Il Preambolo del BIT Giordania-Singapore (2004) fa riferimento all'obiettivo di “improving living standards”

¹⁵⁰ Il preambolo del modello 2005 prevede, infatti, che le Parti hanno concluso questo accordo “a) Desiring to intensify cooperation among both States; b) Intending to create favourable conditions for investments by investors of either State in the territory of the other State; c) Recognizing that the encouragement and contractual protection are apt to stimulate private business initiative and to increase the prosperity of both nations”. Per una critica di tale approccio, MALIK M., *op. cit.*, 13-14

¹⁵¹ Si vedano i BIT conclusi dalla Cina con Slovenia (1993), Argentina (1992), Repubblica ceca e slovacca (1991), Pakistan (1989). Si deve, però, notare come tale previsione fosse già assente negli accordi conclusi dalla Cina nella seconda metà degli anni '80 con Paesi occidentali, quali Svizzera (1986), Gran Bretagna ed Irlanda (1986), Italia (1985)

¹⁵² Si veda il caso del BIT Germania-Cina (2003)

5. Ambito di applicazione *ratione materiae* del sistema internazionale di tutela e investimenti infrastrutturali

L'analisi dell'impatto che il diritto internazionale degli investimenti ha sulla sovranità interna statale in materia di servizi pubblici infrastrutturali impone di valutare in via preliminare se la tutela offerta dal sistema internazionale si estenda agli investimenti in questi settori e se tutte le misure statali adottate in questo ambito rientrino tra quelle sottoposte a scrutinio internazionale.

5.1 La nozione di investimento

Il concetto di investimento è definito in modo diverso nei vari ambiti scientifici nei quali è utilizzato. La scienza economica, ad esempio, distingue tra gli investimenti esteri diretti, caratterizzati dall'obiettivo della creazione di un rapporto di lungo periodo tra l'investitore e un sistema economico di un Paese diverso da quello di origine, e gli investimenti di portafoglio, i quali riguardano solo il trasferimento di capitali per un più breve lasso di tempo¹⁵³. Il diritto internazionale si caratterizza per la mancanza di una definizione condivisa di una nozione¹⁵⁴ che, sebbene relativamente recente¹⁵⁵, ha riflessi importanti sul rapporto tra il sistema internazionale di tutela e la sovranità statale. E' stato, infatti, osservato che gli Stati accettano di limitare la propria potestà decisionale in tale ambito sul presupposto che gli investimenti esteri costituiscano un fattore in grado di contribuire al loro sviluppo economico¹⁵⁶. Per tale ragione, è necessario individuare quali attività soddisfino tale requisito, analizzando, in particolare, come la questione sia stata affrontata nell'ambito degli investimenti infrastrutturali.

¹⁵³ Per un'analisi approfondita di tali concetti, IMF, *Balance of Payments Manual*, Washington, 1993, 86-96 e IMF, *Revision of the Balance of Payments Manual (Annotated Version)*, 5th ed., Washington, April 2004, 93-103 e 170-173

¹⁵⁴ POULAIN B., *L'investissement international: définition ou définitions?*, in Kahn P., WÄLDE T. (eds.), op. cit., 124; SACERDOTI G., *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972, 22

¹⁵⁵ Il termine è stato utilizzato per la prima volta all'art. 12 della Carta dell'Avana del 1948, senza, però, essere definito. Sul punto MOLA L., op. cit., 88; BEN HAMIDA W., *The Mihaly v. Sri Lanka Case: Some Thoughts Relating to the Status of Pre-Investment Expenditures*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law*, cit., 48

¹⁵⁶ RUBINS N., KINSELLA N.S., op. cit., 290; SORNARAJAH M., *The International Law*, cit., 18

i) La definizione convenzionale

Nel diritto internazionale, la definizione del concetto di investimento ha natura esclusivamente pattizia, non essendo rinvenibili norme consuetudinarie in materia¹⁵⁷. La prassi convenzionale tradisce, però, la mancanza di consenso sul punto, lasciando irrisolti alcuni aspetti fondamentali.

Gli accordi internazionali di tutela¹⁵⁸ adottano solitamente una definizione molto ampia del concetto, utilizzando formule aperte nelle quali possono essere inclusi diverse tipologie di beni, aventi natura sia tangibile che intangibile. L'articolo I(3) dell'Accordo per la promozione e la protezione degli investimenti dell'ASEAN (1987), ad esempio, considera investimento "every kind of assets"¹⁵⁹. Nella prassi internazionale si è progressivamente affermata la pratica di chiarire la portata di questo tipo di previsioni attraverso una lista di beni e diritti che devono ritenersi inclusi nell'ambito applicativo dell'accordo. Gli elenchi non hanno normalmente carattere esaustivo, ma meramente illustrativo. Un'eccezione rilevante in questo senso è costituito dall'articolo 1139 del NAFTA, il quale affida ad un elenco chiuso, sebbene molto ampio, l'individuazione di quali attività rientrino nel suo ambito di tutela¹⁶⁰. Viceversa, il Trattato sulla Carta dell'energia¹⁶¹, i Protocolli di Colonia¹⁶² e Buenos Aires¹⁶³, così come la maggior parte dei trattati bilaterali italiani¹⁶⁴ prevedono che "[a]i fini del presente Accordo [...] il termine

¹⁵⁷ MARCHISIO S., *op. cit.*, 568

¹⁵⁸ UNCTAD, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11(Vol. II), Geneva, 1999, 15 sottolinea la differenza tra l'approccio estensivo adottato dai trattati di tutela rispetto a quelli che mirano alla liberalizzazione del movimento di capitali e risorse. Per quanto riguarda tale ultimo contesto si veda, ad esempio la Direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato, in GUCE L178, 5-18 del 08.07.1988 e in particolare l'Allegato I

¹⁵⁹ Si noti che l'articolo 2 dell'Accordo quadro sull'area di investimento ASEAN (1998) esclude dal proprio ambito di applicazione gli investimenti di portafoglio. La scelta è dovuta alla diversa finalità perseguita da quest'ultimo accordo rispetto a quello del 1987 e alla volontà di questi Stati di escludere quegli apporti di capitale più volatili e, quindi, potenzialmente pericolosi per la stabilità finanziaria dell'area

¹⁶⁰ Anche l'art. 1 del Modello FIPA 2004 canadese utilizza questo metodo per definire l'investimento, innovando rispetto al precedente modello, nel quale era presente una lista che, sebbene meno ampia di quella attuale, non aveva carattere esaustivo

¹⁶¹ Art. 1(6)

¹⁶² Art. 1(1)

¹⁶³ Art. 2

¹⁶⁴ Si vedano, a titolo di esempio, l'art. 1(2) BIT Peru-Unione Belgo Lussemburghese (2005); l'art. 1 BIT Korea-Messico (2000); art. 1 BIT Argentina-Gran Bretagna ed Irlanda (1990).

“investimento” include principalmente, *ma non esclusivamente*: [...]”¹⁶⁵ gli esempi inclusi nell’elenco sottostante¹⁶⁶.

Ai fini del presente lavoro, occorre notare che la maggior parte delle tipologie contrattuali abitualmente utilizzate nel settore dei servizi pubblici infrastrutturali sono presenti in molti di questi elenchi. Così, il Trattato sulla Carta dell’energia fa riferimento a “any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector”¹⁶⁷, il Modello BIT 2004 statunitense a “[...] concession [...] and other similar contract” e a “licences, authorizations, permits and other similar rights conferred pursuant to domestic law [...]”¹⁶⁸, mentre il BIT Italia-Marocco del 1990 a “[...] ogni diritto di natura economica conferito per legge o per contratto, nonché ogni licenza o concessione rilasciata in conformità a vigenti disposizioni per l’esercizio di attività economica [...]”¹⁶⁹. Formule analoghe sono utilizzate anche in altri accordi bilaterali¹⁷⁰, lasciando così intendere che i diritti concessi dall’autorità pubblica al privato attraverso un provvedimento di autorizzazione possano essere inclusi della nozione giuridica di investimento¹⁷¹.

Il richiamo alla legislazione del Paese ospite da parte di queste disposizioni fa sì che questo fattore debba considerarsi un criterio per determinare quali attività rientrino nel novero di quelle tutelate dall’accordo¹⁷². In questo caso si deve, infatti, ritenere che solo gli investimenti effettuati nel rispetto delle rilevanti

¹⁶⁵ Art. 1 BIT Italia-Marocco (1990) (corsivo aggiunto)

¹⁶⁶ Utilizza questa struttura anche il sopra citato art. I(3) dell’Accordo ASEAN (1987)

¹⁶⁷ Art. 1(6)(f)

¹⁶⁸ Art. 1(e) e (g). In termini analoghi anche l’art. 15(1)(13) (e) e (g) *US – Singapore Free Trade Agreement*, 15 January 2003

¹⁶⁹ Art. 1

¹⁷⁰ Art. 1(e) BIT Cina-Germania (2005); art. 1(e) BIT Italia-Giordania (1996); art. 1(e) BIT Argentina-Germania (1991);

¹⁷¹ Come confermato anche in *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award on Jurisdiction of 4 June 2004, para. 104. Sul punto SORNARAJAH M., *The International Law, cit.*, 14-15

¹⁷² La nota 2 all’art. 1(g) *Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement of and Reciprocal Protection of Investment*, 15 September 2004 (‘Modello BIT 2004 statunitense’) è molto chiara a tale riguardo, prevedendo che “[w]hether a particular type of licence, authorization, permit or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and the extent of the rights that the holder has under the law of the Parties. Among the licences, authorizations, permits and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law.”

disposizioni nazionali godano di tutela. Limitazioni di questo tipo¹⁷³ non sono previste solo in riferimento alla categoria di investimenti in esame, ma riguardano talvolta tutte le attività considerate dall'accordo¹⁷⁴. Tuttavia, queste assumono una rilevanza particolare nei servizi pubblici infrastrutturali, essendo questo un settore nel quale gli Stati intendono mantenere un grado di controllo più elevato che in altri ambiti economici, in ragione della loro importanza economica e sociale.

Il punto è stato esplicitamente considerato nel già citato caso *Kardassopoulos*, nel quale il Tribunale ha ritenuto, facendo leva sull'obiettivo di estendere la protezione degli investimenti esteri, che il limite della compatibilità con la legislazione dello Stato ospite non pregiudichi la possibilità di estendere la tutela del BIT anche nei confronti di investimenti invalidi ai sensi del diritto nazionale¹⁷⁵. La conclusione, già criticata dal punto di vista sistematico, non convince neppure su un piano sostanziale, comportando un'indebita restrizione della capacità statale di limitare l'accesso degli operatori privati all'interno del suo territorio e, in particolare, in settori sensibili, quale quello energetico¹⁷⁶.

ii) Il concetto di investimento nel sistema ICSID

L'ampiezza e il dettaglio delle definizioni convenzionali non risolvono, però, tutti i problemi sul punto. La possibilità di qualificare una certa attività come "investimento" costituisce uno dei requisiti posti dall'articolo 25(1) della Convenzione ICSID¹⁷⁷ affinché sussista la competenza del Centro, senza, però, definirlo in alcun modo. Tale disposizione si limita a prevedere che "[t]he jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment [...]”, senza chiarire cosa debba intendersi per investimento¹⁷⁸.

¹⁷³ A tale proposito MAURO M.R., *Gli accordi bilaterali*, cit., 45 osserva che queste limitazioni rappresentano un elemento della nozione "soggettiva" di investimento e sono strettamente collegate con la disciplina dell'ammissione.

¹⁷⁴ Art I.1 BIT Argentina-Svezia (1991); Art. 8.1 BIT Egitto-Italia (1989)

¹⁷⁵ Caso *Kardassopoulos*, cit., para. 184. Si deve precisare che nel caso di specie la conclusione si fondava anche sul fatto che il mancato rispetto delle norme interne era dovuto al comportamento delle autorità nazionali

¹⁷⁶ In senso analogo SORNARAJAH. M., *The International Law*, cit., 106 il quale sostiene che "no State has taken its fervour for foreign investment to the extent of removing any controls on the flow of foreign investment into the host State".

¹⁷⁷ Per un'analisi della disposizione SCHREUER C., *Commentary on the ICSID Convention. Article 25*, in ICSID Rev.-FILJ, 11(2), 1996, 318-492

¹⁷⁸ Una scelta analoga è stata effettuata anche dalle *Guidelines* della Banca Mondiale, il cui art. I statuisce semplicemente che queste si applicano a "private foreign investment", sul punto *Report to the Development Committee on the Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, in ICSID Rev.-FILJ, 7(1), 1992, 321-322

Secondo alcuni¹⁷⁹ l'omissione è stata deliberata, al fine di evitare che la competenza del Centro potesse essere indebitamente ristretta. Altra parte della dottrina, facendo riferimento ai lavori preparatori, ha, però, sottolineato come la scelta non sia stata dettata da ragioni di opportunità, quanto dall'impossibilità di trovare un accordo sul punto tra i vari delegati presenti¹⁸⁰.

La dottrina si è a lungo interrogata sulla necessità di individuare dei limiti oggettivi alla nozione di investimento o se, al contrario, la competenza dei tribunali ICSID dovesse essere determinata unicamente in riferimento alla definizione del concetto contenuta nei trattati internazionali, nei codici di investimento nazionali o negli accordi conclusi tra lo Stato e l'investitore estero. Tale seconda linea di pensiero lascerebbe la definizione del concetto unicamente alle Parti, le quali sarebbero, perciò, libere di determinare i limiti del sistema internazionale di tutela¹⁸¹. L'impostazione, detta soggettivistica, ritiene, che la questione della definizione dell'investimento sia assorbita nel requisito del consenso, negando la possibilità per l'organo arbitrale di procedere ad una valutazione diversa rispetto a quella contenuta nell'accordo tra le Parti¹⁸².

La dottrina maggioritaria sottolinea, però, che l'interpretazione potrebbe portare ad un uso distorto del sistema di tutela attraverso un'indebita estensione del suo ambito applicativo¹⁸³. Per tale ragione, questi autori sostengono che la nozione debba necessariamente essere definita secondo criteri oggettivi e non facendo esclusivo riferimento alla volontà delle Parti. Si deve, inoltre, rilevare che la teoria soggettivistica sia contraddetta proprio dall'articolo 25(1) della Convenzione ICSID, nel quale consenso ed esistenza di un investimento sono due requisiti

¹⁷⁹ DELAUME G., *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, in *Intl. Lawyer*, 1, 1966, 70. In senso analogo *Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 18 March 1965, in *ICSID Convention, Regulations and Rules*, Doc. ICSID/15/Rev.1, January 2003, 44

¹⁸⁰ MANCIAUX S., *Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats*, Dijon, 2004, 33-34; TUPMAN W.M., *Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Investment Disputes*, in *Intl. & Comp. L. Quart.*, 35, 1986, 816

¹⁸¹ BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction*, in *Columbia Journ. Transn. L.*, 5, 1966, 268

¹⁸² *Report of the Executive Directors*, *cit.*, 9

¹⁸³ CRÉPET DAIGREMENT C., *L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux du CIRDI*, KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *op. cit.*, 472-477; RUBINS N., *The Notion of Investment in International Investment Arbitration*, in HORN N. (ed.), *cit.*, 289; PARRA A., *The Institution of ICSID Arbitration Proceedings*, in *NEWS for ICSID*, 20(2), 2003, 13 SCHREUER C., *Article 25*,

distinti¹⁸⁴. Per tali ragioni, l'impostazione oggettivistica appare più convincente, consentendo una migliore delimitazione di un sistema che è in grado di incidere in modo sensibile sulle prerogative sovrane degli Stati.

Resta, però, il problema della mancanza di consenso su quali siano gli elementi oggettivi che caratterizzano un investimento. Alcuni autori sostengono che il concetto debba essere limitato ai diritti patrimoniali degli stranieri, risultando, perciò, assimilabile a quello di *property rights and interests*¹⁸⁵. Altri, invece, ritengono che la definizione giuridica della nozione debba uniformarsi a quella data dalla scienza economica, ma che, allo stesso tempo, il suo significato non possa essere unico, essendo influenzato dall'obiettivo dello strumento giuridico nel quale è inserito¹⁸⁶.

L'analisi della prassi convenzionale dimostra come, in materia di tutela degli investimenti, sia diffusa la tendenza ad utilizzare una concezione ampia della nozione. La sua identificazione è infatti rimessa alla sussistenza di tre condizioni: un apporto che può assumere forme anche diverse da un contributo di capitale finanziario, una certa durata dell'attività e la partecipazione della parte privata ai rischi derivanti dall'operazione¹⁸⁷. La medesima impostazione è stata accolta anche nel testo di alcuni accordi internazionali recenti, dove queste condizioni sono definite "characteristics of an investment"¹⁸⁸.

iii) La prassi arbitrale

Un'analoga situazione di incertezza prevale anche nella prassi arbitrale. In termini generali, vi è la tendenza da parte dei tribunali ICSID ad interpretare il concetto di investimento in senso ampio, al fine di estendere quanto più possibile la loro competenza¹⁸⁹. L'obiettivo è, però, perseguito in modo poco lineare, attraverso il

cit., 371; KAHN P. *L'extension de la notion d'investissement*, in BOURRINET J. (ed.), *Les investissements français dans le Tiers-monde*, Paris, 1984, 114

¹⁸⁴ YALA F., *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-conventional Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, in *Journ. Intl. Arb.*, 22(2), 2005, 108

¹⁸⁵ SCHWARZENBERGER G., *op. cit.*, 17

¹⁸⁶ CARREAU D., JUILLARD P., *op. cit.*, 378-379

¹⁸⁷ *Ibid.*, 387; GAILLARD E., *Chronique de sentences arbitrales*, in *Journ. du droit int.*, 126(1), 1999, 292; SCHREUER C., *Article 25, cit.*, 371-373. Per un'analisi recente delle condizioni POULAIN B., *op. cit.*, 125-127

¹⁸⁸ Art. 1 Modello BIT 2004 statunitense

¹⁸⁹ CRÉPET DAIGREMONT C., *op. cit.*, 469-470; YALA F., *op. cit.*, 105-126; MAURO M.R., *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 42(1), 2006, 75

ricorso a impostazioni diverse o, in alcuni casi, prendendo in considerazione in modo congiunto criteri soggettivi ed oggettivi¹⁹⁰.

Per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali, il problema della qualificazione dell'attività è stato specificamente affrontato in diverse decisioni. Nel caso *Autopista*, il Venezuela negava che potesse essere qualificato investimento un contratto di concessione concluso tra il governo e la società messicana Aucoven per la progettazione, costruzione, gestione e manutenzione dell'autostrada tra Caracas e La Guaira. Per risolvere la questione, il Tribunale arbitrale ha adottato un approccio che si potrebbe definire "ibrido"¹⁹¹, osservando che, da un lato "the Parties expressly agreed to consider these works as an investment" e, dall'altro, che tale conclusione era ulteriormente confermata dal fatto che "the performance of the Agreement [...] implies substantial resources during significant periods of time"¹⁹².

Una impostazione diversa, e apparentemente più rigorosa, è stata seguita nel caso *Salini*¹⁹³, dove si è qualificato investimento un contratto di appalto concluso tra il Marocco e le società italiane per la costruzione di un'autostrada. In questo caso, infatti, il Tribunale ha definito la nozione facendo riferimento ai criteri già individuati dalla dottrina, vale a dire l'esistenza di un apporto tangibile, una certa durata nell'esecuzione del contratto, la partecipazione ai rischi da parte dell'investitore.

A questi è stato aggiunto un requisito ulteriore, rappresentato dalla necessità che l'attività fornisca un contributo allo sviluppo economico dello Stato ospite¹⁹⁴. La sua inclusione è stata giustificata richiamando il preambolo della Convenzione

¹⁹⁰ Per un'analisi completa si veda RUBINS N., *The Notion of "Investment"*, cit., 283-324

¹⁹¹ In questo senso BEN HAMIDA W., *The Mihaly v. Sri Lanka*, cit., 55-56

¹⁹² *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/005/, Decision on Jurisdiction of 27 September 2001, paras. 100-101

¹⁹³ *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction of 23 July 2001, paras. 50-58. Per un commento del caso, si veda ZACCARIA L., *I criteri di competenza dei tribunali CIRDI e il contratto internazionale di appalto quale investimento*, in Riv. Arb., 2, 2002, 393-401. In *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc., v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/03/6, Award of 31 July 2007, para. 165 è stato osservato che "the requirements that were taken into account in some arbitral precedents for purposes of denoting the existence of an investment protected by a treaty (such as the duration and risk of the alleged investment) must be considered as mere examples and not necessarily as elements that are required for its existence", salvo poi utilizzarli nel corso dell'analisi.

¹⁹⁴ Questo requisito è stato considerato recentemente anche nel caso *Kardassopoulos*, cit., para. 117

ICSID, dove è riconosciuto “the role of private international investment [in] international cooperation for economic development”. Il riferimento a questo fattore ripropone i dubbi circa il rapporto tra investimenti esteri e sviluppo, derivante dalla difficoltà di valutare in modo oggettivo il contributo di una certa attività al benessere generale. Inoltre, nel caso in cui tale valutazione fosse interamente lasciata allo Stato ospite, si introdurrebbe un elemento di soggettività potenzialmente incompatibile con la necessità di elaborare una definizione oggettiva di investimento.

Nonostante i dubbi, appare condivisibile l’opinione di chi ritiene che il contributo allo sviluppo del Paese sia un elemento rilevante per la qualificazione dell’attività¹⁹⁵ nell’ambito del sistema ICSID¹⁹⁶. Infatti, non solo la caratteristica è esplicitamente menzionata nel Preambolo della Convenzione di Washington, ma tale riferimento costituisce l’unica indicazione offerta dallo strumento in esame sul concetto di investimento. Rappresentando uno degli scopi del trattato¹⁹⁷, il contributo allo sviluppo del Paese ospite dovrà, perciò, informare l’interpretazione della disposizione, come imposto dall’articolo 31 della Convenzione di Vienna del 1969. Il requisito non deve, però, essere inteso in modo eccessivamente rigido, ma solo nel senso di richiedere “some positive impact on development”¹⁹⁸. In altre parole, esso rappresenta un fattore che mira ad escludere dall’ambito di tutela le operazioni che, avendo mera natura speculativa, non possano, neppure a livello potenziale, avere alcuna ricaduta positiva sul sistema economico dello Stato che le ospita.

¹⁹⁵ In questo senso GAILLARD E., *The First Association of Southeast Asian Nations Agreement Award*, cit., 38; SCHREUER C., *Article 25*, cit., 358; LEMAIRE A., *Le nouveau visage de l’arbitrage entre Etats et investisseur étrangers: le chapitre 11 de l’ALENA*, in *Rev. arb.*, 1, 2001, 59

¹⁹⁶ SCHREUER C., *Article 25*, cit., 373 osserva che [...] the operation’s significance for the host State’s development [...] is not necessarily characteristic of investments in general”

¹⁹⁷ *Report of the Executive Directors*, cit., para. 9 sottolinea che la Convenzione fu “[...] prompted by the desire to strengthen the partnership between countries in the cause of economic development.” Sul ruolo sempre più importante che gli investimenti esteri hanno nel sistema internazionale di finanziamento dello sviluppo, si veda *Monterrey Consensus of the International Conference on Financing for Development*, 5th plenary meeting, Monterrey, Mexico, 22 March 2002, A/CONF.198/11, para. 20 il quale riconosce che “Private international capital flows, particular foreign direct investment [...] are vital complements to international development efforts. Foreign direct investments contribute toward sustained economic growth over the long term”

¹⁹⁸ SCHREUER C., *Article 25*, cit., 373

In realtà, bisogna osservare come il problema dell'inclusione del requisito in esame sia meno problematica per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali rispetto a quanto avviene in altri settori economici¹⁹⁹. L'importanza di queste attività per lo sviluppo del Paese è, infatti *in re ipsa* e non dà generalmente adito a controversie di sorta. Il punto è stato sottolineato nel caso *Bayindir*, relativo alla costruzione di un'autostrada a sei corsie tra Islamabad e Peshawar, nel quale il Tribunale ha osservato come non fosse necessario soffermarsi su tale condizione, posto che neppure lo Stato convenuto, il Pakistan, aveva sollevato obiezioni circa l'importanza di una simile infrastruttura per lo sviluppo del Paese²⁰⁰. Le medesime considerazioni possono essere utilizzate anche in riferimento ai casi *LESI/Astaldi* e *LESI-DIPENTA*, nei quali si è deciso di non analizzare il requisito in modo autonomo, ritenendolo assorbito nelle altre tre condizioni poste dal caso *Salini*²⁰¹. Le due decisioni riguardavano, infatti, un'attività destinata a contribuire in modo sostanziale allo sviluppo del Paese, essendo relative ad un investimento effettuato da alcune imprese italiane per la costruzione di una diga che avrebbe dovuto servire alla fornitura di acqua potabile per la città di Algeri.

Da ultimo, alcune incertezze sono sorte anche riguardo all'interpretazione del concetto di partecipazione ai rischi da parte dell'operatore privato. Non è chiaro, infatti, se tutte le tipologie di rischio siano rilevanti a questo proposito²⁰², o se, invece, occorra fare riferimento solo a quelli che caratterizzano in modo specifico l'investimento in esame. In particolare, vi è chi²⁰³ contesta l'inclusione nel novero del “[...] risk of detrimental modification of a host state’s laws or regulations

¹⁹⁹ La differenza è stata sottolineata in *Malaysian Historical Salvors SDN, BHD, v. The Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction of 17 May 2007, para. 131, relativo ad un investimento di un'impresa britannica per il recupero di reperti archeologici in mare, il tribunale ha affermato che “[u]nlike the Construction Contract in Salini which, when completed, constituted an infrastructure that would benefit the Moroccan economy and serve the Moroccan public interest, the Tribunal finds that the Contract did not benefit the Malaysian public interest in a material way or serve to benefit the Malaysian economy in the sense developed by ICSID jurisprudence, namely that the contributions were significant.”

²⁰⁰ *Bayindir Insaat Turizm Ticareti ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of 14 November 2005, para. 137. In senso conforme *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICISD Case No. ARB/02/5, Decision on Jurisdiction of 4 June 2004, para. 104

²⁰¹ *L.E.S.I. S.p.a. et Astaldi S.p.a. c. République algérienne démocratique et populaire*, CIRDI no. ARB/05/2, Decision du 12 juillet 2006, para. 72 e *Consorzio Groupement LESI – DIPENTA c. République algérienne démocratique et populaire*, CIRDI no. ARB/03/08, Sentence du 10 janvier 2005, para. 14

²⁰² Caso *Salini*, *cit.*, para. 55 adotta questo tipo di approccio

[...]”, posto che questo tipo di rischio “[...] exists in most of the contracts concluded with underdeveloped countries [...]” e può essere efficacemente neutralizzato utilizzando “specific contractual tools [...] such as stabilization clauses”.

Questo tipo di impostazione non è condivisibile per due ordine di ragioni. Da un lato, il fatto che il rischio regolativo sia comune a molti Paesi non sembra giustificare l’esclusione, ma, al contrario, rappresenta un motivo che rafforza le ragioni a favore della sua inclusione, soprattutto in settori quali i servizi pubblici infrastrutturali. Dall’altro, il riferimento alle clausole di stabilizzazione quali strumenti in grado di neutralizzare questa tipologia di rischio contrasta con quanto avviene nella realtà, dove la mera esistenza di previsioni contrattuali non esclude la possibilità di modifiche unilaterali da parte dello Stato²⁰⁴.

5.2 Ambito applicativo del sistema internazionale di tutela e misure di interesse pubblico

Un altro aspetto fondamentale ai fini della definizione dell’ambito applicativo del sistema di tutela è la determinazione delle misure statali che possono essere sottoposte al controllo internazionale. A tale proposito, l’articolo 1101(1) del NAFTA, ad esempio, stabilisce che “[t]his Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to: (a) investors of another Party; (b) investments of investors of another Party in the territory of the Party; and (c) with respect to Articles 1106 and 1114, all investments in the territory of the Party. L’art. 25(1) della Convenzione ICSID, invece, limita la competenza del Centro ad “any legal dispute arising directly out of an investment”²⁰⁵. Nelle intenzioni dei redattori di entrambi gli strumenti, la previsione di questo limite oggettivo per la competenza dei tribunali arbitrali mirava ad evitare che l’arbitrato diretto potesse essere utilizzato per controversie “minori” e solo incidentalmente collegate all’investimento²⁰⁶.

²⁰³ YALA F., *op. cit.*, 102

²⁰⁴ A conferma di questa impostazione si veda il caso *Kardassopoulos, cit.*, para. 117

²⁰⁵ Corsivo aggiunto

²⁰⁶ Per l’analisi della norma in chiave storica e una presentazione di alcuni casi più risalenti si veda, per l’ambito ICSID, SCHREUER C., *Article 25, cit.*, 348-355. Per il NAFTA, si vedano i lavori preparatori pubblicati per la prima volta il 16 luglio 2004 dalla Free Trade Commission del NAFTA e disponibili su http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/disp/trilateral_neg-en.asp

Successivamente, tali disposizioni hanno assunto un ruolo diverso, in ragione della tendenza da parte di alcuni di Stati di farvi riferimento per contestare l'ammissibilità di ricorsi proposti da investitori esteri contro misure statali che, essendo generali ed astratte, non mostravano una connessione diretta con l'investimento. L'evoluzione in parola è rilevante per quanto riguarda i servizi pubblici infrastrutturali, dove le misure di regolazione adottate dagli Stati sono spesso contenute in atti rivolti ad una generalità di destinatari. Vi è dunque, la necessità di determinare se questo tipo di azioni statali rientrino nell'ambito applicativo del sistema di tutela o se, al contrario, il rispetto della sovranità statale imponga la loro esclusione.

i) Misure avente carattere generale e competenza dei tribunali arbitrali internazionali

La questione è stata affrontata in modo approfondito nei cd. casi argentini²⁰⁷, vale a dire nelle controversie portate di fronte ad istanze arbitrali internazionali da operatori stranieri che avevano partecipato alla privatizzazione dei servizi pubblici argentini agli inizi degli anni '90 ed erano stati successivamente colpiti dalle misure, quali il congelamento e la modifica del sistema di computo delle tariffe, adottate dal governo in seguito alla gravissima crisi finanziaria che aveva investito il Paese alla fine dello stesso decennio²⁰⁸. In tutti questi casi lo Stato convenuto ha continuamente ribadito che i ricorsi dovevano considerarsi inammissibili, visto che le misure contestate non riguardavano in modo specifico i singoli investimenti, ma costituivano scelte politiche aventi carattere generale e indirizzate alla tutela di interessi sociali fondamentali.

Facendo riferimento alla necessità di tutelare il diritto sovrano degli Stati ad intervenire per la tutela di valori essenziali, l'Argentina ha più volte sostenuto la necessità di applicare anche in tale ambito l'interpretazione rigorosa adottata nel

²⁰⁷ Per l'analisi giuridica di alcuni di questi casi, DOAK BISHOP R., LUZI A., *Investment Claims: First Lessons from Argentina*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, 425-469. La lista aggiornata dei casi è disponibile su <http://www.worldbank.org/icsid/cases/pending.htm>

²⁰⁸ La prima di tali misure fu il decreto 669/00 del 17 luglio 2000 con il quale veniva posticipato l'aumento periodico delle tariffe dei servizi pubblici, dopo che erano già falliti alcuni tentativi di trovare un nuovo accordo con gli operatori stranieri. La legge n. 25.561 del 6 gennaio 2002 (Ley de Emergencia) eliminò la parità peso/dollaro, modificando il sistema di calcolo delle tariffe, e impose la rinegoziazione di tutti i contratti conclusi dallo Stato con operatori privati nel settore dei servizi pubblici

caso *Methanex*²⁰⁹ in riferimento all'articolo 1101(1) NAFTA. In questo caso, era stato escluso che le restrizioni all'uso dell'additivo MTBE nella benzina imposte dalla California per ragioni attinenti alla tutela dell'ambiente e della salute umana potessero considerarsi "relating to [the investment]" come richiesto dalla norma. Secondo il Tribunale, infatti, la disposizione postulerebbe l'esistenza di "[...] a legally significant connection between the measures and the investment or the investor"²¹⁰. L'impostazione assunta dal Paese sudamericano è stata, però, contestata dagli operatori stranieri ricorrenti di fronte ai tribunali arbitrali. Questi hanno continuamente ribadito che la connessione tra le misure e l'investimento non debba essere determinata in base alla loro natura o al loro obiettivo, ma solo avuto riguardo dei loro effetti, sottoponendo al vaglio internazionale tutte le misure statali che comportino un danno economico all'investimento²¹¹.

Il problema impone la ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela dei diritti degli investitori stranieri e la necessità di preservare la capacità degli Stati di regolare l'attività economica privata per il raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico. L'eventuale esclusione delle misure aventi carattere generale dal novero di quelle rientranti nella competenza arbitrale comporterebbe, infatti, un sostanziale indebolimento del sistema internazionale di tutela, soprattutto in settori nei quali questo tipo di misure sono determinanti per i risultati economici dell'investimento. D'altro canto, non si può ritenere che la competenza di organi arbitrali internazionali si estenda fino a consentire loro di sindacare le scelte di politica economica degli Stati.

Consci di tali difficoltà, i tribunali ICSID hanno affrontato la questione distinguendo, prima di tutto, tra la valutazione delle misure economiche di natura generale *per se* e l'esame dei loro effetti nei confronti dell'investimento. Tale distinzione è stata articolata con chiarezza in quello che rappresenta il *leading case* in materia, vale a dire la decisione sulla competenza nel caso *CMS*. Qui il Tribunale arbitrale ha specificato che "[it] does not have jurisdiction over measures of general economic policy adopted by the Republic of Argentina and

²⁰⁹ *Methanex Corp. v. The United States of America*, UNCITRAL Case, Award on Jurisdiction and Admissibility of 7 August 2002

²¹⁰ *Ibidem*, para. 139

²¹¹ Questo aspetto sarà ripreso e ulteriormente approfondito nel capitolo IV sull'espropriazione regolativa

cannot pass judgement on whether they are right or wrong [but] [...] it has jurisdiction to examine whether [...] measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts.”²¹²

Sembrerebbe, così, riconosciuto il diritto sovrano dello Stato di compiere le scelte di politica economica che considera necessarie, senza privare l’investitore di ogni tipo di rimedio nel caso in cui queste dovessero rivelarsi dannose per l’investimento²¹³. Il punto, particolarmente rilevante ai fini del presente lavoro, è stato confermato anche in una controversia sottoposta ad un tribunale costituito secondo le regole UNCITRAL. Nel caso *National Grid*, il collegio arbitrale ha, infatti, ribadito la necessità di “recognizing the Argentine Republic’s sovereign prerogative to adopt the policies it sees fit.”²¹⁴, limitando il proprio scrutinio all’impatto che le misure generali hanno avuto sull’investimento e al rapporto tra queste e gli obblighi di tutela assunti dallo Stato nei confronti dell’investitore. Nel caso *Suez*, inoltre, è stato osservato come la tesi che vorrebbe le misure a carattere generale escluse dalla competenza arbitrale contrasti con la Convenzione ICSID e con una prassi arbitrale ormai consolidata. In materia di espropriazione, ad esempio, la competenza dei tribunali non è mai stata limitata ai soli casi che riguardano il singolo investimento, comprendendo anche le nazionalizzazioni effettuate tramite l’adozione di atti legislativi generali²¹⁵.

La soluzione, basata sulla distinzione tra giudizio sulla legittimità della misura e valutazione dei suoi effetti, tenta di offrire una risposta al quesito posto in precedenza, contemperando le opposte esigenze di Stati ed investitori. Il tentativo

²¹² *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction of 17 July 2003, para. 33; in *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Objections to Jurisdiction of 25 August 2006, para. 59 è stato ribadito che “[...] the subject matter of the dispute is not those general measures of Argentina *per se* [...] nor is the Tribunal entitled to pass judgement on whether they were right or wrong from an economic or domestic legal point of view.” In senso analogo *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Preliminary Questions on Jurisdiction of 17 June 2005, paras. 37-39;

²¹³ *AES Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005, para. 57 osserva che “As a sovereign State, the Argentine Republic had a right to adopt its economic policies; but this does not mean that the foreign investors under a system of guarantee and protection could be deprived of their respective rights under the instruments providing them with these guarantees and protection”

²¹⁴ Caso *National Grid*, *cit.*, para. 136

non appare, però, del tutto soddisfacente, posto che, come riconosciuto nello stesso caso *CMS*, “[w]hile conceptually the line between one and the other matter is clear [...]”, la distinzione rischia di rivelarsi meno netta alla prova dei fatti. La valutazione degli effetti dell’intervento statale e della sua compatibilità con gli impegni assunti nei confronti dell’investitore lascia aperta la possibilità e, in molti casi, impone, di valutare altri aspetti strettamente correlati, quali, ad esempio, la proporzionalità o la ragionevolezza della misura. L’accoglimento di questo tipo di approccio amplia in modo considerevole l’ambito applicativo del sistema di tutela, consentendo di fatto agli arbitri di sindacare le scelte di politica economica effettuate dagli Stati. La distinzione tra effetti e legittimità della misura non appare, infatti, un criterio in grado di porre limiti effettivi al controllo esercitato dagli arbitri internazionali. In questo modo, ogni tipo di misura nazionale è suscettibile di essere sottoposta al vaglio internazionale. L’esclusivo riferimento agli effetti dell’intervento statale determina, infatti, l’impossibilità di distinguere le misure statali in base a criteri alternativi, quali la loro natura o gli obiettivi perseguiti. Alla luce di tali considerazioni, appare condivisibile la tesi, secondo la quale il sistema di tutela “obliging states to arbitrate disputes arising from sovereign acts, [it] establish[es] [...] a mechanism to control the exercise of public authority”²¹⁶

ii) Evoluzione recente della prassi convenzionale

I timori che l’ampliamento dell’ambito applicativo del sistema possa incidere in modo eccessivo sull’esercizio delle proprie potestà sovrane per il perseguimento dell’interesse pubblico ha portato alcuni Stati ad escludere talune misure dalla competenza degli organi arbitrali internazionali. Uno degli esempi più interessanti in questo senso è fornito dal BIT concluso tra gli Stati Uniti e l’Uruguay nel 2006. L’allegato G di questo trattato prevede, infatti, che non possano essere sottoposte al vaglio degli arbitri internazionali talune misure di politica economica adottate

²¹⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, and *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL Case, Decision on Jurisdiction of 3 August 2006, para. 30

²¹⁶ VAN HARTEN G., LOUGHLIN M., *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, in *Europ. Journ. Intl. L.*, 17(1), 2006, 146.

dall'Uruguay, quali, nello specifico, “restructuring of a debt instrument issued by Uruguay”²¹⁷.

Il tentativo di sottrarre determinate misure al vaglio internazionale attraverso l'inserimento di clausole specifiche rappresenta una scelta apprezzabile in termini di certezza del diritto, ma che rischia di rivelarsi poco efficace sul piano pratico, anche in considerazione della sua onerosità dal punto di vista dello sforzo negoziale. Inoltre, questo tipo di strategia non sembra adatta a settori, quali i servizi pubblici infrastrutturali, nei quali risulta difficile, se non del tutto impossibile, identificare *a priori* le misure statali necessarie per la tutela dell'interesse pubblico in questo ambito. I mutamenti tecnologici e normativi che hanno interessato il settore in tempi recenti dimostrano in modo chiaro l'impossibilità di prevedere in modo sufficientemente certo quali siano le misure che gli Stati potranno essere chiamati ad utilizzare per regolare l'attività degli operatori privati attivi nel settore dei servizi pubblici infrastrutturali. Da ultimo, l'elaborazione di eccezioni molto dettagliate rischia di rivelarsi addirittura controproducente, rischiando di limitare le opzioni a disposizione delle autorità pubbliche per fare fronte alle nuove necessità che dovessero emergere in futuro.

6. Arbitrato investitore-Stato e sovranità statale in materia di investimenti infrastrutturali

6.1 Sistemi per la soluzione delle controversie nei trattati internazionali per la tutela degli investimenti esteri

I trattati internazionali prevedono solitamente diverse opzioni per la soluzione delle controversie relative all'interpretazione o all'applicazione delle norme in materia di tutela degli investimenti esteri, sia per quanto riguarda le dispute tra gli Stati sia per quelle tra uno Stato e un investitore di un'altra Parte contraente²¹⁸.

Per questa seconda tipologia, i metodi previsti sono il negoziato, la conciliazione, la mediazione, il ricorso alle corti nazionali e l'arbitrato internazionale. Le prime

²¹⁷ In argomento CHOI W-M., *The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm*, in *Journ. Intl. Econ. L.*, 10(3), 2007, 740

²¹⁸ In argomento, tra gli altri, PAULSSON J., *Dispute Resolution*, in PRITCHARD R. (ed.), *Economic Development, Foreign Investment and the Law*, London, 1996, 209-246; BREWER T.L., *International Investment Dispute Settlement Procedures: The Evolving Regime for Foreign Direct Investment*, in *L. & Pol. in Intl. Business*, 26(3), 1995, 633-672; PETERS P. *Dispute*

tre ipotesi coincidono con i cd. mezzi diplomatici tradizionalmente utilizzati nell'ordinamento internazionale per la soluzione delle controversie interstatali²¹⁹. Questi non prevedono la partecipazione di un terzo dotato del potere di risolvere la lite in modo vincolante per le parti, ma mirano unicamente a facilitarne l'accordo. I trattati internazionali sugli investimenti prevedono generalmente che le parti debbano obbligatoriamente esperire un tentativo per la composizione amichevole della controversia, prima che la stessa possa essere sottoposta ad organi arbitrali o giudiziari²²⁰. I tempi per la conclusione di questi tentativi sono solitamente ristretti²²¹, per evitare che l'obbligo di composizione amichevole si traduca in un ostacolo alla possibilità di sottoporre la controversia ad altri mezzi. La prassi recente dimostra come, in realtà, tali metodi siano sempre più percepiti come valide alternative²²² al ricorso di fronte ad organi arbitrali o giudiziari²²³. Conciliazione, mediazione ed altri metodi assimilabili possono rivelarsi talvolta più convenienti rispetto ad arbitrato e corti nazionali dal punto di vista giuridico, economico e politico²²⁴. Prima di tutto, questi mezzi si caratterizzano per un'elevata flessibilità procedurale²²⁵ che consente alle parti di esercitare un

Settlement Arrangements in Investment Treaties, in Neth. Yearb. Intl. L., 22, 1991, 91-161; SOONS A.H.A. (ed.), *International Arbitration: Past and Prospects*, The Hague, 1990

²¹⁹ Per l'analisi dei diversi metodi si vedano, solo nella manualistica italiana, MUNARI F., *Risoluzione pacifica e prevenzione delle controversie internazionali*, in CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A., *op. cit.*, 248-253; RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2006, 266-270; CONFORTI B., *Diritto internazionale*, *cit.*, 410-440

²²⁰ Si vedano, ad esempio, art. X(1) dell'Accordo ASEAN del 1987; art. 1118 NAFTA; art. 26(1) Trattato sulla Carta dell'energia. Disposizioni analoghe sono rinvenibili anche nei BIT. L'art. 23 del Modello statunitense del 2004 stabilisce, ad esempio, "In the event of an investment dispute, the claimant and the respondent should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation [...]"

²²¹ E' solitamente previsto che questa fase debba concludersi entro 6 mesi (si veda art. 8 BIT Germania-Cina (2003), ma in alcuni casi questo periodo è portato a 12 mesi (art. 9(2) BIT Korea-Indonesia (1991) o ridotto fino a 3 mesi (art. 8(2) BIT Danimarca-Lituania (1992))

²²² Significativo in questo senso l'appellativo di *alternative dispute resolution mechanisms* (ADR) utilizzato dalla dottrina anglosassone

²²³ Per una presentazione di questi mezzi in riferimento al settore degli investimenti si vedano, tra gli altri, RUBINS N., KINSELLA S.N., *op. cit.*, 365-403; CONNERTY A., *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*, in Arb. Intl., 12, 1996, 47-55

²²⁴ Questi aspetti sono analizzati in modo dettagliato in WÄLDE T., *Efficient Management of Transnational Disputes: Mutual Gains by Mediations or Joint Loss in Litigation*, in Arb. Intl., 22(2), 2006, 205-232

²²⁵ Esistono, però, anche sistemi istituzionalizzati che hanno elaborato regole di procedura per questo tipo di procedimenti. Gli esempi principali sono: *UNCITRAL Conciliation Rules*, AG Res. 35/52, 4 December 1980, UN Doc. A/RES/35/52; *ICSID Rules of Procedure for Conciliation Proceedings*, in ICSID Convention, Regulations and Rules, 10 April 2006, Part D, disponibile su <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basic-en.htm>; *International Chamber of Commerce ADR Rules*, in force as from 1 July 2001, disponibili su http://www.iccwbo.org/drs/english/adr/pdf_documents/adr_rules.pdf. Per la presentazione dei tre

maggiore controllo sull'intero procedimento e di raggiungere una soluzione in tempi più rapidi. Inoltre, essi hanno costi più contenuti²²⁶, anche se, è bene precisare, questo vantaggio viene meno nel momento in cui il tentativo di soluzione amichevole fallisca, visto che, in questo caso, le spese sostenute in questa fase andranno ad aggiungersi a quelle necessarie per l'esperimento di altri mezzi. In aggiunta, questi procedimenti hanno carattere strettamente confidenziale, un aspetto che, in materia di investimenti infrastrutturali, è particolarmente apprezzato dalle parti private, visto che il coinvolgimento dell'opinione pubblica tende solitamente a rafforzare la posizione dello Stato ospite²²⁷. Da ultimo, il ricorso ai metodi in esame ha conseguenze positive anche per quanto riguarda la possibilità che il rapporto tra le parti possa continuare anche al termine della controversia²²⁸. A differenza di quanto avviene nel caso dell'arbitrato o del ricorso di fronte alle corti nazionali, il risultato finale non è, infatti, la determinazione di chi ha ragione e chi torto, ma il raggiungimento di un compromesso. In questo contesto, vi è, dunque, la tendenza ad assumere posizioni meno rigide e ad articolare le proprie pretese non in termini di diritto/obbligo, ma di richiesta/offerta.

Nel caso in cui la lite non sia composta in via amichevole, è generalmente previsto che l'investitore straniero possa cercare rimedio attraverso il sistema giudiziario del Paese ospite²²⁹. Tale previsione non solleva particolari questioni dal punto di vista del diritto internazionale, visto che l'accesso ai tribunali nazionali era già garantito dagli accordi più risalenti in materia ed è stato successivamente

modelli e relative dottrina di approfondimento si vedano RUBINS N., KINSELLA S.N., *op. cit.*, 380-392

²²⁶ LI C., *Evaluating the Various Non-Litigation Processes for Resolving Disputes: The Cost-Effectiveness Approach*, in *Journ. Intl. Arb.*, 18(4), 2001, 435-447

²²⁷ Si veda, ad esempio, il caso *Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, registered on 25 February 2002 su un progetto di privatizzazione dei servizi idrici ed igienico-sanitari della città di Cochabamba (Bolivia), nel quale la multinazionale è stata costretta a ritirare il proprio ricorso (*Order taking note of the discontinuance pursuant to Arbitration Rule 44* issued by the Tribunal on 28 March 2006) anche per la forte pressione esercitata da ONG straniere in questo senso. Sull'intera vicenda e sul ruolo degli attori non statali internazionali si veda *The Democracy Center, Bechtel v. Bolivia*, January 2006, disponibile su <http://www.democracycctr.org/bechtel/bechtel-vs-bolivia.htm>

²²⁸ WÄLDE T., *Pro-active Mediation of International Business and Investment Disputes Involving Long-Term Contracts: From Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management*, in *OGEL*, 1 September 2003, 1 osserva che "All litigation methods tend to undermine, and mostly destroy, an existing commercial relationship and thus significant asset value [...]"

²²⁹ Si vedano, ad esempio, art. 2(a) BIT Argentina-USA (1991); Art. 8(2) BIT Argentina-Francia (1991); art. 8 BIT Italia-Marocco (1990)

riconosciuto come un diritto spettante ad ogni individuo in tutti i trattati sui diritti umani²³⁰. Nel corso degli anni '60 e '70, gli Stati importatori di capitali sostenevano che il rispetto della sovranità statale imponesse il riconoscimento dell'esclusiva competenza dei tribunali nazionali a giudicare sulle controversie derivanti da attività economiche che si svolgevano sul loro territorio²³¹.

La soluzione non incontra, oggi come allora, il favore degli investitori stranieri, i quali sono portati a considerare il ricorso di fronte ai tribunali del Paese ospite un'opzione scarsamente attrattiva. Questo perché vi è la percezione che i giudici interni non siano imparziali quando chiamati a dirimere una controversia tra il loro Stato ed un investitore straniero²³². In alcuni casi, la posizione del ricorrente potrebbe risultare ulteriormente indebolita dalla presenza di norme, talvolta di rango costituzionale, che impediscono al potere giudiziario di sindacare le scelte di politica generale effettuate dagli organi legislativi dello Stato.

i) L'arbitrato diretto investitore-Stato: a) il modello ICSID

Per superare i problemi relativi al ricorso di fronte ai tribunali interni e garantire agli investitori stranieri uno strumento più efficace per la tutela dei loro interessi, i trattati internazionali prevedono la possibilità per la parte privata di ricorrere direttamente di fronte ad un organo arbitrale internazionale. L'arbitrato diretto investitore-Stato è previsto dalla quasi totalità degli accordi conclusi a partire dagli anni '70 anche dagli Stati che ne contestavano la legittimità e costituisce oggi il metodo più utilizzato per la soluzione delle controversie sugli investimenti²³³.

²³⁰ Art. 14 *Patto internazionale sui diritti civili e politici*, G.A. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) at 49, U.N. Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3; art. 6 Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 1950, 213 U.N.T.S. 222; art. 8 Convenzione Americana sui diritti umani, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123; art. 7 Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, adozione: 27 Giugno 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982)

²³¹ In questo senso art. 2 c) della *Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati*, Ris AG. 3821 del 12 dicembre 1974, GAOR XXIX Sess., Suppl. 31, Doc. A/9631, 50. Questa rivendicazione costituisce anche uno degli elementi della cd. dottrina Calvo, sul punto si veda DOUGLAS Z., *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in Brit. Yearb. Intl. L., 74, 2003, 242

²³² Sul punto si vedano, per tutti, le considerazioni di SACERDOTI G., *Bilateral Treaties*, cit., 413-414, dove si osserva anche che “[...] past judicial systems in many countries were not sophisticated enough to handle such disputes [...]”

²³³ L'aspetto è stato studiato con particolare attenzione in riferimento ai Paesi del Sud America, i quali, sebbene tradizionalmente ostili ai sistemi internazionali per la soluzione delle controversie con investitori stranieri, hanno nel corso del tempo modificato questa loro posizione. Sul punto si vedano MAURO M.R., *Riflessioni sul principio del trattamento nazionale e sulla soluzione delle controversie riguardanti gli investimenti stranieri nella prassi dei Paesi dell'America Latina*, in

L'arbitrato internazionale diretto, come ogni altra forma di arbitrato, si fonda sull'accordo tra le parti, le quali devono, dunque, avere entrambe acconsentito a sottoporre la controversia a tale meccanismo. Nella pratica internazionale, il consenso può essere espresso attraverso una clausola compromissoria inserita nel contratto di investimento, una specifica previsione contenuta in una legge nazionale o, sempre più spesso, una clausola arbitrale presente in un trattato internazionale.

Gli ultimi due casi costituiscono ipotesi di manifestazione differita del consenso, visto che lo Stato lo esprime in via preventiva, formulando una sorta di offerta nei confronti degli investitori esteri che vi aderiranno²³⁴. L'accettazione della parte privata è soltanto successiva e può intervenire anche dopo il sorgere della controversia. Solitamente tale accettazione avviene direttamente attraverso il deposito del ricorso all'organo arbitrale, essendo pochi gli esempi di accordi che richiedano all'investitore di esprimere la propria accettazione per iscritto prima di poter ricorrere all'arbitrato²³⁵.

Le clausole arbitrali dei trattati multilaterali e bilaterali prevedono in genere la possibilità per l'investitore straniero di scegliere tra diverse opzioni²³⁶. Tra queste, è frequente il riferimento a forme di arbitrato istituzionalizzato, quali quelle gestite dall'ICSID, dalla Camera di Commercio internazionale²³⁷, dalla Camera di commercio di Stoccolma²³⁸ o dalla LCIA²³⁹, accanto alla possibilità di ricorrere a tribunali arbitrali *ad hoc*.

DEL VECCHIO A. (a cura di), *Aspetti dell'integrazione regionale latinoamericana*, Milano, 2001, 83-115

²³⁴ In questo senso PARRA A., *Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties*, in ICSID Rev.-FILJ, 16, 2001, 21-24. La dissociazione tra l'espressione del consenso dello Stato e quella dell'investitore è stata definita "arbitration without privity". Sul punto PAULSSON J., *Arbitration Without Privity*, in ICSID Rev.-FILJ, 10, 1995, 232-257. Questo aspetto sarà affrontato in modo più dettagliato *infra*

²³⁵ Art. 7.3(i) BIT Malesia-Mongolia (1995)

²³⁶ Nel caso in cui non vi sia tale pluralità, l'unica possibilità prevista è solitamente quella dell'arbitrato ICSID, si veda, ad esempio art. 7 BIT Gran Bretagna ed Irlanda-Malesia (1981). UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990*, Geneva, 1998, 95 osserva che "The earliest investor-to-State dispute provisions contained each party's consent only to ICSID arbitration. The recent trend is to give investors a choice of mechanisms."

²³⁷ La Camera di Commercio internazionale esercita le sue funzioni in materia arbitrale attraverso la *International Court of Arbitration* organo creato nel 1923 con sede attualmente a Parigi. Sul punto ICC, *Dispute Resolution Services*, Paris, 202

²³⁸ The *Arbitration Institute of the SCC* è l'organo che fornisce i servizi per l'arbitrato. A partire dal 1 gennaio 2007 sono entrate in vigore le nuove regole di procedura (disponibili su http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/2007_arbitration_rules_eng.pdf). La sua

L'analisi della prassi internazionale rivela che i meccanismi arbitrali amministrati dall'ICSID siano i più diffusi per quanto riguarda l'arbitrato diretto investitore-Stato²⁴⁰. Bisogna precisare che, secondo quanto previsto già dalla Convenzione di Washington del 1965²⁴¹, il Centro non partecipa direttamente alla risoluzione della controversia, ma si limita a fornire tutta una serie di servizi collaterali²⁴². Le disposizioni normative che regolano il procedimento arbitrale sono fissate nella Convenzione del 1965, applicabile alle controversie giuridiche relative ad un investimento effettuato da una persona fisica o giuridica, nazionale di uno Stato membro, nel territorio di un altro Stato contraente²⁴³, a condizione che entrambe le

rilevanza è legata, per quanto riguarda l'arbitrato investitore-Stato, al fatto che l'art. 26 del Trattato sulla Carta dell'energia lo prevede tra le opzioni a disposizione dell'investitore.

²³⁹ La LCIA è stata creata nel 1892 e oggi amministra la risoluzione di controversie internazionali sulla base delle regole di procedura adottate nel 1998 (disponibili su <http://www.lcia-arbitration.com/>). L'organo principale in questo ambito è la *LCIA Court of International Arbitration*, composta di 37 membri provenienti da diversi Paesi del mondo.

²⁴⁰ PARRA A., *Provisions on the Settlement*, cit., 287-364. Sulla Convenzione ICISD la dottrina è amplissima, si vedano, tra gli altri, REED L., PAULSSON J., BLACKABY N., *Guide to ICSID Arbitration*, The Hague, 2004; HIRSCH M., *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, 1993; GIARDINA A., TORIELLO P., voce *Centro internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti (CIRDI)*, in Enciclopedia giuridica, VI, Roma, 1988, 1-6; SACERDOTI G., *La Convenzione di Washington del 1965: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, in Riv. dir. priv. proc., 1, 1987, 13-39; DELAUME G.R., *Le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)*, in Journ. droit intern., 109, 1982, 775-843; BERNARDINI P., *Le prime esperienze arbitrali del Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, in Riv. dir. priv. proc., 1, 1981, 29-40; BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in RdC, tome 136, 1972, 333-410

²⁴¹ *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, signed in Washington on 18 March 1965, 575 UNTS 159. Attualmente la Convenzione conta 144 Stati membri (maggio 2007), il 2 maggio 2007 la Bolivia ha ufficialmente comunicato di recedere dalla Convenzione e tale decisione produce i suoi effetti a far data dal 2 novembre 2007, ai sensi dell'art. 71 Convenzione ICSID. Inoltre, Venezuela ed Ecuador hanno espresso la volontà di procedere anch'essi in questo senso, ma, al momento, non hanno ancora provveduto a darne comunicazione ufficiale

²⁴² L'art. 1(2) Convenzione ICSID prevede che "[t]he Purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration [...]". Tra queste: mantenimento di una lista di arbitri tra i quali gli Stati possono scegliere per la composizione del panel; il controllo e la selezione delle richieste di arbitrato (art. 36(3)); assistenza nella formazione di panel (art. 38); adozione e modifica delle regole di procedura (art. 6(1)). Per un'analisi più approfondita PARRA A., *The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings under the ICSID Convention*, in ICSID Rev.-FILJ, 13(1), 1998, 85-100

²⁴³ I limiti dell'art. 25 hanno carattere oggettivo, vale a dire non possono essere superati neppure con il consenso delle parti. Sul punto BROCHES A., *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, in SCHULTZ J., VAN DE BERG A. (eds.), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, Liber Amicorum Pietr Sanders*, Deventer, 1982, 63. Al fine di estendere la competenza del Centro al di là di tali limiti, nel 1978 sono state adottate le *Additional Facility Rules (Arbitration (Additional Facility) Rules*, Schedule C to the *Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, reprinted in *ICSID Facility Rules*, Washington, April 2006, ICSID /11), le quali si applicano alle controversie nelle quali solo uno dei

parti della lite abbiano espresso il proprio consenso in forma scritta²⁴⁴. Per quanto riguarda lo Stato, l'ultimo paragrafo del Preambolo della Convenzione chiarisce che la ratifica di tale trattato non costituisce espressione di consenso e, per questo motivo, è necessario che tale manifestazione sia contenuta in un atto distinto.

I tribunali ICSID sono arbitri esclusivi della loro competenza²⁴⁵ e sono tenuti ad applicare il diritto determinato dalla volontà delle parti o, in caso di mancato accordo, la legge interna dello Stato ospite e le norme di diritto internazionali rilevanti²⁴⁶. Le loro decisioni sono vincolanti, definitive ed immediatamente esecutive in tutti gli Stati contraenti²⁴⁷. L'articolo 52(1) limita la possibilità di richiedere l'annullamento del lodo ad una lista chiusa di motivi²⁴⁸, riservando la competenza a decidere ad un Comitato *ad hoc* di tre membri nominati dal Segretario generale dell'ICSID. Autorevole dottrina descrive tale sistema come "self-contained", non essendo prevista la possibilità per le parti di rivolgersi alle corti nazionali come nel caso dell'arbitrato commerciale internazionale²⁴⁹.

ii) b) le Regole UNCITRAL

Nel caso in cui le parti non vogliano o non possano avvalersi delle procedure arbitrali amministrative dall'ICSID o da altra istituzione, la lite può essere sottoposta ad un arbitrato *ad hoc*. In questo caso, il procedimento è regolato dalle regole decise dalle parti o stabilite direttamente dall'organo arbitrale, garantendo

due Stati abbia ratificato la Convenzione o in quelle non derivanti direttamente da un investimento, ma sempre a condizione che uno dei due Stati sia una Parte contraente. L'unico limite *ratione materiae* è, secondo l'art. 4(3), "that the underlying transaction has features which distinguish it from an ordinary commercial transaction". Le AFR hanno una rilevanza decisamente inferiore rispetto alla Convenzione, se si esclude il caso del NAFTA, dove solo gli Stati Uniti sono Parte contraente della Convenzione ICSID.

²⁴⁴ Per una disamina completa si veda UNCTAD, *Dispute Settlement. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Consent to Arbitration*, New York – Geneva, 2003, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2; DELAUME G., *Consent to ICSID Arbitration*, in NORTON J.J., ANDENAS M., FOOTER M. (eds.), *The Changing World of International Law in the Twenty-first Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, The Hague, 1998, 155-178

²⁴⁵ Art. 41(1)

²⁴⁶ Art. 42(1)

²⁴⁷ Art. 53

²⁴⁸ La disposizione dispone che l'annullamento possa essere richiesto nel caso: "a) that the Tribunal was not properly constituted, b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or e) that the award has failed to state the reasons on which is based"

²⁴⁹ SACERDOTI G., *Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards*, in ICSID Rev.-FILJ, 19(1), Spring 2004, 42. Sull'argomento in generale GAILLARD E., BANIFATEMI Y. (eds.), *Annulment of ICSID Awards*, New York, 2004

così una maggiore flessibilità rispetto alle forme di arbitrato viste in precedenza oppure, sempre più spesso, vi è la tendenza ad utilizzare le Regole UNCITRAL²⁵⁰. Si tratta di un modello normativo adottato dalle Nazioni Unite nel 1976, per la regolazione dell'arbitrato commerciale internazionale, ma che ha trovato spesso applicazione anche in materia di arbitrato investitore-Stato²⁵¹.

La ragione principale del successo è l'elevata flessibilità che caratterizza questo corpo normativo, una caratteristica che consente alle parti di assumere un ruolo più attivo nella gestione della controversia²⁵². Tuttavia, la mancanza di un apparato amministrativo di sostegno si rivela talvolta problematico, rendendo necessario il ricorso alle corti nazionali per la soluzione di alcune questioni procedurali²⁵³. Per quanto riguarda esecuzione e riconoscimento, le decisioni rese in applicazione delle Regole UNCITRAL sono sottoposte al regime previsto per i lodi commerciali internazionali. L'atto che disciplina la materia è la Convenzione di New York del 1958 sui lodi arbitrali stranieri²⁵⁴, dove si prevede che ciascuno Stato membro sia tenuto a riconoscere la loro efficacia se questi rispettino i requisiti procedurali previsti dalla legislazione interna²⁵⁵. L'articolo V prevede che il riconoscimento possa essere rifiutato sulla base di un numero limitato di motivi, tassativamente individuati dalla disposizione stessa²⁵⁶. Le parti hanno la possibilità

²⁵⁰ *UNCITRAL Arbitration Rules*, GA Res. 31/98, U.N. GAOR, 31st Sess., Supp. No. 17, ch. V, sec. C, U.N. Doc. A/31/17, 1976. In dottrina si vedano, per tutti, CARON D.D., PELLONPÄÄ M., CAPLAN L.M., *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford, 2006; SACERDOTI G., *The New Arbitration Rules of ICC and UNCITRAL*, in *Journ. World Trade*, 11, 1977, 248-269. Le regole UNCITRAL sono ampiamente utilizzate in ambito NAFTA, dove solo gli Stati Uniti sono attualmente Parte contraente della Convenzione ICSID e sono state utilizzate anche dallo *Iran-US Claims Tribunal*, in argomento VAN HOF J.J., *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by the Iran-US Claims Tribunal*, Deventer, 1991. In taluni casi le Regole UNCITRAL sono adottate anche in arbitrati istituzionalizzati diversi dall'ICSID, sull'argomento di recente DATO' SYED AHMAD I., *Use of the UNCITRAL Arbitration Rules at Arbitral Institutions by Arbitral Institutions*, in *Journ. Intl. Arb.*, 24(1), 2007, 37-48

²⁵¹ UNCTAD, *Investor- State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*, Geneva, February 2006, UNCTAD/ITE/IIT/2005/4, 5 calcola che circa il 30% dei casi sottoposti ad arbitrato internazionale si svolga secondo le Regole UNCITRAL

²⁵² In questo senso RUBINS N., KINSELLA S.N., *op. cit.*, 312

²⁵³ Quali, ad esempio, le decisioni sull'incompatibilità degli arbitri, sul pagamento anticipato di talune spese processuali e sul procedimento di *discovery*. In argomento BÖCKSTIEGEL K-H., *The Relevance of National Arbitration Law for Arbitration under UNCITRAL Rules*, in *Journ. Intl. Arb.*, 1(3), 1984, 232-236

²⁵⁴ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, signed in New York on 10 June 1958, 330 UNTS 38. Per un'analisi recente della Convenzione BERNARDINI P., *Sentenze arbitrali e Convenzione di New York*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2006, 89-110

²⁵⁵ Art. II(1)

²⁵⁶ Si tratta dell'invalidità della clausola compromissoria, mancata notifica della richiesta di arbitrato all'altra parte, violazione dei limiti sostanziali della clausola compromissoria, irregolare

di chiedere l'annullamento del lodo di fronte alle corti del Paese nel quale questo è stato reso, non essendo previsto in questo alcun meccanismo *self-contained* come per l'ICSID²⁵⁷.

Il procedimento di annullamento, essendo materia di esclusiva competenza statale²⁵⁸, è regolato in modo diverso da Paese a Paese, anche se è in atto un processo di convergenza favorito dall'adozione di modelli comuni elaborati a livello internazionale. Il principale è il Modello legislativo UNCITRAL²⁵⁹, il quale prevede la possibilità di annullare un lodo internazionale in soli sei casi, i quali corrispondono in larga misura a quelli previsti dalle Regole UNCITRAL in materia di riconoscimento²⁶⁰.

6.2 Caratteri fondamentali dell'arbitrato diretto e sovranità statale

L'arbitrato internazionale diretto costituisce un elemento cardine del sistema, rafforzando in modo sostanziale la capacità di quest'ultimo di offrire un'efficace tutela agli investimenti esteri. Secondo parte della dottrina, l'introduzione di una possibilità di azione di fronte ad un organo arbitrale è ciò che ha consentito a "purely nominal rights to become real rights"²⁶¹. Il meccanismo consente, infatti, alla parte privata di impugnare tutte le misure statali che, violando gli standard sostanziali previsti dal trattato, abbiano un impatto negativo sui risultati economici dell'attività. L'importanza dello strumento è emersa con chiarezza soprattutto nel corso dell'ultimo decennio, durante il quale il numero di casi portati di fronte ad organi arbitrali internazionali è aumentato in modo esponenziale. L'evoluzione è dovuta a fattori di carattere sia storico che politico, mentre, dal punto di vista giuridico, si comprende facendo riferimento ad alcune sue caratteristiche che, innovando rispetto al diritto internazionale classico,

costituzione del tribunale arbitrale, sospensione del lodo da parte di una corte nazionale, non arbitrabilità della controversia secondo la legislazione nazionale, contrarietà del lodo ad esigenze di ordine pubblico dello Stato. Per un'analisi di ciascuno di questi motivi UNCTAD, *Dispute Settlement. Course. Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention*, New York – Geneva, 2003, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37

²⁵⁷ Per un confronto tra i due sistemi su questo aspetto SACERDOTI G., *Investment Arbitration*, *cit.*, 27-48

²⁵⁸ Non sono, infatti, ravvisabili limiti di diritto consuetudinario per gli Stati in questa materia

²⁵⁹ UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration*, UN Doc. A/40/17, Annex I (1985). In argomento, si veda SANDERS P., *UNCITRAL's Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future*, in *Arb. Intl.*, 21(4), 2005, 443-482

²⁶⁰ Art. 36

²⁶¹ WÄLDE T., *The Specific Nature*, *cit.*, 57

rendono tale meccanismo particolarmente efficace contro i rischi che possono riguardare l'investimento.

Si tratta, in particolare, del riconoscimento in capo ad un soggetto privato del diritto di agire direttamente di fronte ad un'istanza internazionale, della sottoposizione del rapporto tra le parti alla disciplina del diritto internazionale e del superamento della necessità di sottoporre la controversia agli organi giudiziari interni. Quest'ultima caratteristica è mutuata dall'arbitrato internazionale commerciale, un sistema originariamente creato per la soluzione di controversie tra soggetti privati, il quale rappresenta il paradigma procedurale al quale si ispira l'arbitrato investitore-Stato. Le prime, invece, costituiscono delle innovazioni rispetto al modello commerciale derivanti dal fatto che “the investor-State arbitration has a quasi-public character, or at least an inescapably public element”²⁶². A tale proposito, parte della dottrina sostiene che questo mezzo di soluzione delle controversie abbia carattere ibrido, presentando alcune peculiarità tipiche delle controversie privatistiche accanto ad aspetti che tradizionalmente caratterizzano le liti interstatali²⁶³.

L'operare congiunto di queste caratteristiche mezzionate in precedenza determinano uno sbilanciamento del sistema a favore della parte privata: la situazione, lungi dal costituire una deviazione rispetto alle intenzioni originarie, risulta pienamente giustificata alla luce dell'obiettivo perseguito dagli Stati attraverso il sistema internazionale di tutela²⁶⁴. La creazione di condizioni favorevoli per gli investimenti esteri richiede, infatti, il riequilibrio, per quanto possibile, dei rapporti di forza tra le parti in causa. A questo fine, vi è la necessità di limitare l'utilizzo da parte dello Stato delle sue prerogative sovrane, dotando il soggetto privato di strumenti efficaci per contrastare il mancato rispetto di detti limiti²⁶⁵. Il meccanismo dell'arbitrato diretto costituisce, dunque, la risposta a

²⁶² CREMADES B.M., CAIRNES D.J., *The Brave New World of Global Arbitration*, in *Journ. World Investm.*, 3(2), 2002, 184-185

²⁶³ PINSOLLE P., *The Annulment of ICSID Arbitral Awards*, in *Journ. World Investm.*, 1(1), 2000, 257. In senso analogo DOUGLAS Z., *The Hybrid*, *cit.*, 152-285; SACERDOTI G., *Investment Arbitration*, *cit.*, 14-16

²⁶⁴ WÄLDE T., *The Specific Nature*, *cit.*, 54; CHOI W-M., *op. cit.*, 735-736; DOLZER R., *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, in *NY Univ. Journ. Intl. L. & Pol.*, 37, 2006, 956;

²⁶⁵ WÄLDE T., *The Specific Nature*, *cit.*, 55 osserva che “[t]he main reason and the main effect of modern international investment protection is to balance this pre-existent and inherent structural asymmetry in which foreign investors find themselves”. In senso analogo KLEIN B., *Who Wins*

questo secondo tipo di esigenza, riconoscendo all'investitore il diritto di rivolgersi direttamente ad un meccanismo di garanzia internazionale in grado di sanzionare lo Stato che abbia adottato misure in contrasto con gli standard di tutela imposti da un trattato internazionale.

Parte della dottrina ritiene, però, che il trattamento di favore riservato all'investitore sia eccessivo e debba essere attenuato introducendo correttivi di carattere procedurale e sostanziale²⁶⁶. La proposta è sostenuta con forza soprattutto in riferimento a quei settori, come i servizi pubblici, nei quali la tutela dei diritti della parte privata potrebbe contrastare con il perseguimento di importanti interessi sociali. Si ritiene, infatti, che l'attuale configurazione dell'arbitrato diretto impedisca il raggiungimento di soluzioni equilibrate a questo tipo di conflitti²⁶⁷. L'importanza degli interessi sociali coinvolti postulerebbe, infatti, maggiore equilibrio da parte dei tribunali arbitrali, i quali, invece, tendono a privilegiare anche in questo ambito l'obiettivo della tutela dell'investitore privato rispetto al diritto di intervento dello Stato²⁶⁸. Questo tipo di timori sono condivisi anche da alcuni Stati, i quali, anche a per rispondere alla forte pressione proveniente da settori della loro società civile, hanno recentemente introdotto modifiche alle loro leggi nazionali sugli investimenti così da sottoporre i lodi arbitrali ad un più stretto controllo. Ai fini del presente lavoro, occorre sottolineare come la maggior parte di queste modifiche riguardi i procedimenti in materia di servizi pubblici infrastrutturali, ad ulteriore dimostrazione del carattere particolarmente sensibile del settore in esame²⁶⁹.

and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? The Lauder/Czech Republic Legacy, in *Journ. World Investm. & Trade*, 6(1), 2005, 67; BOUCHEZ L.J., *The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises*, in SOONS A.H.A. (ed.), *op. cit.*, 110-119

²⁶⁶ BERNASCONI-OSTERWALDER N., *Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? The Lauder/Czech Republic Legacy*, in *Journ. World Investm. & Trade*, 6(1), 2005, 69-71 la quale propone di introdurre un meccanismo per limitare il numero di casi sottoponibili all'arbitrato internazionale, di reintrodurre il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni e di prevedere clausole di salvaguardia che escludano dall'obbligo del risarcimento talune misure statali che perseguano importanti obiettivi di interesse pubblico. Sul punto si veda anche CHOI W-M., *op. cit.*, 738

²⁶⁷ VAN HARTEN G., LOUGHLIN M., *op. cit.*, 123; MANN H., VON MOLTKE K., *NAFTA's Chapter 11 and the Environment*, IISD Paper, 1999, 5

²⁶⁸ GANGULY S., *Note The Investor-State Dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health*, in *Columbia Journ. Transn. L.*, 38, 1999, 120

²⁶⁹ Si veda il caso del Brasile, dove l'art. 11 della legge 11079 del 30 dicembre 2004 prevede che gli arbitri facenti parte di panel creati per dirimere controversie in materia di contratti di

La possibilità che la struttura dell'arbitrato investitore-Stato comporti limiti eccessivi all'esercizio di poteri sovrani, soprattutto per quanto riguarda gli Stati più deboli, è rafforzata dalla sua capacità di autoalimentarsi²⁷⁰, vale a dire di contribuire al perseguimento dell'obiettivo del sistema in modo autonomo, esercitando una funzione creativa e non meramente esegetica. Tale predisposizione è stata sottolineata, prima di tutto, in riferimento a questioni di carattere procedurale, sulle quali si andata sviluppando “una giurisprudenza che ha contribuito in maniera significativa a promuovere l'internazionalizzazione delle controversie tra Stato e investitore”²⁷¹. Dinamiche analoghe riguardano anche l'interpretazione di taluni standard sostanziali di tutela, il cui carattere aperto concede agli arbitri internazionali ampia discrezionalità nell'adattare le disposizioni normative per il raggiungimento dell'obiettivo e dello scopo del trattato²⁷².

La tesi in esame non sembra tenere nella dovuta considerazione che nel corso del tempo si è anche assistito ad un graduale processo di apertura nei confronti di interessi diversi da quelli meramente economici²⁷³. E' innegabile, tuttavia, che la necessità di trovare un giusto bilanciamento tra interessi contrastanti, quali, per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali, la tutela della posizione dell'investitore e il perseguimento da parte dello Stato di interessi sociali fondamentali costituisca l'aspetto più problematico del sistema. La sua soluzione passa necessariamente attraverso all'analisi di talune questioni procedurali,

partenariato pubblico-privato siano di lingua portoghese e che tutte le udienze si tengano obbligatoriamente in Brasile.

²⁷⁰ L'espressione è utilizzata da MAURO M.R., *Nuove questioni*, cit., 68. SORNARAJAH M., *The Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment. The Simon Reisman Lecture in International Trade Policy*, Centre for Trade Policy and Law, Ottawa, 12 September 2002, 16 osserva che “[t]he problem of loss of sovereignty [...] is inherent in the creation of a regime, which once created takes a life of its own”

²⁷¹ MAURO M.R., *Nuove questioni*, cit., 68. SAVARESE E., *Investment Treaties and Investor's Right to Arbitration between Broadening and Limiting ICSID Jurisdiction*, in *Journ. World Investm & Trade*, 7(3), 2006, 411 osserva che nel caso *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, SCC Case, Decision on Jurisdiction of 8 February 2005, 44 il tribunale arbitrale “chose the most restrictive interpretation, on which *limits sovereign prerogatives* by fostering both the role and the status of foreign investors” (corsivo nell'originale)

²⁷² BROWER II C.H., *op. cit.*, 56 in riferimento all'obbligo di trattamento giusto ed equo. L'Autore non ritiene, però, che tale situazione possa determinare risultati negativi in termini di sovranità statale, né che debba essere in qualche modo corretta.

²⁷³ Questo tipo di evoluzione sarà analizzata in riferimento all'obbligo di trattamento giusto ed equo e alla disciplina dell'espropriazione nei capitoli III e IV

essendoci una stretta correlazione tra questi aspetti e quelli di carattere sostanziale che saranno affrontati nei prossimi capitoli.

6.3 Riconoscimento di un diritto individuale di azione e sovranità statale

Il primo elemento che merita attenzione è il riconoscimento a favore di un soggetto privato di un diritto di azione diretta dinanzi ad un'istanza internazionale. La soluzione non rappresenta una novità assoluta per il diritto internazionale, essendo già stata prevista in materia di diritti umani, un altro ambito nel quale si è assistito al superamento del paradigma classico secondo il quale le norme internazionali trovano applicazione solo nei rapporti tra Stati²⁷⁴.

i) Evoluzione rispetto all'istituto della protezione diplomatica

L'obiettivo che si intendeva raggiungere attraverso questo tipo di innovazione era la "depoliticizzazione"²⁷⁵ delle controversie sugli investimenti esteri. A questo proposito parte della dottrina ha sottolineato che "[...] following the conflicting relationship between those who favoured submission of all disputes to domestic courts under some form or other of the 'Calvo Clause' and those who insist on the role of diplomatic protection [...] arbitration gradually emerged as the common

²⁷⁴ DOUGLAS Z., *The Hybrid*, cit., 153-154 osserva che "[i]n the sphere of legal relationships between private entities and sovereign states, there are many parallels between the legal regime created by investment treaties on the one hand and those regimes established by the European Convention on Human Rights and the Algiers Accords (creating the Iran/US Claims Tribunal) on the other.". Si veda, inoltre, ORREGO VICUÑA F., *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society*, Cambridge, 2004, 48-73. La dottrina sul ricorso individuale in materia di diritti umani è amplissima, in generale, si vedano PINESCHI L. (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2006; ZANGHÌ C., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2002, mentre per un approfondimento del sistema ONU: MCGOLDRICK D., *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, 2nd ed., 1994; sul sistema della CEDU: VAN DIJK P., ARAI Y., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen, 2006; BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; PETTITI L-H., DECAUX E., IMBERT P-H., *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2me ed., Paris, 1999; sul sistema interamericano DI STASI A., *Il sistema interamericano dei diritti umani*, Torino, 2004; sul sistema africano: OUGUERGOUZ F., *The Establishment of the African Court on Human Rights: A Judicial Premiere for the African Union*, in *African Yearb. Hum. Rights*, 11, 2003, 79-141

²⁷⁵ GRIGERA NAÓN H., *The Settlement of Investment Disputes between States and Private Parties: An Overview from the Perspective of the ICC*, in *Journ. World. Investm.*, 1(1), 2000, 59-60; SHIHATA I.F., *Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Role of ICSID and MIGA*, in *ICSID Rev.-FILJ*, 1, 1986, 1-25

ground where the interests of all could be satisfied.”²⁷⁶ La previsione del ricorso individuale diretto elimina, infatti, la necessità, e spesso anche la possibilità²⁷⁷, dell’intervento in protezione diplomatica da parte dello Stato di cittadinanza a tutela dei diritti dell’investitore straniero²⁷⁸. L’istituto della protezione diplomatica era stato oggetto di accese contestazioni degli Stati importatori di capitali, i quali, rifacendosi alla cd. dottrina Calvo, avevano inutilmente cercato di limitare le possibilità di intervento da parte dei Paesi industrializzati a favore dei propri cittadini²⁷⁹. D’altra parte, già la dottrina più risalente aveva messo in luce l’inadeguatezza del meccanismo per la soluzione di controversie economiche²⁸⁰.

Il passaggio dall’istituto della protezione diplomatica al meccanismo dell’arbitrato diretto ha modificato in modo sostanziale la posizione della parte privata, la quale non è più oggetto di tutela, ma soggetto titolare di diritti²⁸¹. In precedenza, infatti, come espresso nel caso *Mavrommatis* dalla Corte permanente di giustizia internazionale “[b]y taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in

²⁷⁶ ORREGO VICUÑA F., *Of Contracts and Treaties in the Global Market*, in Max Planck UN Yearb., 8, 2004, 348

²⁷⁷ L’art. 27(1) della Convenzione ICSID prevede, ad esempio, che: “[n]o Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.”

²⁷⁸ Sull’istituto in generale, si vedano PUSTORINO P., *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in Riv. dir. int., 1, 2006, 68-104; FLAUSS F. (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, 2003; CONDORELLI L., *La protection diplomatique et l’évolution de son domaine d’application*, in Riv. dir. int., 1, 2003, 5- 26; BARIATTI S., voce *Protezione diplomatica*, in Digesto, Disc. Pubbl., XII, Torino, 1997, 144

²⁷⁹ Attraverso l’inserimento nei contratti conclusi con gli investitori stranieri di una clausola che obbligava questi ultimi a rinunciare ad invocare la protezione diplomatica del proprio Stato di nazionalità. L’inserimento di tale previsione risultava, però, priva di ogni valore dal punto di vista del diritto internazionale, visto che l’investitore non poteva validamente rinunciare ad un diritto di cui non era titolare; in questo senso *Mexican Union Railway Ltd. (Great Britain) v. Mexico*, Claims Commission between Great Britain and Mexico, UN Rep, 5, 120; *North American Dredging Company v. Mexico*, Claims Commission United States and Mexico, UN Rep 4, 1926, 30. Per una disamina completa delle numerose decisioni adottate sul punto MORGAN SUMMERS S., *The Calvo Clause*, in Virginia L. Rev., 19(5), 1933, 459-484

²⁸⁰ BORCHARD E., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, 1915, 864. Sul punto recentemente KOKOTT J., *Interim Report on the Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment*, in ILA, *Report of the Seventieth Conference*, New Delhi, 2002, 27. L’esigenza di adattare l’istituto alle nuove necessità ha portato, la Commissione di diritto internazionale dell’ONU ad occuparsi del tema. Il lavoro di codificazione è cominciato nel 1998 ed è proseguito attraverso la presentazione di alcuni progetti da parte dei diversi Special Rapporteur. L’ultima versione è del 2006 (*Draft Articles on Diplomatic Protection*, GAOR, 61th Sess., Suppl. No. 10 (A/61/10)

²⁸¹ HIGGINS R., *Problems and Process, International Law and How We Use It*, Oxford, 1994, 52

reality asserting *its own rights* [...]”²⁸² L’idea secondo cui l’azione in protezione diplomatica costituisce un esercizio di un diritto dello Stato e non dell’individuo era già stata espressa in precedenza da autorevoli studiosi di diritto internazionale²⁸³ e rappresenta l’opinione largamente maggioritaria anche nella dottrina più recente²⁸⁴.

Il sistema attuale di tutela degli investimenti esteri ha introdotto un forte elemento di discontinuità rispetto a questo modello, riconoscendo in capo al privato un diritto di ricorso diretto²⁸⁵. La rottura rispetto al passato è stata sottolineata anche dallo *Special Rapporteur* della Commissione di diritto internazionale nel suo rapporto del 2003 sulla codificazione delle norme in materia di protezione diplomatica. Questi, in riferimento al punto in esame, sostiene che “[t]here is a clear inconsistency between the rules of customary international law on the diplomatic protection of corporate investment [...] and the special regime for foreign investment established by bilateral and multilateral investment treaties [...]”²⁸⁶.

Sul punto, si registra il dissenso di una parte della dottrina, la quale ritiene l’arbitrato diretto un meccanismo che “institutionalise and reinforce”²⁸⁷ il sistema della protezione diplomatica. Secondo questa teoria, gli obblighi derivanti dai trattati internazionali in materia restano confinati alle relazioni tra gli Stati contraenti, i quali, per mere ragioni di convenienza procedurale, concedono al soggetto privato la possibilità di ricorrere di fronte ad un tribunale internazionale²⁸⁸. La posizione risulta, però, minoritaria: la maggior parte degli

²⁸² *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, PCIJ Rep. Series A No. 2, (1924), para. 12 (corsivo aggiunto). Si deve rilevare che il caso riguardava alcune concessioni di lavori pubblici concessi dal governo britannico in contrasto con precedenti concessioni rilasciate dall’Impero ottomano all’imprenditore greco Mavrommatis. In senso analogo si è espressa la Corte internazionale di giustizia in *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nation Case* (Advisory Opinion), ICJ Rep 1949, para. 181; *Nottebohm Case* (Liechtenstein v. Spain), ICJ Rep., 1955, para. 4; *Barcelona Traction Case*, *cit.*, paras. 78-79

²⁸³ DE VATTEL E., *Le droit de gens ou les principes de la loi naturelle*, Londres, 1758, 309; BORCHARD E., *op. cit.*, 354

²⁸⁴ *Contra* DE VISSCHER C., *Cours général de principes de droit international public*, in RdC, tome 86, 1954, 507

²⁸⁵ Per una disamina completa della questione, si veda DOUGLAS Z., *The Hybrid*, *cit.*, 160-183.

²⁸⁶ DUGARD J., *Fourth Report on Diplomatic Protection*, 2003, UN Doc. A/CN.4/530, 93

²⁸⁷ CRAWFORD J., *The ILC’s Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Retrospect*, Am. Journ. Intl. L., 96(4), 2002, 888

²⁸⁸ SORNARAJAH M., *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*, Journ. World Trade L., 20, 1986, 93 sostiene che “[t]he breach of the treaty creates an international obligation between state parties to the treaty and no benefits or rights flow directly to the affected individual”. In senso

autori²⁸⁹ ritiene che gli accordi internazionali sugli investimenti creino un rapporto diretto tra lo Stato ospite e l'investitore straniero, riconoscendo diritti sostanziali e procedurali direttamente in capo a quest'ultimo²⁹⁰.

Il modello "diretto" è stato accolto anche nella giurisprudenza arbitrale²⁹¹ ed è confermato da una serie di fattori che emergono dalla prassi. In prima battuta, è stato rilevato che, a differenza di quanto avviene nel caso della protezione diplomatica²⁹², il privato danneggiato dall'azione dello Stato ospite ha il pieno controllo dell'intero processo arbitrale, potendo decidere autonomamente di attivarlo, portarlo avanti o ritrarlo, senza dover informare lo Stato di cittadinanza. Inoltre, costi e benefici relativi al procedimento ricadono nella sua sfera di competenza, senza che lo Stato sia chiamato a parteciparvi in alcun modo. Da ultimo, l'interesse ad agire ha natura esclusivamente individuale, posto che l'investitore "is guided in the prosecution of its claim solely by the dictates of self-interest without necessary regard for any consequences to the diplomatic relationship between its national state and the host state."²⁹³ La sostanziale correttezza dell'osservazione è confermata dal numero elevato di casi nei quali lo Stato di nazionalità interviene per sostenere tesi contrarie a quelle del suo cittadino.

Il riconoscimento di un diritto individuale di ricorso non rappresenta un'innovazione significativa solo dal punto di vista sistematico, ma ha avuto

analogo RONZITTI N., *op. cit.*, 43 La medesima posizione è stata adottata anche da alcuni Stati convenuti di fronte a tribunali arbitrali internazionali, ad esempio, il Canada in *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL Case, Partial Award of 12 November 2000 o gli Stati Uniti nella loro *Reply to the Counter-Memorial of the Loewen Group, Inc. in Matters of Jurisdiction and Competence* (26 April 2002), 33 in *Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No., ARB(AF)/98/3

²⁸⁹ VAN HARTEN G., LOUGHLIN M., *op. cit.*, 127-131; DOUGLAS Z., *The Hybrid*, *cit.*, 181-183; ORREGO VICUÑA F., *Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement*, in *ICSID Rev.-FILJ*, 15(2), 2000, 341-344

²⁹⁰ La possibilità che un atto internazionale possa creare diritti individuali direttamente azionabili di fronte ad un giudice era già stata riconosciuta dalla Corte permanente di giustizia internazionale in *Jurisdiction of the Courts of Danzig Case*, PCIJ Rep. Series B No. 15, 1928, 17-19, dove si era stato affermato "it cannot be disputed that the very object of an international agreement [...] may be the adoption by the parties of some definite rules creating individual rights and enforceable by the national courts." In senso analogo anche la Corte internazionale di giustizia in *LaGrand Case* (Germany v. US), ICJ Rep. 2001, paras. 78-79

²⁹¹ Per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali, si veda caso *CMS*, *Decision on Jurisdiction*, *cit.*, 45

²⁹² In argomento si veda caso *Barcelona Traction*, *cit.*, paras. 78-79

²⁹³ DOUGLAS Z., *The Hybrid*, *cit.*, 167-168

effetti rilevanti anche in termini pratici, comportando un netto aumento nel numero di cause portate di fronte a meccanismi di controllo internazionali. In precedenza, l'unico foro permanente competente in materia di investimenti era la Corte internazionale di giustizia, un'istanza aperta solo ai soli ricorsi statali²⁹⁴. L'investitore doveva, dopo aver inutilmente esperito tutti i ricorsi interni, rivolgersi alle autorità del proprio Paese affinché portassero il caso di fronte alla Corte²⁹⁵, un passo che gli Stati hanno tradizionalmente affrontato con estrema riluttanza²⁹⁶. Considerazioni di politica estera hanno spesso prevalso sulla volontà di proteggere i propri investitori, senza che questi ultimi potessero in qualche modo opporsi a questo tipo di scelta²⁹⁷. Viceversa, i privati che abbiano subito un danno dall'azione dello Stato ospite sono tendenzialmente liberi da questi vincoli di carattere politico o diplomatico e, di conseguenza, più pronti a utilizzare appieno gli strumenti di tutela a loro disposizione.

²⁹⁴ Art. 34 dello Statuto della Corte. In generale sul punto ROSENNE S., *The Law and Practice of the International Court of Justice*, vol. II, 4th ed., The Hague, 2006, chapter 10; THIRLWAY H., *The International Court of Justice*, in EVANS M. (ed.), *International Law*, 2nd ed., Oxford, 2006, 568-569; BENVENUTI P., voce *Corte internazionale di giustizia*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, Torino, 1989, 253; STARACE V., *La competenza della Corte internazionale di giustizia in materia contenziosa*, Napoli, 1970. Sulla posizione dell'individuo rispetto alla Corte internazionale di giustizia, si vedano ORREGO VICUÑA F., *International Dispute Settlement*, cit., 57-60; ROSENNE S., *Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice*, in SANDERS P. (ed.), *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, 240-251

²⁹⁵ PRICE D.M., *NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve?*, in *Canada-US L. Journ.*, 26, 2001, 112

²⁹⁶ Come dimostrato dal numero esiguo di casi relativi agli investimenti decisi dalla Corte in più di 60 anni di attività: oltre il già citato *Barcelona Traction*, si ricordano il recente *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, ICJ Rep. 103, 2007; *Electronica Sicula Spa (ELSI) Case (US v. Italy)*, ICJ Rep. 14, 1989; *Anglo-Iranian Oil Company Case (UK v. Iran)*, ICJ Rep. 1952, 53; sul punto si veda, in particolare, BROWNLIE I., *Principles of Public International Law*, 6th ed. Oxford, 2003, 677. FRANCK S.D., *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, in *Fordham L. Rev.*, 73, 2005, 1537 osserva che anche in caso di decisione della Corte favorevole all'investitore, l'eventuale risarcimento del danno sarebbe stato riconosciuto a favore dello Stato di nazionalità e non direttamente della parte privata che aveva subito il danno. Inoltre, se lo Stato condannato non avesse adempiuto spontaneamente, l'unica possibilità per ottenere l'esecuzione sarebbe stato l'ottenimento di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, un meccanismo totalmente inadatto per controversie di questo tipo. Su quest'ultimo punto si veda ALVAREZ J.E., *The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences*, in *Texas Intl. L. Journ.*, 38, 2003, 405

²⁹⁷ Come chiaramente affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Barcelona Traction*, cit., 78, secondo la quale: "[t]he State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted and when it will cease."

ii) Il consenso preventivo dello Stato e il cd. “arbitrato unilaterale”

La posizione della parte privata risulta ulteriormente rafforzata da un altro tipo di evoluzione che ha contribuito all’aumento dei casi portati di fronte ai tribunali arbitrali internazionali. Si tratta del fenomeno della cd. “arbitration without privity”²⁹⁸, vale a dire della possibilità per la parte privata di attivare questo tipo di meccanismo anche in assenza di un previo accordo con lo Stato ospite, ma semplicemente aderendo in via unilaterale²⁹⁹ all’offerta da questo precedentemente formulata. Come visto in precedenza, infatti, l’arbitrato investitore-Stato si fonda sul consenso delle parti³⁰⁰, il quale può essere espresso in modi diversi. A partire dagli anni ’80, si è diffusa la tendenza da parte degli Stati ad esprimere il loro consenso in atti non conclusi con la parte privata, come avviene per i contratti di investimento, ma tramite leggi nazionali o accordi internazionali conclusi con lo Stato di nazionalità dell’investitore³⁰¹.

Lo Stato esprime, dunque, il suo consenso in via preventiva e generale, mentre la parte privata può accettare l’offerta anche solo in un momento successivo, talvolta semplicemente attraverso il deposito del ricorso presso il tribunale arbitrale³⁰². Per tale ragione, si parla di arbitrato unilaterale³⁰³, proprio perché attivabile solo da una delle parti anche in mancanza di un previo accordo con la controparte. Il modello, ormai largamente accettato anche nella prassi arbitrale³⁰⁴, manca della reciprocità che caratterizza l’arbitrato commerciale e sembrerebbe discostarsi da quanto previsto dai redattori della Convenzione ICSID. Dall’analisi dei Lavori preparatori dell’articolo 25 emerge, infatti, che gli Stati membri, soprattutto quelli

²⁹⁸ PAULSSON J., *Arbitration without Privity*, cit., 231

²⁹⁹ SACERDOTI G., *Investment Arbitration*, cit., 7; SORNARAJAH M., *The Clash*, cit., 13

³⁰⁰ Il *Report of the Executive Directors*, cit., para. 23 lo definisce “a cornerstone” del sistema ICSID

³⁰¹ Per una discussione approfondita sul valore delle manifestazioni contenute in accordi internazionali si vedano MAURO M.R., *Gli accordi bilaterali*, cit., 337-345; SORNARAJAH M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, The Hague-London-Boston, 2000, 210-211

³⁰² WÄLDE T., *The Specific Nature*, cit., 57-60

³⁰³ BEN HAMIDA W., *L’arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents*, in *Journ. droit int.*, 131(2), 2004, 420-421 spiega che “[i]l est unilatéral, enfin, car la procédure arbitrale ne peut être initiée que par la personne privée en cause [...]”. In senso analogo PRUJINER, *L’arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel?*, in *Rev. Arb.*, 1, 2005, 63-99

³⁰⁴ *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 September 2003, para. 12.3. Il primo caso in cui è stata adottata quest’impostazione è *Asian Agricultural Products (AAPL) v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of 27 June 1990. In senso analogo, tra gli altri, *Impregilo Spa v. Islamic Republic of Pakistan*, ICISD Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction of 22 April 2005, para. 108

in via di sviluppo, abbiano inteso escludere qualsiasi forma di arbitrato attivabile senza il loro consenso specifico³⁰⁵.

Tuttavia, parte della dottrina ritiene che l'attuale configurazione dell'arbitrato diretto sia giustificata alla luce della funzione da questo svolta nell'ambito del sistema di tutela³⁰⁶. Il meccanismo è stato, infatti, introdotto per consentire all'investitore straniero di ricorrere di fronte ad un organo internazionale nel caso in cui lo Stato ospite eserciti i suoi poteri sovrani in modo non conforme a quanto previsto da un trattato internazionale sugli investimenti. La sua funzione è, secondo questa parte della dottrina, del tutto analoga a quella svolta dalle corti sui diritti umani nel contesto europeo ed in quello americano, dalla Corte di giustizia delle comunità europee o, addirittura, dai tribunali amministrativi nazionali³⁰⁷, non potendo, invece, essere paragonata a quella dei tribunali arbitrali commerciali. Muovendo da tale considerazione, gli autori in esame ritengono che anche le modalità di accesso all'arbitrato internazionale debbano necessariamente conformarsi al modello degli organi giurisdizionali citati in precedenza, superando i limiti previsti per l'arbitrato commerciale³⁰⁸.

Questo tipo di impostazione può essere condivisa nella misura in cui mette bene in luce il legame tra il carattere unilaterale dell'arbitrato internazionale e l'evoluzione che ha interessato il meccanismo in esame. Oggi, in effetti, il suo ambito applicativo va ben oltre ai rapporti contrattuali tra lo Stato ospite e l'investitore, arrivando a coinvolgere scelte politiche che riguardano l'interesse generale³⁰⁹. Tuttavia, le conclusioni alle quali giungono gli autori visti in precedenza si prestano anche ad alcune considerazioni critiche.

³⁰⁵ I lavori preparatori dell'art. 25 della Convenzione ICSID sono stati approfonditamente studiati da STERN B., *Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires?*, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle. A propos de trente ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, 223-244

³⁰⁶ WÄLDE T., *The Specific Nature*, cit., 60-61

³⁰⁷ GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, 2004, 7 paragona l'evoluzione che ha interessato l'arbitrato internazionale a quella "qui, au XIX siècle, a vu la naissance du contrôle de la légalité des actions de l'administration française par le Conseil d'Etat"

³⁰⁸ *Ibid.*, 61 afferma che "[w]e should therefore be ready to emancipate ourselves from the tyranny of the commercial arbitration paradigm when the specific nature and purpose of investment arbitration clearly requires so"

³⁰⁹ Sull'ampiezza dell'ambito applicativo dell'arbitrato diretto si vedano le considerazioni svolte *supra*. Per l'approfondimento del rapporto tra il carattere unilaterale dell'arbitrato diretto e l'ampliamento del suo ambito applicativo CRÉPET DAIGREMONT C., *op. cit.*, 481-485;

In prima battuta, il richiamo alle corti sui diritti umani e, ancora di più, alla Corte di giustizia o alle corti amministrative nazionali, per quanto interessante dal punto di vista teorico, non sembra tenere nella dovuta considerazione le profonde differenze tra il diritto internazionale degli investimenti e i diversi ambiti normativi.

Inoltre, per quanto riguarda più nello specifico l'oggetto del presente lavoro, occorre valutare se, come sostengono alcuni autori, il carattere preventivo e generale della formulazione del consenso statale rappresenti un elemento potenzialmente pericoloso per la sovranità dello Stato, il quale si espone ad una serie indeterminata ed indeterminabile di ricorsi. Secondo tale corrente di pensiero, essa costituisce per l'investitore una sorta di "blank cheque which may be cashed for an unknown amount at a future, and as yet unknown date"³¹⁰. Sebbene le conseguenze in termini di sovranità interna derivanti da tale evoluzione non siano così gravi come questa parte della dottrina lascia intendere, è indubbio che lo squilibrio derivante dall'evoluzione in esame incida in modo rilevante sul rapporto tra lo Stato ospite e l'investitore straniero, rappresentando un elemento indubbiamente favorevole per la parte privata³¹¹.

Da ultimo, secondo alcuni autori, vi è addirittura il rischio che questo tipo di soluzione finisca per avere conseguenze negative sull'intero sistema. In futuro gli Stati potrebbero, infatti, dimostrarsi più restii ad assumere obblighi sul piano internazionale, per timore di concedere un trattamento di eccessivo favore agli investitori stranieri³¹².

6.4 Arbitrato diretto e sistema giudiziario dello Stato ospite

i) Il superamento del requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni

Un secondo elemento di novità introdotto dall'attuale sistema di tutela degli investimenti esteri riguarda il rapporto tra l'arbitrato diretto e il sistema giudiziario dello Stato ospite. Il diritto internazionale generale prevede, infatti,

BURDEAU G., *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats*, in Rev. arb., 1995, 21

³¹⁰ In questo senso VAN HARTEN G., LOUGHLIN M., *op. cit.*, 129-130

³¹¹ GIARDINA A., *International Investment Arbitration: Recent Developments as to the Applicable Law and Unilateral Recourse*, in L. & Pract. Intl. Courts & Trib., 5, 2006, 38

³¹² MAURO M.R., *Nuove questioni*, *cit.*, 74-75; GIARDINA A., *Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effect obligatoire*, in Rev. Arb., 3, 2003, 664-666

che un soggetto privato possa invocare la tutela di un proprio diritto a livello internazionale, solo dopo aver inutilmente esperito tutte le possibilità di ricorso previste dall'ordinamento dello Stato³¹³. Il carattere consuetudinario di tale requisito è stato riconosciuto a più riprese dalla Corte internazionale di giustizia. Nel caso *ELSI*, ad esempio, il principio è stato definito un "important principle of customary international law"³¹⁴. La medesima impostazione è rinvenibile anche nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati³¹⁵ e in quello sulla protezione diplomatica³¹⁶, entrambi elaborati dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite.

La natura consuetudinaria del principio non impedisce una sua deroga in via convenzionale. Nel caso *ELSI*, la Corte internazionale di giustizia ha, però, precisato che la dispensa deve essere espressa, in considerazione dell'importanza di tale principio³¹⁷. La dottrina maggioritaria ritiene che l'articolo 26 della Convenzione di Washington soddisfi tale condizione e che, per tale ragione, la regola del previo esaurimento non possa considerarsi applicabile in materia di investimenti esteri, salva espressa previsione pattizia in senso contrario³¹⁸. La citata disposizione prevede, infatti, che il consenso all'arbitrato ICSID costituisca una scelta che esclude il ricorso ad ogni altro tipo di rimedio, fatta salva la possibilità per ciascuna Parte contraente di chiedere l'applicazione della regola del previo esaurimento³¹⁹. Tra gli Stati contraenti, solo Israele aveva dichiarato di considerare tale requisito una condizione per la ratifica, ma, nel 1991, ha ritirato la dichiarazione.

³¹³ In generale AMERASINGHE C.F., *Local Remedies in International Law*, 2nd ed., Cambridge, 2004. In riferimento al settore dei diritti umani: PISILLO MAZZESCHI R., *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004

³¹⁴ *ELSI Case, cit.*, para. 50. In senso analogo *Interhandel Case (Switzerland v. United States)*, ICJ Rep. 1959, para. 27

³¹⁵ Art. 44 *Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts*, ILC 51st Sess, November 2001, UN Doc. A/CN.4/L.602/Rev. 1

³¹⁶ Art. 14 *Draft Articles on Diplomatic Protection*

³¹⁷ *ELSI Case, cit.*, para. 50

³¹⁸ CHOI M-W., *op. cit.*, 732; SCHREUER C., *Calvo's Grandchildren: The Return of local Remedies in Investment Arbitration*, in L. & Pract Intl. Courts & Trib., 4, 2005, 1-3; DOUGLAS Z., *The Hybrid, cit.*, 240; DODGE W.S., *National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata Under Chapter Eleven of NAFTA*, in Hastings Intl. & Comp. L. Rev., 23, 2000, 363; SCHWEBEL S.M., *Arbitration and Exhaustion of Local Remedies*, in ID., *Justice in International Law*, Cambridge, 1994, 172

³¹⁹ Da un punto di vista sistematico, il riferimento esclusivo a questa norma è giustificato dal ruolo preminente del sistema ICSID in materia di arbitrato diretto internazionale

Sul piano convenzionale sono rari gli esempi che prevedono il previo esaurimento tra le condizioni per agire di fronte ad un tribunale arbitrale. Per quanto riguarda gli accordi multilaterali, ad esempio, l'articolo 1121 NAFTA si limita a prevedere che per poter ricorrere all'arbitrato internazionale, la parte privata debba rinunciare ad iniziare o continuare qualsiasi tipo di azione di fronte ai tribunali nazionali. La disposizione consente, dunque, all'investitore la sottoposizione della questione ad un tribunale interno prima di ricorrere di fronte ad un tribunale arbitrale internazionale, senza imporre nei suoi confronti l'obbligo di esperire tale tentativo³²⁰. Sul piano bilaterale, il previo esaurimento dei ricorsi interni è previsto come presupposto per l'azione internazionale solo in alcuni BIT più risalenti³²¹, mentre la maggior parte degli accordi recenti non contiene alcuna disposizione in questo senso.

L'avvenuto superamento del requisito in esame è ulteriormente confermato dall'analisi della prassi statale. Anche in assenza di un accordo tra le Parti che imponga il previo esaurimento dei ricorsi interni, sono, infatti, estremamente rari i casi nei quali gli Stati abbiano sollevato questa eccezione. In questo senso, occorre sottolineare quanto sostenuto nel caso *Nykomb* dalla Lettonia, secondo la quale l'argomentazione da lei avanzata "should not be understood (as do *Nykomb* and its expert) to advocate the principle of exhaustion of local remedies as a procedural requirement in the traditional sense of international law". Da ultimo, deve rilevarsi come questo tipo di lettura sia stata ribadita in modo costante anche da numerosi tribunali arbitrali, costituiti sotto gli auspici dell'ICSID³²² o organizzati secondo modelli procedurali diversi.³²³ Sempre nel caso *Nykomb*, il Tribunale arbitrale della Camera di commercio di Stoccolma ha chiarito che "no such general obligation to exhaust local remedies can be derived from the [Energy Charter] Treaty or international law in general".³²⁴

Ai fini del presente lavoro, la rilevanza della deroga introdotta dall'attuale sistema di tutela rispetto al diritto internazionale classico deriva dal legame tra il requisito

³²⁰ Sul punto DODGE W.S., *op. cit.*, 370-376

³²¹ Art. 7 BIT Romania-Sri Lanka (1983)

³²² Per quanto riguarda il settore degli investimenti esteri si veda in particolare *Compañía de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 21 November 2000, para. 81 ('Caso Vivendi I')

³²³ Caso *Yaung Chi Oo*, *cit.*, para. 40

³²⁴ Caso *Nykomb*, *cit.*, para. 2.4

del previo esaurimento dei ricorsi interni e la sovranità statale. La regola è, infatti, espressione del “[...] respect for the sovereignty and jurisdiction of the State competent to deal with the question through its judicial organs”³²⁵. A tale proposito, si è osservato che “[...] the right of sovereignty and independence warrants the local State in demanding for its courts freedom from interference, on the assumption that they are capable of doing justice [...]”³²⁶. Si deve, inoltre, ricordare che anche i sostenitori del Nuovo ordine economico internazionale consideravano tale requisito un elemento fondamentale del diritto sovrano degli Stati di regolare le attività economiche private sul loro territorio³²⁷.

Inoltre, il superamento del requisito costituisce un elemento che, ampliando le possibilità di ricorso all’arbitrato internazionale, rafforza ulteriormente la posizione dell’investitore straniero nel suo rapporto con lo Stato ospite. La necessità di sottoporre la controversia ai tribunali interni costituisce, infatti, un limite rilevante per il diritto di azione, prestandosi ad essere utilizzata dagli Stati per ostacolare o ritardare l’accesso ad istanze internazionali da parte del soggetto privato. A conferma di tale osservazione, si deve osservare come parte della dottrina sostiene che il reinserimento della regola classica del previo esaurimento dei ricorsi interni contribuirebbe a riequilibrare il meccanismo dell’arbitrato diretto, rafforzando la posizione dello Stato³²⁸.

ii) Clausole contrattuali di scelta del foro e competenza dei tribunali arbitrali internazionali

L’eliminazione dell’obbligo di esperire in via preventiva i ricorsi offerti dal sistema giurisdizionale dello Stato ospite apre importanti questioni circa il rapporto tra l’arbitrato diretto e il sistema giurisdizionale dello Stato ospite. Questo perchè “[t]he local remedies rule has the effect of resolving conflicts of jurisdiction over the composite elements of an investment dispute”³²⁹. Uno degli aspetti più controversi a tale proposito riguarda il rapporto tra il consenso

³²⁵ DE ARECHAGA J., *International Responsibility*, in SØRENSEN M. (ed.), *Manual of Public International Law*, 1968, 584

³²⁶ BORCHARD E., *op. cit.*, 817-818. In senso analogo AMERASINGHE C.F., *Local Remedies, cit.*, 97; DOEHRING K., *Local Remedies (Exhaustion of)*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1987, 238

³²⁷ Art. 2(c) della Carta dei diritti e doveri economici degli Stati (1974)

³²⁸ BERNASCONI-OSTERWALDER N., *op. cit.*, 70

all'arbitrato espresso dagli Stati nei trattati internazionali e specifiche clausole inserite nei trattati conclusi tra gli Stati e gli investitori esteri che individuano le corti nazionali quali fori competenti esclusivi per tutte le controversie tra le parti. In particolare, occorre determinare se l'accettazione di queste clausole da parte dell'investitore possa considerarsi un esercizio della facoltà di scelta tra i diversi meccanismi di soluzione delle controversie previsti dalla maggior parte degli accordi internazionali, impedendo, dunque, il successivo ricorso all'arbitrato internazionale.

La questione si è posta con frequenza proprio in materia di investimenti infrastrutturali, essendo le clausole di scelta del foro presenti nella quasi totalità dei contratti di concessione con i quali gli Stati affidano la costruzione dell'infrastruttura e la gestione del servizio ad operatori privati. Facendo riferimento a questo tipo di disposizioni, gli Stati convenuti hanno, infatti, sostenuto che l'attribuzione di competenza alle corti interne contenuta nel contratto di concessione sottoscritto dall'investitore dovesse considerarsi una rinuncia da parte di quest'ultimo al diritto di azione di fronte ad un'istanza arbitrale internazionale. I tribunali arbitrali investiti della questione hanno costantemente rigettato tale impostazione, adottando, anche in tale contesto, un approccio favorevole all'investitore straniero attraverso l'ampliamento della loro sfera di competenza.

In alcuni casi, l'effetto preclusivo delle clausole contrattuali in esame è stato negato sostenendo che la competenza dei tribunali interni per questioni relative alla concessione non derivava dalla scelta delle parti, ma era imposta dalla legislazione del Paese ospite. Per tale ragione, le disposizioni in esame non potevano considerarsi un esercizio della facoltà di opzione ai sensi del BIT, nè ritenersi una rinuncia della parte privata al suo diritto di sottoporre il caso all'arbitrato internazionale³²⁹. Un'impostazione di questo tipo si ritrova, ad esempio, nel già citato caso *Salini*, dove è stato precisato che "Article 52 CCAG [...] cannot be taken to be a clause truly extending the scope of jurisdiction and

³²⁹ DOUGLAS Z., *The Hybrid*, cit., 240. In senso analogo ORELLANA M.A., *Science, Risk and Uncertainty: Public Health Measures and Investment Disciplines*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *op. cit.*, 740

³³⁰ In generale sul punto SPIERMANN O., *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, in *Arb. Int.*, 20(2), 2004, 179-211

covered by the principle of Parties' autonomy."³³¹ La soluzione non è del tutto convincente ed è stata criticata sia da alcuni tribunali arbitrali³³² sia in dottrina³³³. Affermare che l'individuazione di un tribunale nazionale quale foro competente non costituisca esercizio di volontà delle parti solo perchè conforme a quanto disposto dalla legislazione del Paese ospite è poco corretto dal punto di vista logico-giuridico. In questo modo, infatti, i tribunali arbitrali escludono la rilevanza della clausola di scelta del foro in base ai risultati ai quali essa conduce. Con tutta probabilità la conclusione sarebbe stata diversa nel caso in cui le parti avessero deciso di sottoporre le proprie controversie ad altri meccanismi, quali l'arbitrato interno o internazionale, ugualmente consentiti dalla legislazione dei Paesi ospiti.

In altre circostanze i tribunali arbitrali hanno adottato una diversa linea interpretativa, continuando, però, a negare che le clausole contrattuali di scelta del foro potessero in qualche modo limitare la loro competenza. Il *leading case* in materia è il lodo *Vivendi I*³³⁴, il quale verteva sulla privatizzazione dei servizi di distribuzione di acqua potabile e di quelli igienico-sanitari nella provincia argentina di Tucumán. Il contratto di concessione concluso dalla sussidiaria locale di una multinazionale francese con le autorità provinciali prevedeva che “[f]or purposes of interpretation and application of this Contract the parties submit themselves to the exclusive jurisdiction of the Contentious Administrative

³³¹ Caso *Salini, cit.*, para. 27. L'art. 52 del Cahier des Clauses Administrative Générales (CCAG) prevedeva la competenza del Tribunale di Rabat per ogni questione derivante dal contratto di concessione concluso tra il Marocco e gli investitori italiani. In senso analogo *LANCO International, Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Preliminary Decision on Jurisdiction of 8 December 1998, paras. 19, 26-38

³³² Caso *PSEG*, Decision on Jurisdiction, *cit.*, para. 164 la definisce “rather elliptic”. Il caso riguardava la costruzione di una centrale termoelettrica nell'area di Konya Igin in Turchia da parte di un investitore statunitense

³³³ GAILLARD E., *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, in *Rev. arb.*, 3, 2003, 869-871

³³⁴ La ragione di tale appellativo risiede nel fatto che è attualmente pendente di fronte ad un tribunale ICSID un altro caso *Vivendi*, dopo che il lodo del 21 novembre 2000 era stato parzialmente annullato da un Comitato *ad hoc* il 3 luglio 2002. La decisione di annullamento era stata adottata perché il Tribunale aveva rinunciato a statuire nel merito, ritenendo che l'investitore dovesse rivolgersi al tribunale amministrativo provinciale. Il Comitato *ad hoc* aveva però ritenuto tale rifiuto un manifesto eccesso di potere ai sensi dell'art. 52 Convenzione ICSID. La decisione di annullamento non ha, però, riguardato le parti del lodo che rilevano ai fini del presente lavoro, le quali sono, perciò, ancora valide. Per un commento approfondito del caso si veda SCHREUER C., *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – The Vivendi I Case Considered*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law, cit.*, 281-323

Tribunals of Tucumán.”³³⁵ Anche in questo caso, si trattava di determinare se la clausola potesse considerarsi una rinuncia da parte dell’investitore all’arbitrato, determinando, perciò, l’incompetenza del tribunale ICSID investito della causa. Nel caso di specie, il collegio arbitrale ha negato che la clausola contrattuale di scelta del foro potesse in alcun modo restringere la sua competenza, la quale derivava dal consenso prestato dallo Stato ospite nel BIT concluso con lo Stato di nazionalità dell’investitore.

La conclusione è fondata sulla distinzione tra controversie di tipo contrattuale e quelle attinenti ad un trattato internazionale o, per utilizzare l’espressione inglese, tra *contract claims* e *treaty claims*³³⁶. La distinzione non dipende dalla condotta materiale dello Stato: lo stesso comportamento è potenzialmente in grado di integrare violazioni diverse, a seconda dei parametri normativi con il quale lo si valuta. Ciò che distingue le due tipologie è, invece, la natura della norma violata, la quale determina quale sia la disciplina normativa applicabile per la valutazione del comportamento statale. I *treaty claims* sono, infatti, regolati dal diritto internazionale, mentre le controversie contrattuali derivano la propria disciplina dall’ordinamento interno dello Stato ospite.

Come chiarito nel caso *Vivendi I*, la distinzione ha conseguenze importanti sul rapporto tra arbitrato internazionale e ordinamento giurisdizionale interno. La presenza di una clausola contrattuale che individui una corte nazionale quale foro competente non è, infatti, in grado di “divest[ing] [the arbitral] tribunal of jurisdiction to hear this case because that provision did not and could not constitute a waiver by [the investor] of its rights under article 8 of the BIT”³³⁷. Una previsione di questo tipo, infatti, riguarda esclusivamente il piano contrattuale e non quello internazionale, lasciando, dunque, intatta la possibilità per un tribunale arbitrale di giudicare la condotta della autorità nazionali in base alle norme del BIT. Come si è già avuto modo di rilevare in precedenza, l’identità materiale dei fatti non muta questo tipo di conclusione, dal momento che ciò che

³³⁵ Art. 16(4) del contratto di concessione, tradotto in caso *Vivendi I*, Award, para. 27

³³⁶ In generale su questa distinzione e sulla sua rilevanza in diversi ambiti del diritto degli investimenti si vedano LEMAIRE S., *Treaty Claims et Contract Claims: la compétence du CIRDI à l’épreuve de la dualité de l’Etat*, in Rev. Arb., 2, 2006, 353-400; CREMADES B., CAIRNS D.J., *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes*, in HORN N. (ed.), *op. cit.*, 325-351

³³⁷ Caso *Vivendi*, Award, *cit.*, para. 53. Sul punto CRÉPET DAIGREMONT C., *op. cit.*, 492-493

rileva è la natura della norma che si ritiene violata. Questo perché, “[treaty] claims against the Argentine Republic are not subject to the jurisdiction of the contentious administrative tribunals of Tucumán, if only because, *ex hypothesi*, those claims are not based on the Concession Contract but allege a cause of action under the BIT”³³⁸.

La stessa impostazione è stata adottata da altri tribunali, rappresentando, ormai, un elemento costante della giurisprudenza arbitrale internazionale in materia, almeno per quanto attiene gli investimenti infrastrutturali³³⁹. A questo proposito, merita particolare attenzione il caso *Azurix*³⁴⁰, anch’esso legato ad un fallito progetto di privatizzazione dei servizi idrici in una provincia argentina. Il contratto di concessione concluso tra l’investitore statunitense e la provincia di Buenos Aires non si limitava, infatti, a prevedere che tutte le controversie derivanti dall’esecuzione dell’accordo fossero di competenza esclusiva del tribunale amministrativo della città di La Plata, ma precisava che la scelta dovesse considerarsi come “expressly waiving any other forum or jurisdiction that may correspond due to any reason.”³⁴¹ Come precisato dallo Stato convenuto di fronte al tribunale arbitrale, la disposizione era stata appositamente inserita per evitare i dubbi sorti nel caso *Vivendi I* sul carattere esclusivo della designazione del giudice competente. Il collegio arbitrale ha, però, rilevato che l’inclusione di una rinuncia espressa alla sottoposizione delle controversie derivanti dalla concessione ad ogni altro foro non modifica l’ambito applicativo della clausola che deve ritenersi sempre limitato alle questioni di carattere contrattuale. Muovendo da tale considerazione, il tribunale ha ritenuto pienamente applicabile anche in questa situazione la giurisprudenza *Vivendi I*, basata sulla distinzione tra *treaty claims* e

³³⁸ Caso *Vivendi*, Award, *cit.*, para. 9

³³⁹ *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Jurisdiction of 11 May 2005, para. 111; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction of 14 January 2004, paras. 174-180; Caso *CMS*, Decision on Jurisdiction, *cit.*, paras. 70-76; *Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction of 21 October 2001, para. 114

³⁴⁰ *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction of 8 December 2003

³⁴¹ Clausola 16.7 dell’Accordo di Concessione, come riportato in caso *Azurix*, Decision on Jurisdiction, *cit.*, para. 26. Tale disposizione è analoga a quella delle nella Clausole 1.5.5 e 2.16 del *Pliego de Bases y Condiciones de Licitación*, vale a dire nel documento che stabiliva le condizioni alle quali avrebbe dovuto conformarsi il concessionario vincitore del bando per la privatizzazione del servizio

contract claims, posto che “[t]he claims or causes of action before this Tribunal are different in nature from any claims which [the investor] could bring before the courts of the city [...] under the Contract Documents.”³⁴²

Questo tipo di lettura tendente ad ampliare la sfera di competenza dei tribunali arbitrali mira a rafforzare ulteriormente il diritto di ricorso riconosciuto dagli accordi internazionali in capo agli investitori esteri. In questo senso, perciò, essa risulta pienamente giustificata alla luce dell’obiettivo finale del sistema di tutela. L’irrelevanza di una clausola contrattuale di scelta del foro ai fini della determinazione della sfera di competenza di un tribunale arbitrale chiamato a giudicare la compatibilità dell’intervento statale con norme contenute in un accordo internazionale è condivisibile anche in una prospettiva più ampia. Come rilevato dal Comitato *ad hoc* nel caso *Vivendi I*³⁴³, una diversa interpretazione consentirebbe allo Stato di utilizzare una clausola contrattuale per sfuggire ad un obbligo assunto sul piano internazionale, portando, perciò, ad un risultato in contrasto con il principio secondo cui le norme di diritto interno non possono essere invocate a giustificazione dell’inosservanza di norme internazionali³⁴⁴.

Tuttavia, occorre anche rilevare che tale lettura estensiva incide in modo sensibile sull’equilibrio del rapporto tra le parti³⁴⁵. Le clausole di scelta del foro che sanciscono la competenza esclusiva delle corti nazionali costituiscono, infatti, un elemento di garanzia per la posizione dello Stato e, per tale ragione, la loro inclusione richiede spesso il riconoscimento di altri tipi di vantaggi a favore dell’investitore. L’applicazione della distinzione tra *contract claims* e *treaty claims* in tale ambito sembrerebbe, perciò, richiedere maggiore cautela da parte degli organi arbitrali, soprattutto nella valutazione della natura della controversia. In caso contrario, vi è il rischio di “confer[ring] the power upon one party to a contractual bargain to override one of the key terms of that bargain at its discretion”³⁴⁶.

³⁴² Caso *Azurix*, Decision on Jurisdiction, *cit.*, para. 79.

³⁴³ Caso *Vivendi I*, Decision on Annulment, *cit.*, para. 105. In senso analogo, caso *Camuzzi*, Decision on Jurisdiction, *cit.*, para. 112.

³⁴⁴ Art. 27 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

³⁴⁵ CRÉPET DAIGREMONT C., *op. cit.*, 500-505.

³⁴⁶ DOUGLAS Z., *The Hybrid*, *cit.*, 260. L’A. sostiene che il tribunale arbitrale non dovrebbe limitarsi ad accettare la qualificazione offerta dall’investitore nel suo ricorso, ma dovrebbe valutare in modo autonomo se si tratta di una controversia basata su un trattato o di una mera questione contrattuale.

ii) Ricorso di fronte ai tribunali interni e regola *fork-in-the-road*

Esclusa la possibilità di considerare la mera inclusione in un contratto di investimento di una disposizione che individui i tribunali interni quali fori competenti come una rinuncia all'arbitrato internazionale, resta da determinare cosa accada nel caso in cui l'investitore abbia dato seguito alla clausola di scelta del foro, portando il caso di fronte alle corti nazionali prima di rivolgersi all'arbitrato internazionale.

Per disciplinare la scelta tra i diversi metodi di soluzione delle controversie, alcuni trattati sugli investimenti³⁴⁷ prevedono che l'eventuale tentativo da parte dell'investitore straniero di esperire le vie di ricorso interno estingua il suo diritto di ricorso all'arbitrato internazionale. Una formulazione chiara di tale regola, comunemente identificata come *fork-in-the-road*, è espressa nel BIT Argentina-Francia, dove si prevede che “[u]ne fois que un investisseur a soumis le différend soit aux juridictions de la Partie contractante concernée, soit à l’arbitrage international, la choix de l’une ou de l’autre de ces procédures reste définitif”³⁴⁸.

Dal punto di vista interpretativo, il problema principale concerne l'identificazione di quali siano gli atti in grado di far scattare l'effetto preclusivo previsto da questo tipo di disposizioni. Anche a tale proposito, l'elemento determinante è la natura della controversia, posto che l'effetto preclusivo stabilito dalla regola *fork-in-the-road* scatta solo in caso di perfetta identità, in punto di fatto e di diritto, tra il ricorso interno e quello internazionale. Come specificato in numerose decisioni arbitrali³⁴⁹, tale requisito non può ritenersi soddisfatto se i due ricorsi hanno natura diversa, una situazione che si verifica, ad esempio, quando le questioni sollevate di fronte all'organo giurisdizionale interno abbiano carattere solo contrattuale, mentre il tribunale arbitrale sia adito per violazioni di norme del BIT.

Sebbene la soluzione sia chiara nelle sue linee teoriche, alcuni problemi sono sorti nella pratica, come dimostrano le divergenze rilevabili nella giurisprudenza arbitrale. Nel caso *Vivendi I*, ad esempio, Tribunale e Comitato *ad hoc* sono giunti a conclusioni opposte sul punto, nonostante muovessero entrambi da presupposti

³⁴⁷ Si veda, ad esempio, l'art. V(3) BIT Romania-USA (1992)

³⁴⁸ Art. 2 BIT Argentina-Francia (1991)

³⁴⁹ Nel settore degli investimenti infrastrutturali, si vedano caso *M.C.I.*, *cit.*, para. 186; caso *Enron*, Decision on Jurisdiction, *cit.*, paras. 95-98; caso *Azurix*, Decision on Jurisdiction, *cit.*, paras. 86-92; caso *CMS*, Decision on Jurisdiction, *cit.*, paras. 77-82; *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL Case, Final Award of 3 September 2001, paras 162-163

teorici analoghi. Il primo ha, infatti, escluso che l'eventuale ricorso da parte del ricorrente di fronte alle corti amministrative di Tucumán avrebbe fatto scattare l'effetto preclusivo previsto dall'articolo 8 del BIT Francia-Argentina, proprio in ragione della diversa natura giuridica di tale azione rispetto a quella di fronte ad un tribunale arbitrale internazionale³⁵⁰. Viceversa, nella decisione sull'annullamento si è ritenuto che la regola *fork-in-the-road* copra “any disputes relating to investments made under [the] Agreement” e che, per tale motivo, un ricorso di fronte alle corti provinciali “would [...] constitute a “final” choice of forum”³⁵¹.

La lettura proposta dal Comitato *ad hoc* risulta però eccessivamente rigida ed è stata giustamente criticata in dottrina³⁵². Nel corso di un rapporto che si sviluppa durante un arco prolungato di tempo, come nel caso degli investimenti infrastrutturali, è altamente probabile che l'investitore si veda costretto a rivolgersi alle corti del Paese ospite per la soluzione di questioni che attengono al contratto di investimento. Se questo dovesse precludere alla parte privata il successivo ricorso al meccanismo dell'arbitrato, la conseguenza potrebbe essere un'ulteriore riduzione del ruolo delle corti nazionali per la risoluzione di dispute relative agli investimenti esteri. Infatti, in presenza di norme pattizie contenenti la regola *fork-in-the-road*, gli investitori potrebbero essere dissuasi dal ricorrere di fronte agli organi giurisdizionali interni anche per questioni aventi mero carattere contrattuale, per timore di perdere il loro diritto di impugnare le misure statali contrarie alle norme del BIT di fronte ad un tribunale arbitrale internazionale. Una simile eventualità non sarebbe giustificabile neppure alla luce dell'obiettivo complessivo del sistema, il quale non mira a sostituire i meccanismi interni di controllo, quanto a completare la loro azione al fine di garantire una migliore protezione degli interessi degli investitori stranieri.

³⁵⁰ Caso *Vivendi I*, Award, *cit.*, para. 55 conclude che “a suit by Claimants against Tucumán in the administrative courts of Tucumán for violation of the terms of the Concession Agreement would not have foreclosed Claimant from subsequently seeking a remedy against the Argentine Republic as provided in the BIT and ICSID Convention.”

³⁵¹ Caso *Vivendi I*, Decision on Annulment, *cit.*, para. 55

³⁵² SCHREUER C., *Investment Treaty Arbitration*, *cit.*, 307; DOUGLAS Z., *The Hybrid*, *cit.*, 277

6.5 Applicazione del diritto internazionale per la soluzione della controversia e sovranità statale

La determinazione di quale sia il diritto applicabile al merito costituisce il primo passo, talvolta decisivo, verso la soluzione della controversia. La scelta del sistema normativo di riferimento è, infatti, un elemento determinante ai fini del risultato finale, come dimostrato nel caso *Wena*³⁵³ per quanto riguarda la quantificazione dell'indennizzo. In questa occasione il Tribunale era chiamato a decidere se l'interesse spettante all'investitore espropriato dovesse essere semplice, come previsto dal codice civile egiziano, o composto, in applicazione dei principi del BIT. Optando per tale seconda soluzione, il collegio arbitrale ha riconosciuto a favore della società britannica una somma di denaro decisamente superiore rispetto a quanto questa avrebbe ottenuto se fosse stato applicato il diritto interno dello Stato ospite.

La situazione risulta ancora più evidente in riferimento alla qualificazione di taluni atti statali, quali le misure di regolazione adottate nei settori che qui interessano. L'applicazione del diritto interno o del diritto internazionale possono, infatti, portare a conclusioni opposte circa la legittimità di questo tipo di atti, con ripercussioni rilevanti in termini di responsabilità degli Stati.

Per quanto rileva ai fini del presente lavoro, si deve osservare come la determinazione del diritto applicabile al merito della controversia sia stato uno degli aspetti tradizionalmente più problematici nel dibattito sul rapporto tra il diritto sovrano degli Stati di regolare le attività economiche che si svolgono sul loro territorio e la tutela degli interessi degli attori privati. Gli Stati considerano, infatti, l'applicazione del diritto nazionale un elemento che offre maggiori garanzie in termini di salvaguardia delle loro prerogative sovrane rispetto al diritto internazionale, spesso percepito come un sistema normativo eccessivamente favorevole alla parte privata³⁵⁴.

³⁵³ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Final Award of 8 December 2000, paras. 128-130. Per un'analisi critica di tale approccio si vedano SCHWARTZ E.A., *Finality at What Cost? The Decision of the Ad Hoc Committee in Wena Hotels v. Egypt*, in GAILLARD E., BANIFATEMI Y (eds.), *Annulment of ICSID Awards*, cit., 43; MAURO M.R., *Il ruolo del diritto internazionale ai sensi dell'art. 42(1) della Convenzione di Washington in assenza di scelta ad opera delle parti del diritto applicabile alla controversia*, in Riv. Arb., 4, 2004, 849-850

³⁵⁴ Tale percezione è generalmente confermata alla prova dei fatti, nonostante vi siano casi nei quali il diritto nazionale prevede soluzioni più favorevoli all'investitore straniero rispetto al diritto

In passato, l'attenzione era tutta incentrata sull'applicabilità del diritto internazionale ai contratti di Stato, un tema che aveva causato profonde divisioni all'interno della comunità internazionale e, di riflesso, della dottrina internazionalistica³⁵⁵. I Paesi esportatori di capitali sostenevano la tesi della cd. internazionalizzazione di questo tipo di accordi, fondando le loro argomentazioni sulla natura speciale degli interessi e delle parti coinvolti. Il loro obiettivo principale era quello di consentire l'assoggettamento dei contratti di Stato ad un ordinamento diverso da quello dei Paesi ospiti, al fine di offrire una migliore tutela agli investitori stranieri contro l'esercizio delle proprie prerogative sovrane da parte dello Stato. Di contro, i Paesi in via di sviluppo e quelli socialisti rivendicavano l'esclusiva applicabilità del loro diritto interno nei confronti di questo tipo di accordi, ritenendo ogni altra soluzione un'inaccettabile interferenza nella loro sovranità interna.

L'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti ha comportato il sostanziale superamento di questo tipo di dibattito, andando, almeno dal punto di vista degli effetti³⁵⁶, nella direzione invocata dai Paesi industrializzati. L'attuale sistema di tutela, fondato sulla disciplina contenuta in strumenti internazionali, consente un più ampio utilizzo del diritto internazionale per la disciplina dei rapporti tra lo Stato ospite e l'investitore straniero³⁵⁷. L'applicazione delle norme internazionali viene giustificato, anche in questo caso, in riferimento alla necessità di migliorare la tutela degli investimenti esteri, risultando, perciò, pienamente conforme all'obiettivo ultimo del sistema. Facendo leva su tale connessione, i tribunali arbitrali hanno sensibilmente rafforzato questo tipo di tendenza, attraverso l'adozione di soluzioni interpretative che ampliano l'applicabilità delle norme internazionali³⁵⁸.

internazionale. In questo senso *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerunaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Award of 21 October 1983, paras. 59-60

³⁵⁵ Sul punto si vedano le considerazioni svolte nel Capitolo I

³⁵⁶ Come si è già detto in precedenza, l'evoluzione del diritto internazionale degli investimenti non ha comportato l'internazionalizzazione del contratto *strictu sensu*, visto che i tribunali arbitrali sono competenti a conoscere delle violazioni del contratto solo in via indiretta, vale a dire in quanto queste costituiscano violazioni del trattato

³⁵⁷ SACERDOTI G., *Investment Arbitration*, cit., 17; PARRA A., *Applicable Substantive Law*, cit., 21

³⁵⁸ Sul punto MAURO M.R., *Nuove questioni*, cit., 95-101

Queste dinamiche non hanno, però, risolto tutti i problemi circa la determinazione del diritto applicabile al merito della controversia, come dimostrato dall'intenso dibattito che si registra ancora in dottrina sul punto. L'incertezza deriva principalmente dalla natura complessa di questo tipo di operazioni, le quali non si risolvono in un unico atto, ma, come nel caso degli investimenti infrastrutturali, implicano rapporti di durata tra le parti e coinvolgono aspetti eterogenei, alcuni di carattere commerciale, altri attinenti al diritto pubblico.

i) Il criterio della volontà delle parti e l'applicabilità del diritto internazionale

Tutti i principali sistemi di arbitrato diretto investitore-Stato considerano quale criterio principale per la determinazione del diritto applicabile la volontà delle parti. L'articolo 42(1) prima frase della Convenzione ICSID prevede, ad esempio, che “[t]he Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties.” Analogamente, l'articolo 33(1) prima frase del Regolamento UNCITRAL dispone che “[t]he arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute.”³⁵⁹

La scelta può essere contenuta, così come il consenso all'arbitrato, in atti di diversa natura, quali contratti, leggi nazionali o trattati internazionali. Uno degli aspetti più dibattuti a questo proposito è la possibilità per gli arbitri di applicare il diritto internazionale anche nel caso in cui tale *corpus* normativo non figuri tra quelli scelti dalle parti³⁶⁰. La dottrina maggioritaria ritiene che la questione vada risolta in senso positivo, per evitare il rischio che il tribunale arbitrale non abbia alcuno strumento giuridico per sanzionare gravi violazioni dello standard minimo internazionale di tutela, nel caso in cui gli atti dello Stato siano legittimi secondo il diritto interno³⁶¹. Alcuni autori, inoltre, ritengono che questo tipo di lettura costituisca la necessaria contropartita alla rinuncia da parte degli Stati al loro diritto di agire in protezione diplomatica. Secondo tale impostazione, infatti, l'accettazione di una simile limitazione si fonda sul presupposto che il lodo deve comunque risultare conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento

³⁵⁹ Per un confronto tra i due sistemi su questo punto si veda SACERDOTI G., *Investment Arbitration*, cit., 16-26

³⁶⁰ In senso generale DI PIETRO D., *Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention. The Case of AMCO v. Indonesia*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law*, cit., 241-246

³⁶¹ SACERDOTI G., *Investment Arbitration*, cit., 25; SCHREUER C., *Article 42*, in ICSID Rev.-FILJ, 12(2), 1997, 400; PARRA A., *The Applicable Substantive Law*, cit., 21; FEUERLE P.

internazionale³⁶². Di contro, vi è chi³⁶³ contesta la soluzione, ritenendola in palese contrasto con il fondamentale principio del rispetto della volontà delle parti, oltre che ingiustificata alla luce della lettera delle rilevanti disposizioni ICSID e UNCITRAL, le quali non limitano in alcun modo la libertà di scelta delle parti stesse³⁶⁴. Tale seconda interpretazione, per quanto corretta da un punto di vista letterale, risulta, però, poco coerente con l'obiettivo del trattato, potendo rivelarsi un ostacolo per la creazione di un clima favorevole agli investimenti esteri.

La questione risulta oggi meno rilevante che in passato, in considerazione del fatto che la sottoposizione del rapporto esclusivamente al diritto interno dello Stato ospite è una soluzione sempre meno frequente nei contratti di investimento e sconosciuta negli accordi internazionali, i quali rappresentano oggi i principali strumenti giuridici per la disciplina dell'arbitrato. Le clausole di scelta del diritto applicabile contenute nei trattati sugli investimenti adottano varie soluzioni al riguardo, ma in nessun caso il diritto interno risulta essere l'unica fonte applicabile³⁶⁵. Ad esempio, NAFTA³⁶⁶, Trattato sulla Carta dell'energia³⁶⁷, Protocollo di Colonia³⁶⁸ e numerosi BIT³⁶⁹ non contemplano neppure la possibilità di una sua applicazione, prevedendo che la controversia debba essere risolta “in accordance with this Treaty and the applicable rules of international law”. Altri trattati bilaterali consentono la sua applicazione solo se questo non contrasti con le

International Arbitration and Choice of Law Under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes, in *Yale Stud. World Publ. Ord.*, 4, 1977, 89

³⁶² GIARDINA A., *International Investment Arbitration*, cit., 32. In senso analogo WEIL P., *The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois*, in *ICSID Rev.-FILJ*, 15(2), 2000, 412

³⁶³ CHUKWUMERIJE O., *International Law and Article 42 of the ICSID Convention*, in *Journ. Intl. Arb.*, 14(3), 1997, 79-87

³⁶⁴ TOOPE S.J., *Mixed International Arbitration: Studies in International Arbitrations Between States and Private Persons*, Cambridge, 1990, 252; *contra* BROCHES A., *Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other Contracting States of 1965 Explanatory Notes and Survey of its Application*, in *Yearb. Comm. Arb.*, 18, 1993, 668 ritiene che tale omissioni debba considerarsi solo una scelta redazionale, e che, per tale ragione, il richiamo al diritto internazionale debba ritenersi implicito

³⁶⁵ Per un'ampia disamina della prassi convenzionale sul punto si vedano GAILLARD E., BANIFATEMI Y., *The Meaning of “and” in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention. The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, in *ICSID Rev.-FILJ*, 18(2), 2003, 375-378

³⁶⁶ Art. 1131

³⁶⁷ Art. 26(6)

³⁶⁸ Art. 9(5)

³⁶⁹ Art. 8(1) Allegato al BIT Paesi Bassi-Messico (1998); art. 12(7) BIT Canada-Venezuela (1996); art. 13(7) Canada-Sud Africa (1995); art. 7(1) Allegato al BIT Messico-Svizzera (1995);

norme di diritto internazionale³⁷⁰. Da ultimo, vi sono casi nei quali esso è compreso tra le opzioni a disposizione del tribunale arbitrale, insieme con altre fonti, quali le norme di diritto internazionale, i principi generali di diritto internazionale o gli eventuali accordi in materia intervenuti tra le parti³⁷¹.

ii) Determinazione del diritto applicabile in assenza di scelta delle parti

La maggior parte dei trattati sugli investimenti non prevede, però, alcuna disciplina circa il diritto applicabile, lasciando quindi il compito della sua individuazione al tribunale arbitrale³⁷².

L'articolo 42(1) seconda frase prevede che, in assenza di designazione delle parti, “[t]he Tribunal shall apply the law of the contracting party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.” La particolare rilevanza del tema, ha fatto sì che ogni elemento della disposizione sia già stato attentamente analizzato dalla dottrina³⁷³. Tra questi spicca il rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, un aspetto che ha un impatto sensibile sul bilanciamento tra sovranità statale e tutela degli investimenti esteri in materia di servizi pubblici infrastrutturali.

La disposizione in esame non chiarisce il ruolo che le due fonti di diritto devono svolgere ai fini della decisione finale, lasciando, dunque, ampia discrezionalità agli arbitri. La prassi arbitrale recente dimostra come, anche in questo caso, i tribunali arbitrali abbiano utilizzato la libertà di manovra loro concessa in senso favorevole alla posizione della parte privata, attraverso l'adozione di soluzioni che tendono ad ampliare l'applicabilità delle norme di diritto internazionale nelle controversie tra lo Stato ospite e l'investitore straniero.

In origine, l'interpretazione prevalente della disposizione in esame riconosceva al diritto internazionale un ruolo meramente sussidiario o correttivo rispetto al diritto interno. La sua applicazione era limitata ai casi di lacune nell'ordinamento dello Stato ospite o di incompatibilità tra i due sistemi normativi³⁷⁴. A tale ultimo

³⁷⁰ Art. 12(7) BIT Canada-Costa Rica (1998)

³⁷¹ Art. 9(5) BIT Cile-Unione Belgo Lussemburghese (1992); Art. 8(7) BIT Italia-Argentina (1990); Art. 5 BIT Italia-Cina (1985)

³⁷² Questa soluzione è stata adottata nella maggior parte dei BIT statunitensi, britannici, francesi e tedeschi., oltre che nei BIT Italia-Giordania (2001) e Italia-Marocco (1990)

³⁷³ Per un'analisi esaustiva della disposizione si veda SCHREUER C., *Article 42, cit.*, 12(2), 1997, 398-500

³⁷⁴ Tale approccio è stato adottato per la prima volta in *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerunaise des Engrais*, ICSID Case No.

proposito, si specificava che l'applicazione del diritto internazionale poteva aversi solo quando il contrasto tra il diritto interno e quello internazionale fosse sostanziale e non avesse carattere marginale, a pena di estendere in modo eccessivo l'applicazione del secondo³⁷⁵.

Nella decisione sull'annullamento del lodo *Wena* è stata adottata un'impostazione diversa, ritenendo che le norme di diritto internazionale possano trovare applicazione "by itself"³⁷⁶, vale a dire anche in modo autonomo rispetto al diritto interno, se richiesto dalle circostanze del caso. Muovendo, infatti, dalla considerazione che la seconda frase dell'articolo 42(1) non impone l'applicazione del diritto interno, ma lascia il tribunale arbitrale libero di decidere se farvi ricorso, il Comitato *ad hoc* ha concluso che il diritto internazionale possa trovare applicazione a prescindere dall'esistenza di lacune o incompatibilità.

Parte della dottrina ha salutato questo tipo di evoluzione in modo estremamente positivo, ritenendola giustificata alla luce dei lavori preparatori della Convenzione di Washington³⁷⁷, dai quali emergerebbe la volontà di non limitare la capacità discrezionale del tribunale arbitrale nella scelta del diritto applicabile³⁷⁸. E' stato, inoltre rilevato come l'applicabilità del diritto internazionale "without any need to identify a lacuna or an inadequacy of the law of the host State" rappresenti un elemento di chiarezza, consentendo di superare l'incertezza generata dall'utilizzo di concetti ambigui, quali "lacuna" o "inadeguatezza"³⁷⁹. Viceversa, altri autori

ARB/81/2, Ad Hoc Committee Decision of 3 May 1985, paras. 20-22. In senso conforme: *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) v. The Government of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award of 30 March 1986, para. 26; *AMCO Asia Corp. and others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Annulment of 16 May 1986, para. 148

³⁷⁵ REISMAN M.W., *The Regime of Lacunae in the ICSID Choice of Law Provisions and the Question of Threshold*, ICSID Rev.-FILJ, 15, 2000, 371

³⁷⁶ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Application for Annulment of 5 February 2002, paras. 39-40

³⁷⁷ GAILLARD E., BANIFATEMI Y., *The Meaning*, cit., 382-388

³⁷⁸ L'esistenza di un'ampia discrezionalità era già stata sostenuta da BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between State and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure*, in SANDERS P. (ed.), *International Arbitration*, cit., 13-15. In realtà dall'analisi dei lavori preparatori emerge che la versione originale dell'art. 42(1) prevedesse l'applicazione di "such rules of law, whether national or international [...]", garantendo all'interprete una discrezionalità ancora maggiore; sul punto ICSID, *History of the ICSID Convention – Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, vol. II, Washington, 1968, 41, 157, 214, 259, 322, 350

³⁷⁹ GAILLARD E., BANIFATEMI Y., *The Meaning*, cit., 394-396, osservano che la mancanza di una norma specifica non significa che esista un lacuna, potendosi sempre fare riferimento ai principi generali dell'ordinamento per risolvere la questione. Viceversa, "[t]he theory of lacunae easily exempts a tribunal from investigating into the sources of the law of the host State [...]", rappresentando, perciò, una facile via di uscita.

ritengono che l'impostazione estensiva adottata in *Wena* contravvenga alla lettera dell'articolo 42(1), la quale prevede che il tribunale ICSID "shall apply" il diritto interno dello Stato ospite e le norme internazionali rilevanti³⁸⁰. Tale espressione sembrerebbe, in effetti, imporre in capo agli organi arbitrali internazionali l'obbligo di rivolgersi in via preventiva al diritto interno, fatta salva la possibilità di una sua disapplicazione qualora questo non disciplini la questione in esame o provveda in senso non conforme agli standard internazionali.

Ai fini del presente lavoro, bisogna sottolineare come la lettura proposta nel caso *Wena* rappresenti un ulteriore sviluppo di una tendenza ormai consolidata, mirante a rafforzare la tutela degli investimenti esteri attraverso un'interpretazione estensiva delle norme procedurali e sostanziali. A tale proposito, sono in larga parte condivisibili le opinioni espresse da parte della dottrina³⁸¹, secondo la quale la soluzione adottata dal Comitato *ad hoc* risulta eccessivamente sbilanciata in favore dell'internazionalizzazione dei meccanismi di soluzione delle controversie in materia di investimenti. Vi è, infatti, il rischio che questo tipo di lettura possa ulteriormente pregiudicare l'equilibrio tra i diversi interessi in gioco, introducendo un trattamento eccessivamente favorevole nei confronti dell'investitore straniero³⁸².

Inoltre, occorre rilevare che la decisione *Wena* si fonda, almeno implicitamente, sulla distinzione tra *treaty claims* e *contract claims*, utilizzata nel caso *Vivendi I* per determinare la competenza del tribunale arbitrale. Come rilevato incidentalmente dal Comitato *ad hoc* in quel caso, la distinzione è rilevante anche nell'ambito in esame, posto che ognuno di questi aspetti è disciplinato da un diverso sistema normativo: il diritto internazionale per le violazioni di norme del trattato, la legge del contratto per le questioni attinenti all'accordo di concessione³⁸³. Nel caso *Wena* si ha la definitiva affermazione della prevalenza

³⁸⁰ IGBOKWE V.C., *Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations*, in Journ. Intl. Arb., 23(4), 2006, 279

³⁸¹ MAURO M.R., *Il ruolo del diritto internazionale*, cit., 853; SCHWARTZ E.A., *op. cit.*, 46

³⁸² In questo senso, in riferimento alla scelta effettuata in *Compañia del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award of 17 February 2000, para. 191 di fare esclusivo riferimento al diritto internazionale per la valutazione delle misure adottate dal Costa Rica, si vedano le considerazioni di GIARDINA A., *Diritto internazionale e diritto interno in tema di espropriazione. Il momento della valutazione del bene espropriato e l'interesse da applicare*, in Riv. Arb., 1, 2001, 120

³⁸³ Caso *Vivendi I*, Decision on Annulment, cit., para. 96. Su tale parallelismo GAILLARD E., *L'arbitrage*, cit., 875 sottolinea che "[l]e parallèle avec la décision Vivendi est dès lors très net. On

del diritto internazionale rispetto alle disposizioni interne per quanto riguarda la valutazione dei comportamenti statali che si assumono contrari a norme del BIT. La soluzione è ripresa anche nelle controversie relative agli investimenti infrastrutturali, dove la giurisprudenza *Wena* è citata a più riprese per ribadire la supremazia del diritto internazionale in tale contesto³⁸⁴.

A tale proposito, vi è chi ritiene che tale constatazione faccia venire meno ogni differenza tra le diverse concezioni sul rapporto tra diritto interno e diritto internazionale ai sensi dell'articolo 42(1) della Convenzione ICSID. Secondo questa impostazione, infatti, “international law always gains the upper hand and ultimately prevails”, rendendo la distinzione di cui sopra “without a difference”³⁸⁵.

Tuttavia questo tipo di lettura non convince appieno, posto che il riconoscimento di un ruolo autonomo al diritto internazionale rafforza in modo sensibile il suo ruolo rispetto alle disposizioni interne. Come sottolineato in *LG&E*, infatti, le limitazioni imposte dalla concezione tradizionale “would imply accepting that international law may be subordinate to domestic law”, mentre l'interpretazione offerta in *Wena* segna la definitiva accettazione della “supremacy of international law”³⁸⁶.

La conclusione secondo la quale il diritto internazionale debba ritenersi in ogni caso prevalente al momento della valutazione della responsabilità dello Stato per violazione di norme del BIT è del tutto condivisibile, risultando in linea con il diritto internazionale consuetudinario³⁸⁷. Così come codificato anche nel Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale, la responsabilità internazionale dello Stato deve, infatti, essere effettuata facendo riferimento alle

ne peut manquer d'être frappé par la cohérence des décisions prises par les deux comités ad hoc qui, suivant une logique semblable, appliquée tantôt aux clauses de choix du droit applicable tantôt aux clauses attributives de compétence, ont parfaitement joué le rôle régulateur que leur a confié la Convention de Washington [...]"

³⁸⁴ Caso *LG&E*, Decision on Liability, *cit.*, paras. 95-96; caso *Azurix*, Award, *cit.*, para. 66

³⁸⁵ WEIL P., *The State*, *cit.*, 409. L'A. osserva, inoltre, che “[t]he reference to the domestic law of the host State, even if designed only to ascertain whether it is, or not, compatible with international law is indeed a pointless exercise, the sole *raison d'être* of which is to avoid offending the sensibilities of the host State”

³⁸⁶ Caso *LG&E*, Decision on Liability, *cit.*, para. 95

³⁸⁷ Sul punto, tra gli altri, SACERDOTI G., *Investment Arbitration*, *cit.*, 24; HIRSCH M., *op. cit.*, 140; LAUTERPACHT E., *The World Bank Convention on the Settlement of International Investment Disputes*, in *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, 659-660

norme di diritto internazionale, senza che le disposizioni interne possano essere invocate a giustificazione del comportamento illecito³⁸⁸.

iii) Carattere ibrido del diritto applicabile alle controversie in materia di investimenti infrastrutturali

La giurisprudenza *Wena* desta maggiori perplessità nel momento in cui intende la possibilità di applicare in via autonoma il diritto internazionale nel senso di negare ogni tipo di ruolo al diritto interno in tale contesto. Questo passaggio ulteriore è giustificato facendo riferimento alla natura internazionale delle questioni sottoposte al tribunale arbitrale. Si sostiene, infatti, che questo tipo di controversie, riguardando la responsabilità internazionale dello Stato, debbano essere decise alla luce delle rilevanti disposizioni internazionali, senza alcuna necessità di utilizzare il diritto interno. Una simile interpretazione appare, però, inutilmente restrittiva: l'articolo 3 del Progetto, infatti, non impone la completa esclusione del diritto interno, ma semplicemente la prevalenza del diritto internazionale per la qualificazione della condotta statale³⁸⁹.

L'impostazione risulta, inoltre, difficilmente compatibile con il carattere complesso degli investimenti, operazioni economiche nelle quali coesistono, interagendo tra loro, aspetti eterogenei regolati da sistemi normativi diversi. Lo stretto legame intercorrente tra i due piani deve necessariamente essere tenuto in considerazione, più ancora che in altri ambiti, nella determinazione del diritto applicabile, riconoscendo al diritto interno un ruolo complementare rispetto al diritto internazionale³⁹⁰.

E' stato osservato che "the substantive law governing investment disputes is necessarily a hybrid of international and municipal law [...]"³⁹¹, visto che, in tale contesto l'ordinamento internazionale non è autosufficiente³⁹². Molti degli aspetti

³⁸⁸ Art. 3 Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati

³⁸⁹ DOUGLAS Z., *The Hybrid*, cit., 155 sostiene che la non autosufficienza del diritto internazionale degli investimenti "cannot be resolved by playing the simple 'international trump card' of Article 3"

³⁹⁰ Tale necessità era già stata sottolineata dalla American Mexican Claims Commission in *George W. Cook v. United Mexican States (No. 1)*, UN Rep 4, 1927, 213 dove si osserva che "[w]hen questions are raised before an international tribunal [...] with respect to the application of the proper law in the determination of rights grounded on contractual obligations, it is necessary to have clearly in mind the particular applicable to the different aspects of the case."

³⁹¹ DOUGLAS Z., *The Hybrid*, cit., 195

³⁹² In senso analogo SACERDOTI G., *Bilateral Investment Treaties*, cit., 423; SCHREUER C., *International and Domestic Law in Investment Disputes. The Case of ICSID*, in *Austrian Rev. Intl. & Eur. L.*, 1, 1996, 89

commerciali rilevanti ai fini della soluzione della controversia sono, infatti, regolati esclusivamente dal diritto dello Stato ospite, al quale è, dunque, necessario rinviare per la loro disciplina. Tale necessità non può essere superata, come fatto dal Comitato *ad hoc* nel caso *Wena*, semplicemente facendo riferimento alla distinzione tra *contract claims* e *treaty claims*³⁹³. In questo ambito, infatti, la netta separazione dei due piani costituisce “an inaccurate oversimplification”³⁹⁴, proprio in ragione dello stretto rapporto intercorrente tra questi. Ogni soluzione che miri ad escludere la rilevanza del diritto interno per la soluzione delle controversie sugli investimenti deve essere, perciò, rigettata, risultando “plainly untenable”³⁹⁵ perché scarsamente rispondente alla realtà nella quale questo tipo di operazioni si sviluppano.

L’inadeguatezza di un approccio troppo restrittivo risulta particolarmente evidente nel settore degli investimenti infrastrutturali, dove molti degli elementi rilevanti ai fini della qualificazione della condotta statale non trovano alcuna disciplina nel diritto internazionale. Si pensi, ad esempio, al caso in cui l’investitore sostenga che la modifica unilaterale dei meccanismi per il calcolo delle tariffe previsti da disposizioni nazionali costituisca una violazione degli standard di tutela del BIT. In questa circostanza, gli arbitri dovranno, prima di tutto, fare riferimento al diritto interno per accertare quali fossero i diritti spettanti all’operatore nei confronti di tali meccanismi e, solo in seguito, determinare la compatibilità tra la modifica imposta dallo Stato e le rilevanti norme internazionali.

L’analisi della giurisprudenza dimostra, però, come la malintesa necessità di offrire all’investitore straniero una protezione più ampia abbia in alcuni casi portato all’adozione di decisioni poco attente a questo tipo di esigenza. In *CME*³⁹⁶, ad esempio, la Corte arbitrale della Camera di Commercio di Stoccolma ha concluso che lo Stato convenuto avesse violato il BIT Paesi Bassi-Repubblica

³⁹³ Caso *Wena*, Decision on Annulment, *cit.*, 31; il Comitato *ad hoc* ha, infatti, negato la rilevanza del diritto egiziano per la soluzione della controversia, rifiutando di farvi riferimento per determinare la sussistenza dei diritti invocati dalla società britannica in base al contratto di affitto stipulato con l’Egitto.

³⁹⁴ DOUGLAS Z., *The Hybrid*, *cit.*, 206

³⁹⁵ DOUGLAS Z., *The Hybrid*, *cit.*, 155. In senso conforme IGBOKWE V.C., *op. cit.*, 285-287; SORNARAJAH M., *Power and Justice in Foreign Investment Arbitration*, in *Journ. Intl. Arb.*, 14(3), 1997; 103; TOOPE S.J., *op. cit.*

³⁹⁶ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL Case, Partial Award of 13 September 2001

Ceca³⁹⁷, senza fare alcun riferimento al diritto interno, nonostante la complessità dei rapporti contrattuali intercorrenti tra le parti avrebbe imposto un diverso tipo di approccio. Il caso riguardava, infatti, le misure adottate dall'autorità di regolazione delle comunicazioni nei confronti di un operatore privato, nell'ambito del processo di liberalizzazione del settore intrapreso dalla Repubblica Ceca all'inizio degli anni '90³⁹⁸. In particolare, si trattava di determinare se, come sostenuto dal ricorrente, la modifica dei termini dell'accordo di associazione tra la società olandese CME e l'ex-operatore televisivo pubblico ceco avesse comportato una sostanziale riduzione nel valore dell'investimento, dovendosi, perciò, ritenere un atto di espropriazione ai sensi del BIT. Una simile decisione sarebbe dovuta passare attraverso una valutazione preliminare di quale fosse l'impatto di tale modifica sulla posizione di CME all'interno della *joint venture*, una determinazione che poteva essere effettuata solo confrontando due situazioni regolate esclusivamente dal diritto interno, non essendo rinvenibile alcuna disposizione internazionale in grado di essere applicata in questo tipo di analisi³⁹⁹. Viceversa, il Tribunale ha adottato la sua decisione senza mai fare riferimento al diritto ceco, limitandosi ad accettare l'argomento della società ricorrente secondo la quale la modifica imposta dal Consiglio avesse reso il suo investimento "meaningless and worthless"⁴⁰⁰.

³⁹⁷ BIT Paesi Bassi-Repubblica Ceca (1991)

³⁹⁸ La CME è una società controllata dal magnate americano Ronald Lauder che è subentrata alla società tedesca CEDC, la quale nel 1993 aveva dato vita con la ex-monopolista CET21 ad una *joint venture*, denominata CNTS, alla quale era stata assegnata una licenza per la diffusione di programmi televisivi sul canale TV NOVA. In seguito alla modifica del 1996 della legge ceca sui mezzi di comunicazione, l'autorità regolatrice del settore aveva imposto una modifica all'accordo di associazione tra CME e CET21, trasformando l'apporto di quest'ultima da "uso della licenza" a "uso del know-how della licenza". Nel 1999 CET21 aveva deciso di chiudere la sua partecipazione in CNTS, sostenendo che questa era venuta meno ai suoi obblighi ai sensi dell'accordo di servizio. In realtà, si trattava di una mossa strategica per cercare contratti più lucrativi con altri partner stranieri, visto che il settore era in rapida crescita. CME aveva, perciò, fatto ricorso contro le misure adottate dall'autorità ceca, sostenendo che queste avessero distrutto il valore economico del suo investimento. La controversia era stata portata di fronte a due tribunali arbitrali diversi, la Corte di arbitrato della Camera di Commercio di Stoccolma sulla base del BIT Paesi Bassi-Repubblica Ceca (1991) e la Corte di Arbitrato della LCIA in base al BIT Repubblica Ceca-USA (1991) (Caso *Lauder, cit.*). I due procedimenti hanno portato a risultati opposti circa la responsabilità dello Stato, sul punto, tra i molti, si vedano i contributi di KÜHN W., KLEIN B., CARVER J., BAGNER H., *How to Avoid Conflicting Awards – The Lauder and CME Cases*, in *Journ. World Investm. & Trade*, 5(1), 2004, 7-36

³⁹⁹ DOUGLAS Z., *The Hybrid, cit.*, 205

⁴⁰⁰ Nel caso *Lauder, cit.*, para. 202 il Tribunale è giunto ad una conclusione opposta, ritenendo che la modifica imposta dall'autorità di regolazione non avesse inciso sulla consistenza dei diritti patrimoniali del ricorrente. IGBOWKE V.C., *op. cit.*, 291 sostiene che questo tipo di approccio è

La decisione è stata successivamente impugnata di fronte alla Corte d'Appello di Stoccolma da parte della Repubblica Ceca, sostenendo che la mancata applicazione del diritto interno costituisse un'irregolarità che giustificasse l'annullamento del lodo ai sensi della legge svedese sull'arbitrato⁴⁰¹. Ai fini del presente lavoro, è interessante notare che, nel rigettare il ricorso sul punto, la Corte ha concluso che l'esclusiva applicazione del diritto internazionale costituisce una scelta conforme al mandato del Tribunale, il quale era chiamato a valutare la condotta dello Stato in base al BIT⁴⁰². La posizione assunta dal tribunale arbitrale e dalla Corte d'appello costituisce l'applicazione della giurisprudenza *Wena* in questo ambito e, per le stesse ragioni viste in precedenza, non può essere condivisa.

Soluzioni improntate ad un maggiore realismo sono state, invece, adottate in altri casi relativi al settore dei servizi pubblici infrastrutturali recentemente decisi da tribunali arbitrali internazionali. In particolare, nei cd. casi argentini il costante richiamo alla giurisprudenza *Wena* per ribadire la posizione di supremazia del diritto internazionale in controversie che riguardano la violazione di norme contenute in un BIT non ha impedito che fosse riconosciuto l'importante ruolo del diritto interno in tale ambito.

Il carattere intrinsecamente ibrido del diritto applicabile in materia di investimenti infrastrutturali è stato sottolineato con forza nel caso *CMS*, dove il Tribunale ha osservato che “[...] both rules have a role to play”, poiché “[...] there is a close interaction between the legislation and the regulations governing the gas privatization, the Licence and international law, as embodied both in the Treaty and in customary international law.”⁴⁰³ A tale dichiarazione di intenti, il collegio arbitrale ha fatto seguire un'attenta valutazione della posizione dell'investitore straniero in base alle disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali, al fine

“[r]eminiscent of Lord Aquith’s controversial approach in the *Abu Dhabi* arbitration”, dove si esclude l’applicabilità del diritto interno, sostenendo che “it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments”

⁴⁰¹ Art. 34 *Swedish Arbitration Act 1999* (SFS 1999, 16), riprodotto in inglese in *Arb. Int.*, 2001, 17(4), 425

⁴⁰² *The Czech Republic v. CME Czech Republic S.V.*, Svea Court of Appeals, 15 May 2003, riprodotta in inglese in *ILM*; 42, 2003, 965

⁴⁰³ Caso *CMS*, Award, *cit.*, paras. 116-118

di determinare se la loro modifica da parte del governo argentino avesse potuto considerarsi una condotta rilevante ai sensi del BIT Argentina-Stati Uniti.

Analogamente, nel caso *LG&E* è stato sottolineato come il BIT non possa considerarsi un sistema giuridico chiuso, ma debba essere integrato facendo riferimento a norme provenienti dall'ordinamento interno, posto che “we are dealing with a genuine dispute in matters of investment which is especially subject to the provisions of the Bilateral Treaty complemented by the domestic law”⁴⁰⁴. Sempre per quanto riguarda i cd. “casi argentini”, è interessante notare che nel caso *Sempra*, il Tribunale ha inteso sottolineare che l'applicazione del diritto nazionale non possa considerarsi limitata alle sole questioni di fatto, ma debba necessariamente estendersi anche a fondamentali questioni di diritto, quale, nel caso di specie, l'interpretazione dell'accordo di concessione⁴⁰⁵.

Una posizione analoga è stata assunta anche nel caso *Kardassopoulos*, dove il Tribunale, dopo aver sancito che la controversia dovesse essere risolta applicando il diritto internazionale, ha rilevato che “[...] it is well established that there are provisions of international agreements that can only be given meaning by reference to municipal law.”⁴⁰⁶

Occorre precisare che tale impostazione non vuole in alcun modo modificare la conclusione secondo la quale il diritto internazionale deve ritenersi, in ogni caso, prevalente riguardo alla determinazione della responsabilità statale per violazione di norme del BIT. In tale circostanza il diritto interno ha, infatti, un ruolo complementare, o come specificato in *Azurix*, “it is only an element of the inquiry”⁴⁰⁷. In altre parole, il richiamo al diritto nazionale non incide sulla qualificazione della condotta data dal diritto internazionale; una tale soluzione contrasterebbe, infatti, con i principi del sistema, offrendo agli Stati un facile via

⁴⁰⁴ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 98 che fa riferimento a *Asian Agricultural Products Ltd., c. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award of 27 June 1990, para. 21 dove era stato sancito che “the Bilateral Investment Treaty is not a self-contained closed legal system [...] but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated [...]”

⁴⁰⁵ *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007, para. 235

⁴⁰⁶ Caso *Kardassopoulos*, *cit.*, para. 145

⁴⁰⁷ Caso *Azurix*, *cit.*, 67. Nel caso *Sempra*, *cit.*, para. 238 il Tribunale, dopo aver sottolineato l'importanza del diritto nazionale, sottolinea, però, che “[t]o the extent that there is any inconsistency between Argentine law and the treaties in force, however, international law will prevail”

d'uscita per sfuggire alle proprie responsabilità. Fondandosi su tali presupposti irrinunciabili, si deve, però, rimarcare come il riferimento al diritto interno nel corso dell'esame della condotta statale sia reso necessario dalle caratteristiche stesse degli investimenti infrastrutturali. Questo tipo di approccio contribuisce, inoltre, ad una composizione più equilibrata degli interessi privati e pubblici coinvolti nella controversia, consentendo l'adozione di decisioni più aderenti alle condizioni giuridiche ed economiche nelle quali si è sviluppato l'investimento.

CAPITOLO III

**IL TRATTAMENTO GIUSTO ED
EQUO E LA TUTELA DEL
LEGITTIMO AFFIDAMENTO NEGLI
INVESTIMENTI
INFRASTRUTTURALI**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La nozione di “trattamento giusto ed equo” – 3. Il trattamento giusto ed equo nei trattati internazionali sugli investimenti esteri – 3.1 Il trattamento giusto ed equo nel preambolo dei trattati – 3.2 Il trattamento giusto ed equo nel testo dei trattati – i) *la previsione del trattamento giusto ed equo in modo isolato* – ii) *Trattamento giusto ed equo congiuntamente ad altre norme di diritto internazionale* – iii) *Trattamento giusto ed equo in relazione ad altri standard di trattamento* – iv) *l’elencazione delle misure vietate* – v) *l’inadeguatezza delle norme convenzionali per la definizione dello standard* – 4. Il trattamento giusto ed equo nella prassi arbitrale – 4.1 Il ruolo fondamentale della prassi arbitrale nella definizione dello standard – 4.2 Il progressivo abbassamento della soglia – 4.3 L’ampliamento dell’ambito applicativo dello standard – i) *introduzione* – ii) *obbligo di vigilanza e protezione* – iii) *giusto processo* – iv) *divieto di misure arbitrarie o discriminatorie* – v) *obbligo di trasparenza* – 4.4 L’evoluzione nella prassi convenzionale: il riferimento allo standard minimo internazionale per la definizione del trattamento giusto ed equo – i) *la nota interpretativa del NAFTA e la prassi convenzionale recente* – ii) *il rapporto tra il trattamento giusto ed equo e lo standard minimo internazionale alla luce dell’evoluzione della prassi convenzionale* – 5. La tutela del legittimo affidamento – 5.1 Introduzione – 5.2 Il ruolo del principio del legittimo affidamento nella definizione del trattamento giusto ed equo – 5.3 La tutela del legittimo affidamento come principio generale di diritto – i) *i principi generali di diritto quale fonte del diritto internazionale: considerazioni metodologiche* – ii) *la tutela del legittimo affidamento nei sistemi nazionali di civil law e common law: il riferimento al principio della certezza del diritto* – iii) *la tutela del legittimo affidamento come principio generale di diritto e il riferimento al principio della certezza del diritto: a) l’ordinamento comunitario* – iv) *b) la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo* – 5.4 La tutela del legittimo affidamento in materia di investimenti infrastrutturali: il riferimento al principio della certezza del diritto quale obiettivo del sistema – i) *introduzione* – ii) *la prassi arbitrale: a) il caso PSEG* – iii) *b) i casi “argentini”* – iv) *la tutela dell’affidamento nei rapporti interstatali: il richiamo al principio di buona fede* – 6. Legittimo affidamento ed esercizio di poteri sovrani negli investimenti infrastrutturali – 6.1 Legittimo affidamento ed estensione della portata del trattamento giusto ed equo – 6.2 Condizioni per la legittimità dell’affidamento: a) *l’origine dell’affidamento* – i) *l’individuazione delle condizioni* – ii) *legittimità dell’affidamento fondato su scelte politiche generali* – iii) *carattere della fonte, legittimità dell’affidamento e stabilizzazione del quadro normativo* – iv) *obblighi relativi all’investimento e tutela del legittimo affidamento: il trattamento giusto ed equo come una sorta di ombrella clause* – 6.3 b) *il comportamento dell’investitore* – i) *ragionevolezza dell’affidamento e prevedibilità dell’intervento statale* – ii) *la ragionevolezza dell’affidamento alla luce delle prevalenti condizioni economiche* – iii) *ragionevolezza dell’affidamento e correttezza del comportamento dell’investitore* – iv) *comportamento scorretto dell’investitore e legittimità dell’intervento statale* – 6.4 Il rapporto tra legittimo affidamento e interesse pubblico – i) *irrilevanza dell’interesse pubblico nel sistema internazionale degli investimenti* – ii) *analisi della prassi arbitrale* – iii) *la mancanza di un test di bilanciamento tra tutela dell’affidamento e salvaguardia dell’interesse pubblico: confronto con l’approccio adottato in altri ordinamenti* – iv) *applicazione del test di bilanciamento nelle controversie in materia di investimenti infrastrutturali: analisi dei possibili risultati*

1. Introduzione

Il trattamento giusto ed equo¹ costituisce attualmente il principale standard di trattamento nella pratica arbitrale internazionale², posto che, come sottolineato da autorevole dottrina, “hardly any lawsuit based on an international investment treaty is filed these days without invocation of the relevant treaty clause requiring fair and equitable treatment”³.

L’ampio utilizzo dello standard da parte degli arbitri internazionali si deve a fattori di natura diversa. Prima di tutto, il riferimento allo standard solleva meno problemi sul piano politico rispetto alla disciplina dell’espropriazione. Dal punto di vista giuridico, invece, la fortuna del trattamento giusto ed equo si spiega facendo riferimento al suo carattere aperto e flessibile. Tale caratteristica lascia, infatti, agli arbitri internazionali un’ampia discrezionalità nell’interpretare le disposizioni convenzionali, presenti nella quasi totalità degli strumenti internazionali, che impongono agli Stati il rispetto dello standard in esame.

La tendenza da parte degli arbitri è stata di interpretare lo standard in senso evolutivo, ampliandone la portata normativa tanto che vi è chi ritiene che “[...] the clause may appear to amount to a catch-all provision [...]”⁴. Questo tipo di approccio ha consentito, da un lato, il rafforzamento della tutela degli investimenti esteri, in linea con quello che rappresenta il principale obiettivo del sistema internazionale. Dall’altro, però, tali dinamiche sollevano dubbi e preoccupazioni circa la possibilità che questo modo di intendere l’obbligo di trattamento giusto ed equo limiti eccessivamente la capacità degli Stati di utilizzare i loro poteri sovrani per il perseguimento dell’interesse pubblico.

L’interpretazione estensiva adottata dagli arbitri internazionali appare, infatti, in grado di incidere su un aspetto fondamentale per l’applicazione dello standard,

¹ La dottrina sul punto è molto ampia, tra gli altri, si vedano SCHREUER C., *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, in *Journ. World Investm. & Trade*, 6(3), June 2005, 357-386; DOLZER R., *Fair and Equitable Treatment: a Key Standard in Investment Treaties*, in *Intl. Lawyer*, 39(1), 2005, 87-106; CHOUDHURY B., *Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, in *Journ. World Investm. & Trade*, 6(2), April 2005, 297-320; YANNACA-SMALL K., *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Paper on International Investment, 3, 2004; VASCIANNIE S., *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, in *Brit. Yearb. Intl. L.*, 70, 2000, 99-164

² SCHREUER C., *Fair and Equitable*, *cit.*, 357

³ DOLZER R., *Fair and Equitable*, *cit.*, 87

⁴ *Ibid.*, 88

vale a dire il bilanciamento tra i rispettivi interessi delle parti. Per quanto riguarda più nel dettaglio l'argomento specifico del presente lavoro di analisi, uno degli aspetti più interessanti a riguarda l'inclusione all'interno dello standard della tutela del legittimo affidamento. Come riconosciuto in tutti gli ordinamenti nei quali trova accoglimento, l'istituto mira al rafforzamento della certezza del diritto, imponendo, allo stesso tempo, la ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela di tale principio fondamentale con l'altrettanto importante esigenza di consentire l'adattamento del quadro normativo alle mutevoli esigenze del corpo sociale.

Il presente capitolo mira ad analizzare in che modo questo tipo di problemi siano stati affrontati e risolti nel diritto internazionale degli investimenti. La prima parte si concentra sul trattamento giusto ed equo, analizzandone il concetto, le disposizioni convenzionali che lo prevedono e l'evoluzione nella prassi arbitrale. La seconda si concentra, invece, sul legittimo affidamento, esaminando le soluzioni adottate dagli arbitri internazionali in tale ambito e ponendole a confronto con quelle utilizzate in altri ordinamenti o in altri settori del diritto internazionale.

2. La nozione di “trattamento giusto ed equo”

L'incertezza che caratterizza la definizione dello standard ha, prima di tutto, ragioni terminologiche. I concetti di equità e giustizia ai quali fa riferimento hanno, infatti, natura indefinita, soprattutto se considerati in astratto, essendo intimamente collegati con aspetti etici e morali fortemente influenzati dalla realtà circostante⁵. Tale dimensione metagiuridica caratterizza in entrambi i concetti, i quali possono considerarsi, ai fini che qui interessano, come sinonimi⁶. Il termine “giusto”, infatti, è utilizzato per identificare qualcosa che “è conforme a giustizia”, vale a dire a “una virtù eminentemente sociale che consiste nella volontà di riconoscere e rispettare i diritti altrui attribuendo a ciascuno ciò che gli è dovuto secondo la ragione e la legge”. Analogamente, si considera “equo” ciò che “è conforme alla giustizia nel suo ampio significato morale [...] applicata non

⁵ SCHREUER C., *Fair and Equitable*, cit., 365; MAURO M.R., *Gli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti*, Torino, 2003, 190

⁶ MUCHLINSKI P., ‘*Caveat Investor?*’ *The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard*, in *Intl. & Comp. L. Quart.*, 55, July 2006, 531

rigidamente, ma temperata da umana e indulgente considerazione dei casi particolari”⁷.

Anche da un approccio strettamente letterale emerge come il significato dei due termini non possa essere fissato una volta per sempre, ma debba necessariamente essere determinato in concreto, vale a dire in riferimento alle circostanze specifiche del caso⁸. I concetti di equità e giustizia sono, infatti, destinati a mutare nel corso del tempo e ad assumere connotazioni diverse a seconda del contesto sociale e politico nel quale sono applicati. Da tale considerazione è possibile trarre due degli elementi che caratterizzano la definizione dello standard di trattamento giusto ed equo nel diritto internazionale degli investimenti.

In prima battuta, essendo composto da fattori in costante mutamento, anche lo standard non potrà che avere carattere evolutivo⁹. Questa caratteristica è stata espressamente riconosciuta fin dalle prime decisioni sul punto adottate in ambito NAFTA, dove l’articolo 1105(1) prevede il trattamento giusto ed equo come parte dello standard minimo internazionale. Muovendo da tale connessione, i tribunali hanno sostenuto che, essendo incluso in una norma destinata a cambiare nel corso del tempo, anche il trattamento giusto ed equo non possa essere considerato come “frozen in time”¹⁰, ma “a reasonable evolutionary interpretation of Article 1105(1) is consistent both with the *travaux*, with the normal principles of interpretation and with the fact that [...] the terms fair and equitable treatment [...] had their origin in bilateral treaties in post-war periods”¹¹.

Nel medesimo contesto normativo, il concetto è stato espresso anche in un caso relativo alla liberalizzazione del settore postale canadese, nel quale un investitore statunitense aveva impugnato di fronte ad un tribunale arbitrale le misure adottate dal governo ospite per compensare gli obblighi di servizio universale imposti nei

⁷ La definizione è tratta da *Treccani – Lingua e Linguaggi* su http://www.treccani.it/site/lingua_linguaggi/consultazione.htm

⁸ SCHREUER C., *Fair and Equitable*, cit., 365 osserva che “[...] it is impossible to anticipate in the abstract the range of possible types infringements upon the investor’s legal position.” In senso conforme SALEM M., *Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers*, in *Journ. Dr. int.*, 1986, 580

⁹ Sul punto KLEIN BRONFMAN M., *Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard*, in *Max Planck Yearb. UN L.*, 10, 2006, 609-680

¹⁰ *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award of 9 January 2003, para. 527

¹¹ *Mondev International, Ltd. v. The United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award of 11 October 2002, para. 123

confronti dell'ex-operatore monopolista. In questa circostanza, il Tribunale ha confermato che la connessione tra standard minimo internazionale e trattamento giusto ed equo fa sì che quest'ultimo sia destinato ad evolvere nel tempo, posto che "obligations imposed by customary law may and do evolve."¹² Sempre in riferimento agli investimenti infrastrutturali, un'impostazione simile è stata adottata anche in decisioni arbitrali fondate su trattati bilaterali. Nel caso *LG&E*, ad esempio, il Tribunale ha espressamente riconosciuto che "[d]ue to the fact that such international standards have a generic nature and that their interpretation varies with the course of time and with the circumstances of each case, it becomes difficult to establish an unequivocal and static concept of these notions"¹³.

In riferimento alla dimensione temporale, si potrà, dunque, concludere che "[...] the standard of fair and equitable treatment is in this respect relative in its nature, depending upon the law as it happens to stand at one particular time."¹⁴

Il carattere mutevole degli elementi che compongono lo standard ha, come visto in precedenza, anche una dimensione spaziale, facendo sì che la sua definizione debba essere adattata alle condizioni prevalenti nel Paese ospite¹⁵. Questo tipo di considerazione sembrerebbe contrastare con il convincimento generale secondo cui il trattamento giusto ed equo è uno standard assoluto, a differenza di quanto avviene per trattamento nazionale e clausola della nazione più favorita¹⁶. In questi casi, infatti, la determinazione del comportamento a cui è tenuto lo Stato nei confronti degli investitori esteri avviene in riferimento a quello riservato, rispettivamente, agli operatori nazionali e a quelli di Stati terzi. Viceversa, "[the fair and equitable treatment] provides a basic standard, detached from the host country's domestic law, against which the behaviour of the host country vis-à-vis

¹² *United Parcel Service v. The Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA) Case, Award on Jurisdiction of 22 November 2002, para. 84

¹³ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, Para. 123

¹⁴ DOLZER R., *Fair and Equitable*, cit., 103

¹⁵ Nel caso *Mondev*, cit., para. 118 il tribunale ha sancito che "[a] judgement of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract; it must depend on the facts of the particular case". In senso analogo *Waste Management, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case no. ARB(AF)/00/3, Award of 30 April 2004, para. 99; *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL Case, Award of 3 September 2001, para. 292

¹⁶ Sul punto in dottrina, SCHREUER C., *The Fair and Equitable*, cit., 367; VASCIANNIE S., *op. cit.*, 105-106 e 133

foreign investments can be assessed”¹⁷ In realtà, come riconosciuto anche dagli autori che sostengono il carattere assoluto dello standard¹⁸, il contrasto tra queste due posizioni è solo apparente, dal momento che riconoscere la necessità di una definizione che tenga nella dovuta considerazione le condizioni socio-economiche del Paese ospite non significa disconoscere il suo carattere autonomo rispetto al trattamento giuridico riservato dallo Stato ad operatori di diversa nazionalità. A tale proposito, è stato osservato che “[...] even if F&ET were “absolute”, it is evolving, and therefore a moving target”¹⁹

La contestualizzazione dello standard rappresenta, perciò, una necessità, alla luce del carattere relativo di concetti destinati ad assumere connotazioni sensibilmente diverse a seconda del contesto socio-economico nel quale trovano applicazione²⁰. L’approccio ha trovato accoglimento anche in alcune decisioni arbitrali in materia di investimenti infrastrutturali. Nel caso *Generation Ukraine*, ad esempio, il Tribunale ha riconosciuto la rilevanza delle “vicissitudes of the economy” nella valutazione della legittimità delle aspettative e, dunque, della conformità delle misure statali allo standard di trattamento in esame. Altri tribunali arbitrali hanno, però, rifiutato questo tipo di impostazione, come nel caso *CMS*²¹, nel quale le condizioni economiche sono state ritenute irrilevanti ai fini della decisione finale sul punto²².

Da ultimo, si deve registrare la tendenza da parte degli organi arbitrali internazionali a negare che il livello generale di sviluppo dello Stato ospite possa in qualche modo influenzare la definizione dello standard²³. Questo tipo di

¹⁷ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, New York-Geneva, 2007, 28

¹⁸ KLEIN BRONFMAN M., *op. cit.*, 621; SCHREUER C. *The Fair and Equitable*, *cit.*, 44. Sul punto si vedano le considerazioni di SACERDOTI G., *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in RdC, tome 269, 1997, 346

¹⁹ KREINDLER R.H., *Fair and Equitable Treatment – A Comparative International Law Approach*, in *Transn. Disp. Manag.*, 3(3), June 2006, 10. in senso analogo MANN H., *Is Fair and Equitable Fair, Just or Under Law?*, in ASIL Proceedings, 2006, 77

²⁰ SCHREUER C., *Fair and Equitable*, *cit.*, 365; MAURO R., *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Torino, 2003, 190; MUCHLINSKI P., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, 1999, 625; MIGLIORINO L., *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1989, 61

²¹ *CMS v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Final Award of 12 May 2005, para. 281

²² Per una critica sul punto MAYEDA G., *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*, in *Journ. World Trade*, 41(2), 2007, 279

²³ *GAMI Investment, Inc., v. The United Mexican States*, UNCITRAL (NAFTA) Case, Final Award of 15 November 2004, para. 94. In argomento GALLUS N., *The Influence of the Host*

approccio appare condivisibile, posto che la mancanza di una definizione condivisa del concetto di “sviluppo” rende la determinazione dell’impatto di questo fattore difficilmente valutabile sul piano oggettivo.

3. Il trattamento giusto ed equo nei trattati internazionali sugli investimenti esteri

Il carattere fluido e mutevole dello standard trova ulteriore conferma nell’impossibilità di rinvenire una sua definizione a livello normativo. Nonostante, infatti, l’obbligo del trattamento giusto ed equo sia previsto dalla quasi totalità dei trattati bilaterali, regionali e settoriali in materia di tutela di investimenti esteri²⁴, le diverse soluzioni adottate²⁵ non risolvono i dubbi circa il contenuto di tale standard. L’analisi delle disposizioni convenzionali è rilevante ai fini del presente lavoro, in quanto le soluzioni adottate pongono limiti diversi alla discrezionalità degli arbitri nella definizione del concetto e, di conseguenza, comportano un diverso bilanciamento tra la tutela dell’investitore e la salvaguardia delle prerogative sovrane dello Stato²⁶.

A livello internazionale, il trattamento giusto ed equo è previsto per la prima volta dall’articolo 11(2) della Carta dell’Avana del 1948, con la quale si intendeva istituire l’Organizzazione internazionale del commercio. Tale disposizione non imponeva, però, l’osservanza dello standard in capo agli Stati, ma si limitava a prevedere che l’Organizzazione avrebbe potuto “2. to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one member country to another”. Diversamente, l’articolo 22 dell’Accordo Economico di Bogotà, firmato nello stesso anno, ma anch’esso mai entrato in vigore perché non ratificato dai Membri della Conferenza degli Stati Americani, prevedeva un vero e proprio obbligo in capo agli Stati, specificando che ciò

State’s Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection, in Journ. World. Investm. & Trade, 6(5), 2005, 711-730

²⁴ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, Series on Issues in International Investment Agreements, New York-Geneva, 1999, 1 rilevava come dei 335 BIT firmati negli anni ’90 solo 28 non contenessero questo standard. Rientrano in questa categoria minoritaria molti degli accordi conclusi da Giappone, Romania, e Italia quali, ad esempio, il BIT Italia-Romania (1990), BIT Algeria-Italia (1991), BIT Bangladesh-Italia (1990); BIT Cina-Italia (1985), il BIT Italia-Indonesia (1991), il BIT Italia-Libia (2000) o del BIT Italia-Libano (1997). Si deve notare che manca ogni riferimento a questo tipo trattamento anche nel BIT Estonia-USA (1994)

²⁵ Sul punto SACERDOTI G., *Bilateral Treaties*, cit., 344

²⁶ Sul punto KLEIN BRONFMAN M., *op. cit.*, 624-637

avrebbe significato l'impossibilità di adottare "unjustified, unreasonable or discriminatory measures".

A partire da quel momento, il trattamento giusto ed equo è stato inserito nei trattati di Amicizia, Commercio e Navigazione statunitensi²⁷ e nei tentativi di codificazione multilaterale intrapresi in varie sedi nel corso degli anni '60²⁸. L'articolo 1(a) del Progetto di Convenzione dell'OECD, ad esempio, riprendeva la formulazione già vista in precedenza, vietando l'adozione di "unreasonable or discriminatory measures". Tale strumento ha rappresentato un punto di riferimento importante per l'elaborazione di molti trattati successivi, contribuendo all'uniformazione della prassi convenzionale anche per quanto riguarda le disposizioni in materia. Tuttavia, come riconosciuto anche da studi recenti²⁹, tale convergenza è gradatamente venuta meno nel corso del tempo, facendo emergere differenze sostanziali nelle formulazioni del trattamento giusto ed equo adottate nei vari accordi.

3.1 Il trattamento giusto ed equo nel preambolo dei trattati

In alcuni casi il riferimento al trattamento giusto ed equo è già presente nel preambolo del trattato, soprattutto negli strumenti bilaterali, mentre non si hanno esempi in questo senso negli accordi regionali. La differenza è ascrivibile al fatto che, nella maggior parte dei casi, quest'ultima tipologia di trattati ha un ambito applicativo che va oltre al settore degli investimenti, includendo anche la regolazione del commercio e, talvolta, di aspetti ad esso correlati, quali la disciplina della tutela della proprietà intellettuale. Per tale ragione, i loro preamboli sono solitamente redatti in termini più generali e non fanno riferimento a specifiche questioni relative ai singoli settori disciplinati³⁰.

²⁷ Lo standard era previsto nei trattati di amicizia, commercio e navigazione conclusi con l'Irlanda (1950), la Grecia (1954), Israele (1954), la Francia (1960), il Pakistan (1961), il Belgio (1963), il Lussemburgo (1963). Per un'analisi di tale aspetto WILSON R., *United States Commercial Treaties and International Law*, New Orleans, 1960, 120

²⁸ Si veda, ad esempio, l'art. 1 della *Draft Convention on Investment Abroad*, elaborato nel 1959 da un gruppo di giuristi guidati da Lord Shawcross e H. Abs, il cui testo è disponibile in *Journal of Public Policy*, 9, 1960, 116-124

²⁹ UNCTAD, *The Shift Toward Services*, World Investment Report 2004, Geneva-New York, 2004, 224; UNCTAD, *FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, World Investment Report 2003, Geneva-New York, 2003, 89

³⁰ Un'eccezione in questo senso è rinvenibile nel Preambolo del Protocollo di Colonia del Mercosur, dove si fa riferimento all'obiettivo di creare un clima favorevole per gli investimenti

Quando incluso nel preambolo, lo standard in esame è generalmente posto in relazione con la stabilità del quadro normativo e con la necessità di favorire il flusso degli investimenti verso i Paesi membri e di garantire il pieno utilizzo delle risorse economiche a disposizione. Una formulazione classica di tale intendimento è rinvenibile, ad esempio, nel Preambolo del BIT Argentina-USA, nel quale le Parti riconoscono “that fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment and maximum effective use of economic resources”. Analogamente, la Convenzione istitutiva della MIGA fissa quale obiettivo quello di migliorare “the flow to developing countries of capital and technology [...] on the basis of fair and stable standards for the treatment of foreign investments”.

L’inclusione dello standard nei preamboli e il collegamento con l’obiettivo della stabilità del quadro regolamentare sono fattori che incidono in modo rilevante sulla definizione del trattamento giusto ed equo. Come si è già avuto modo di rilevare nel capitolo precedente, e come sarà specificato meglio nel corso della trattazione, il riferimento all’obiettivo del trattato costituisce uno degli strumenti utilizzati dagli arbitri internazionali per rafforzare la tutela degli investitori esteri, attraverso l’adozione di interpretazioni estensive delle norme pattizie. Questa linea interpretativa risulta pienamente conforme con quanto previsto dalle norme generali di diritto internazionale, così come codificate nella Convenzione di Vienna del 1969. Tuttavia, è innegabile che l’adozione di una lettura estensiva delle norme di tutela sollevi questioni importanti in termini di salvaguardia della sovranità statale, rischiando di compromettere l’equilibrio tra i diversi interessi in gioco.

3.2 Il trattamento giusto ed equo nel testo dei trattati

L’analisi della prassi convenzionale rivela come nella maggior parte dei casi il riferimento al trattamento giusto ed equo è contenuto nella parte dispositiva dei trattati. In generale, si deve osservare che le indicazioni desumibili al fine della ricostruzione del contenuto dello standard sono piuttosto limitate. Le diverse soluzioni adottate possono essere divise in quattro categorie, a seconda se

estri, rafforzando la loro promozione e protezione, quale strumento per stimolare l’iniziativa privata e migliorare le relazioni economiche tra gli Stati

prevedono l'obbligo: in modo isolato, insieme ad altre norme di diritto internazionale, in relazione con standard diversi di trattamento o, da ultimo, identificando alcune categorie di atti che devono considerarsi contrari allo standard in esame.

In via preliminare, occorre sottolineare come la classificazione proposta sia utile ai fini dell'analisi, ma possa risultare talvolta eccessivamente schematica rispetto ad una realtà molto frammentata. In molti casi, infatti, i redattori dei trattati internazionali fanno ricorso a soluzioni intermedie, utilizzando all'interno di un'unica norma formulazioni che, ai sensi della classificazione proposta, rientrerebbero in categorie diverse³¹. Tale eventualità non impedisce, però, di utilizzare questo tipo di schema analitico per valutare l'apporto delle disposizioni convenzionali nella definizione dello standard, visto che l'eventuale utilizzo di soluzioni di sintesi nei trattati non incide in questo senso.

i) La previsione del trattamento giusto ed equo in modo isolato

La prima categoria è formata dalle disposizioni che si limitano a prevedere l'obbligo del trattamento giusto ed equo, senza offrire alcuna indicazione circa il suo contenuto. La scelta minimalista si ritrova, ad esempio, all'articolo 4 del BIT Argentina-Australia, il quale prevede che "Each Contracting Party shall at all time ensure fair and equitable treatment to investments" e all'articolo 2 del BIT Albania-Italia, dove è stabilito che "[c]iascuna Parte Contraente assicurerà sempre un trattamento giusto ed equo ad investimenti ed investitori dell'altra".³² Talvolta, l'enunciazione dello standard è accompagnata dalla precisazione che "[c]haucune des Parties contractantes s'engage [...] à faire en sorte que l'exercice du droit ainsi reconnu ne soit entravé ni en droit ni en fait", così come previsto dall'articolo

³¹ Un esempio rilevante è fornito dall'art. 10(1) del Trattato sulla Carta europea dell'energia, il quale prevede che "[e]ach Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make investments in its area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party."

³² La stessa scelta si ritrova all'art. 2.3 BIT Italia-Kazakhstan (1994) e all'art. 2.2 BIT Italia-Marocco (1990)

3 BIT Argentina-Francia³³. Al di là delle differenze nella formulazione, bisogna osservare come questa scelta redazionale offra scarse indicazioni all'interprete circa la determinazione del contenuto di tale standard.

ii) Trattamento giusto ed equo congiuntamente ad altre norme di diritto internazionale

Nella maggior parte degli accordi lo standard è enunciato congiuntamente ad altri principi o norme di diritto internazionale. In particolare, vi sono casi nei quali si prevede l'obbligo per lo Stato di riconoscere a favore dell'investitore un trattamento giusto ed equo "in accordance with principles of international law"³⁴. Inoltre, sono numerosi i trattati che prevedono tale standard insieme con quello della *full protection and security*³⁵ o della *constant protection and security*³⁶. Una scelta di questo tipo è effettuata anche dall'articolo 1105 del NAFTA, il quale dispone che [e]ach Contracting Party shall accord to investments and investors of another Party treatment in accordance with international law."

Questo tipo di approccio non contribuisce in modo significativo a chiarire la portata dello standard, posto che, in questo caso, le altre norme internazionali sono previste congiuntamente con lo standard in esame e non incidono sulla determinazione del suo contenuto.

iii) Trattamento giusto ed equo in relazione ad altri standard di trattamento

Alcuni accordi non si limitano ad una previsione congiunta, ma stabiliscono una relazione con altri standard di tutela, nel tentativo di chiarire quale sia il comportamento che deve tenere lo Stato perché le sue azioni non siano considerate ingiuste ed inique. In alcuni casi, come nell'articolo 3 del BIT Francia-El Salvador, si prevede che "[c]e traitement sera au moins égal a celui qui est accordé par chaque Partie contractante aux nationaux ou sociétés de la nation la

³³ Una formulazione analoga è rinvenibile anche all'art. 4.1 BIT Australia-Cile (1996)

³⁴ Questo tipo di formulazione si ritrova in molti dei trattati bilaterali canadesi, quali, tra gli altri, art. 2.4 BIT Argentina-Canada (1991); art. 2 BIT Canada-El Salvador (1991); art. II.2(a) BIT Canada-Sud Africa (1995); art.II.2(a) Canada-Ecuador (1996) e art. II.1 Canada-Russia (1989). L'art. III.2 delle Linee Guida della Banca Mondiale del 1992 prevede che "[e]ach State will extend to investments established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment according to the standards recommended in the Guidelines"

³⁵ Si vedano anche gli art. 2 BIT Giappone-Hong Kong (1997); art. 3.2 BIT Italia-India (1995); art. 2(a) BIT Russia-USA (1992); II.3(a) BIT Ucraina-USA (1994)

³⁶ Questa formulazione era utilizzata nei trattati FNC statunitensi e si ritrova all'art. 3.1 BIT Argentina-Cina (1992)

plus favorisée”³⁷. In altri trattati questo tipo di richiamo è esteso anche al trattamento nazionale, prevedendo, come fa l’articolo 3.2 del BIT Argentina-Svizzera, che “[c]haque Partie Contractante assurera sur son territoire un traitement juste et équitable aux investissements des investisseurs de l’autre Partie Contractante. Ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque Partie Contractante à des investissements effectués sur son territoire par ses propres investisseurs ou que celui accordé par chaque Partie Contractante à des investissements effectués sur son territoire par les investisseurs de la nation la plus favorisée, si ce dernier traitement est plus favorable.”³⁸ In molti BIT statunitensi, inoltre, è previsto che l’applicazione del *fair and equitable treatment* non potrà in alcun caso risolversi in un trattamento “less than that required by international law”³⁹.

La scelta di utilizzare altri standard di trattamento come punto di riferimento per la determinazione del contenuto dell’obbligo di trattamento giusto ed equo costituisce un tentativo di risposta al carattere indeterminato del concetto. Tuttavia, il contributo offerto da questo tipo di approccio è limitato, visto che il riferimento alle altre disposizioni consente unicamente di individuare la soglia minima del trattamento giusto ed equo. Manca, invece, un’indicazione che permetta di determinare il contenuto sostanziale dello standard e le misure statali che possono ritenersi escluse dall’ambito applicativo dello standard o, in altre parole, il suo limite superiore. Nel caso del richiamo al trattamento previsto dal diritto internazionale effettuato dai BIT statunitensi, vi è, inoltre, il problema dell’incertezza che ancora caratterizza la determinazione del contenuto di tale ultimo standard. Questo tipo di riferimento non consente, dunque, di risolvere i problemi di definizione che riguardano l’obbligo in esame, ma rischia di rivelarsi un fattore di ulteriore incertezza.

³⁷ Una formulazione analoga è rinvenibile nell’art. 3 BIT Francia-Russia (1989) e nell’art. IV.1 dell’Accordo ASEAN del 1987

³⁸ Il riferimento rappresenta un tratto comune a molti degli accordi conclusi dalla Svizzera: tra gli altri, si vedano l’art. 3.2 BIT Bolivia-Svizzera (1987); art. 5.2 BIT Bulgaria-Svizzera (1991); art. 4.2 BIT Cile-Svizzera (2003) e l’art. 4.2 Svizzera-Pakistan (1995). In senso analogo art. 3.2 BIT Brasile-Paesi Bassi (1998); art. 4 BIT Bangladesh-Iran (2001)

³⁹ Art. II. 2(a) BIT Sri Lanka-USA (1991). Formule analoghe sono rinvenibili in art. II.3(a) BIT Bolivia-USA (1998); art. II.2(a) BIT Giamaica-USA (1994); art. II.2(a) BIT Repubblica Ceca-USA (1991); art. II.2(a) BIT Romania-USA (1992); art. II.3(a) Ucraina-USA (1994)

iv) L'elencazione di misure vietate

Nel tentativo di offrire maggiori indicazioni all'interprete circa il contenuto del trattamento giusto ed equo, in alcuni trattati la sua previsione è accompagnata dal riferimento a tipologie di misure da considerarsi in ogni caso contrarie allo standard. Questo tipo di soluzione non è alternativa rispetto a quelle analizzate in precedenza, ma viene sempre utilizzata per il loro completamento.

Un primo esempio rientrante in questa categoria era già adottato nel Progetto di Convenzione OECD del 1967, dove era previsto che, per rispettare l'obbligo di trattamento giusto ed equo, lo Stato non poteva “[...] in any way impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures.” Successivamente, formule analoghe sono state inserite in molti trattati bilaterali, tra i quali, ad esempio, il BIT Turchia-USA⁴⁰, il BIT Paesi Bassi-Repubblica ceca⁴¹, il BIT Argentina-Gran Bretagna⁴², o, ancora, nel BIT Italia-Perù, dove l'articolo 3.3 stabilisce che “[e]ntrambe le Parti Contraenti dovranno garantire che la gestione, il trattamento, l'uso, la trasformazione, il godimento o la cessione degli investimenti effettuati sul proprio territorio da investitori dell'altra Parte Contraente, nonché le società e le imprese nelle quali tali investimenti siano stati effettuati, non vengano in alcun modo sottoposti a misure ingiustificate o discriminatorie.”⁴³

Questo tipo di previsioni appaiono, però, troppo generiche per contribuire in modo sostanziale alla determinazione del contenuto dello standard. Come si è già avuto modo di osservare rispetto alla categoria precedente, si tratta di indicazioni che permettono l'individuazione di una soglia minima di comportamento, senza offrire elementi sufficienti per risolvere i dubbi che attengono a composizione e portata dell'obbligo in questione.

Maggiormente dettagliate appaiono le disposizioni contenute in alcuni trattati, soprattutto francesi, nei quali sono state inserite delle liste non esaustive di

⁴⁰ Art. III.3. L'art. 3 del modello del BIT statunitense del 1994 prevedeva, infatti, che “Neither Party shall in any way impair by arbitrary and discriminatori measues the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion or disposal of investment.”

⁴¹ Art. 3.1. Si vedano, inoltre l'art. 3.1 BIT Bolivia-Paesi Bassi (1992) e l'art. 3.1 BIT Ecuador-Paesi Bassi (1999)

⁴² Art. 2(2). Si vedano, inoltre, art. 2(2) Gran Bretagna ed Irlanda-Marocco (1990); art. 2(2) BIT Gran Bretagna ed Irlanda-Tanzania (1994); art. 2(2) Gran Bretagna ed Irlanda-Venezuela (1995)

⁴³ Analogamente art. 2.3 BIT Giordania-Italia (2001), art. 2.2 BIT Italia-Venezuela (2001), art. 2.2 BIT Arabia Saudita-Italia (1995)

specifiche misure che si ritengono vietate. Una formulazione-tipo di tale clausola è rinvenibile, ad esempio, all'articolo 4 del BIT Francia-Guatemala, dove è previsto che “[e]n particulier, bien que non exclusivement, sont considérées comme entraves du droit ou de fait au traitement just et équitable, toute restriction à l’achat et au transport de matières premières et de matières auxiliaires, d’énergie et de combustibles, ainsi que de moyens de production et d’exploitation de tout genre, tout entrave à la vente et au transport des produits à l’intérieur du pays et à l’étranger, ainsi que toutes autres mesures ayant un effect analogue”⁴⁴.

Ai fini dell'individuazione del contenuto dello standard, il carattere dettagliato di simili previsioni sembrerebbe offrire un contributo rilevante. In realtà, l'impatto di tali formulazioni è piuttosto limitato, essendo applicabili solo rispetto ad un numero ristretto di settori economici e non essendo suscettibili di estensione in via interpretativa. Paradossalmente, perciò, il loro elevato livello di precisione costituisce un limite alla loro capacità di offrire all'interprete delle linee guida utili per l'applicazione dello standard. La loro inadeguatezza risulta in modo ancora più evidente se considerate alla luce dei mutamenti intervenuti nel tessuto economico nel corso degli ultimi anni, nei quali attività precedentemente considerate secondarie, o completamente ignorate, hanno assunto un'importanza centrale anche per quanto riguarda gli investimenti da parte di soggetti stranieri. Non sorprende, perciò che disposizioni di questo tipo siano piuttosto rare nella prassi convenzionale, dove si preferisce utilizzare formulazioni più ampie.

v) L'inadeguatezza delle norme convenzionali per la definizione dello standard

Questo tipo di analisi dimostra con sufficiente chiarezza l'apporto limitato delle soluzioni adottate a livello convenzionale per l'individuazione del contenuto sostanziale del trattamento giusto ed equo, lasciando in larga parte irrisolti i problemi derivanti dalla natura indefinita dei concetti ai quali lo standard fa riferimento. In realtà, tali carenze non sembrano potersi attribuire, come fa parte della dottrina⁴⁵, all'incapacità degli Stati di trovare un accordo sul punto, quanto all'inadeguatezza dello strumento rispetto allo scopo, in ragione del carattere

⁴⁴ Una formula simile, sebbene meno dettagliata, è stata inserita all'art. 4.1 BIT Francia-Uganda (2002)

⁴⁵ JUILLARD P., *L'évolution des sources du droit des investissements*, in RdC, tome 240, 1994, 133

aperto ed intrinsecamente evolutivo dei concetti ai quali si fa riferimento. L'elaborazione di una definizione dettagliata a livello normativo rischierebbe di privare lo standard di gran parte della sua utilità pratica, derivante, prima di tutto, dalla sua elevata capacità di adattarsi alle mutevoli esigenze dei diversi contesti nei quali vengono effettuati gli investimenti esteri⁴⁶. La pretesa di fissare in una disposizione convenzionale i limiti precisi del comportamento al quale è tenuto lo Stato contrasta, dunque, con le caratteristiche intrinseche dello standard e potrebbe risultare controproducente per l'efficacia del sistema di tutela. La ricostruzione del suo contenuto passa, perciò, necessariamente attraverso l'analisi della prassi applicativa, una situazione piuttosto ricorrente nell'ordinamento internazionale, dove è invalso l'utilizzo di clausole aperte.

D'altro canto, come si è già avuto modo di osservare, tale situazione di incertezza solleva importanti questioni in termini di rispetto della sovranità statale, in ragione dell'ampia discrezionalità che questa lascia ai tribunali arbitrali nell'interpretazione dello standard. L'impostazione prevalente nella prassi arbitrale tende, infatti, a privilegiare una lettura estensiva della nozione in esame, così da rafforzare la tutela dell'investitore a discapito delle ragioni dello Stato ospite.

4. Il trattamento giusto ed equo nella prassi arbitrale

4.1 Il ruolo fondamentale della prassi arbitrale nella definizione dello standard

Ai fini della ricostruzione del contenuto normativo del trattamento giusto ed equo in materia di investimenti esteri, la fonte principale alla quale occorre fare riferimento è la prassi degli arbitri internazionali⁴⁷. Sull'argomento si registra, infatti, una copiosa attività da parte di tali organi, i quali, soprattutto nel corso

⁴⁶ LOWE V., *Changing Dimensions of International Investment Law*, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, n. 4/2007, March 2007, 97 osserva “[t]here is, in my view, no point in seeking to elaborate upon the meaning of fair and equitable treatment by trying to agree upon a detailed definition of it in abstract.”. SCHREUER C., *Fair and Equitable*, *cit.*, 365 sottolinea che “[t]his lack of precision may be a virtue rather than a shortcoming.”

⁴⁷ Recentemente sulla giurisprudenza quale fonte del diritto internazionale PERREAU-SAUSSINE A., *A Case Study on Jurisprudence as a Source of International Law: Oppenheim's Influence*, in CRAVEN M., FITZMAURICE M., VOLGIATZI M. (eds.), *Time, History and International Law*, The Hague, 2007, 91-117

degli ultimi anni, sono stati chiamati a pronunciarsi sul punto a più riprese. Tuttavia, parte della dottrina ritiene che “[a]rbitral tribunals seem generally ill-equipped in tackling the interpretative conundrum posed by the vagueness of the fair and equitable treatment standard.”⁴⁸ È innegabile, però, che la loro azione abbia consentito l’individuazione degli elementi fondamentali che compongono lo standard, contribuendo in modo sostanziale alla sua evoluzione.

La preminenza della fonte arbitrale in tale contesto appare strettamente connessa al carattere aperto dello standard, il quale, come visto in precedenza, non può che essere definito in relazione alle specifiche condizioni che caratterizzano il caso concreto⁴⁹. Entrambi i concetti di equità e giustizia fanno implicito riferimento alla necessità di un bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti che, per quanto riguarda il settore normativo in esame, sono la tutela degli investimenti esteri e il rispetto per la sovranità degli Stati ospiti. L’obbligo di trattare gli investimenti in modo giusto ed equo implica, infatti, una limitazione della libertà dello Stato nei propri rapporti con l’operatore economico straniero. La ricerca di un punto di equilibrio⁵⁰ tra gli interessi delle due parti è un’operazione che impone la valutazione della realtà circostante e che non si presta ad essere condotta in astratto. Un compito di questo tipo non può che essere svolto dai tribunali arbitrali, i quali godranno inevitabilmente di un’ampia discrezionalità interpretativa.

A tale ultimo proposito, è stato osservato⁵¹ come nei sistemi giuridici anglosassoni il concetto di *equity*, il quale rimanda, almeno sul piano terminologico, al concetto di equità contenuto nello standard in esame, sia anche utilizzato per indicare un sistema basato su regole equitative che si era sviluppato a partire dall’epoca medievale e che era amministrato dal Cancelliere. Ai fini del presente discorso, è interessante notare che tali regole erano state elaborate proprio per rimediare al formalismo della *Common Law*, consentendo l’adozione di decisioni fondate sull’applicazione di principi flessibili che potessero correggere eventuali

⁴⁸ SCHILL S., *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, IILJ Working Paper 2006/6, 5

⁴⁹ JENKS W.C., *The Prospects of International Adjudication*, London, 164, 767 osservava che “equitable concepts [...] should play an important part in adapting principles to circumstances in a world in which the law is constantly confronted with new problems and new needs”

⁵⁰ Si noti in via incidentale come il concetto stesso di “equilibrio” sia etimologicamente legato a quello di “equità”

situazioni di iniquità determinate dalla stretta osservanza della legge⁵². Questo tipo di approccio non è estraneo all'ordinamento internazionale, dove, come precisato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *sulla delimitazione della piattaforma continentale tra Tunisia e Libia*, l'applicazione dei principi equitativi per l'adozione della decisione fa sì che “the Court is freed from the strict application of legal rules in order to bring about an appropriate settlement. The task of the Court in the present case is quite different: it is bound to apply equitable principles as part of international law, and to *balance up the various considerations which it regards as relevant in order to produce an equitable result*”⁵³.

Si deve, però, precisare che il riferimento al trattamento giusto ed equo consenta il superamento del dato normativo per ragioni di carattere equitativo. Quando chiamati a statuire sul punto, gli arbitri internazionali sono, infatti, chiamati ad applicare le norme del trattato e non possono derogarvi in base a considerazioni di equità. Il punto è stato sottolineato nel caso *M.C.I.*, nel quale il Tribunale arbitrale ha inteso rimarcare come “fair and equitable treatment cannot be confused with the application of the rule of *ex aequo et bono*”⁵⁴.

Tuttavia, il parallelismo contribuisce a chiarire come il ruolo centrale assunto dalla giurisprudenza arbitrale nella definizione dello standard non rappresenti una distorsione del sistema, ma un'inevitabile conseguenza dell'utilizzo di concetti ampi e flessibili per garantire agli investitori stranieri un'adeguata tutela dei loro

⁵¹ MUCHLINSKI P., ‘*Caveat Investor*’?, *cit.*, 532

⁵² Per un'analisi di tale sistema si vedano GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici Comparati*, 2° ed., Torino, 2002, 101-121. Il parallelismo tra il trattamento giusto ed equo e l'*Equity* è interessante, anche se può apparire per centi versi un po' forzato. Al di là delle assonanze linguistiche, è interessante notare come uno degli istituti sviluppati dall'*Equity* vi sia l'*estoppel*, considerato da molti quale il corrispettivo in ambito contrattuale della tutela del legittimo affidamento nel diritto pubblico. Come si vedrà meglio in seguito, tale ultimo istituto è considerato oggi un elemento del trattamento giusto ed equo e, addirittura, alcuni lo considerano uno delle componenti essenziali di tale standard.

⁵³ *Tunisia-Lybia Continental Shelf Case*, ICJ Rep. 1982, para. 71 (corsivo aggiunto). La Corte ha anche precisato che questo tipo di approccio può essere adottato solo in caso di consenso delle parti e deve, comunque essere distinto dall'adozione di una decisione *ex aequo et bono*. Sul punto MUCHLINSKI P. ‘*Caveat Investor*’?, *cit.*, 532. Più in generale sull'equità nel diritto internazionale FRANCK T., *Equity in International Law*, in JASENTULIYANA N. (ed.), *Perspectives on International Law*, London, 1995, 23-48; LACHS M., *Equity in Arbitration and in Judicial Resolution of Disputes*, in *Leiden Journ. Intl. L.*, 6(2), 1993, 323-329; LOWE V., *The Role of Equity in International Law*, in *Austr. Yearb. Intl. L.*, 12, 1988/89, 54-81

⁵⁴ *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc., av. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/03/6, Award of 31 July 2007, para. 370. Sul punto LOWE V., *Fair and Equitable Treatment in International Law. Remarks by Vaughan Lowe*, in *ASIL Proceedings*, 2006, 73

investimenti. Nel caso *PSEG*, il Tribunale arbitrale ha chiarito come l'estrema flessibilità dello standard costituisca la migliore garanzia a favore della posizione dell'investitore, consentendo agli arbitri di intervenire in sua tutela anche quando la condotta statale non violi alcuna altra norma internazionale⁵⁵.

Tale considerazione appare condivisa in dottrina, dove si è sottolineato che l'inclusione dello standard del trattamento giusto ed equo “[is] designed to give adjudicators a quasi-legislative authority to articulate a variety of rules necessary to achieve the treaty’s object and purpose in particular disputes.”⁵⁶ In altre parole, lo standard è chiamato a svolgere il ruolo di norma di chiusura, alla quale gli arbitri possono fare ricorso per garantire agli investitori stranieri una tutela effettiva, in linea con quello che rappresenta l'obiettivo generale del sistema.

Il fatto che l'ampia discrezionalità della quale godono gli arbitri nella definizione del trattamento giusto ed equo risulti pienamente in linea con la logica del sistema internazionale non può portare a sottovalutare i rischi che il suo esercizio comporta in termini di salvaguardia della sovranità statale. Proprio facendo riferimento allo stretto legame intercorrente tra lo standard in esame e l'obiettivo dei trattati sugli investimenti, i tribunali arbitrali tendono, infatti, ad interpretare l'obbligo in senso espansivo, dando l'impressione di anteporre le ragioni della tutela dell'investimento a quelle del rispetto per l'esercizio di poteri sovrani.

Secondo parte della dottrina, questo tipo di impostazione ha un impatto potenzialmente molto rilevante sulla libertà degli Stati di regolare la propria economia⁵⁷, incidendo in modo sensibile sull'equilibrio tra le parti. La tendenza espansiva ha due dimensioni principali, riguardanti, rispettivamente, la natura dell'atto statale e l'ambito applicativo dello standard.

⁵⁵ Caso *PSEG*, *cit.*, paras. 238-239

⁵⁶ BROWER C.H. II, *Investor-State Disputes under NAFTA: The Empire Strikes Back*, in *Columbia Journ. Trans. L.*, 40, 2001, 56. L'impostazione ha trovato espressa conferma anche in *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007, para. 297

⁵⁷ LOWE V., *Regulation or Expropriation?*, in *Curr. Leg. Probl.*, 55, 2002, 455. Si veda anche CHOUDHURY B., *op. cit.*, 318-319. DOLZER R., *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, in *NY Univ. Journ. Intl. L. & Pol.*, 27, 2005, 964 osserva che lo standard ha “wide-ranging repercussions for the sovereignty of the host state”

4.2 Il progressivo abbassamento della soglia

Per quanto riguarda il primo aspetto, nel corso degli anni si è assistito ad un graduale abbassamento della soglia oltre la quale il comportamento statale è considerato contrario all'obbligo di trattamento giusto ed equo.

Il punto di partenza per apprezzare questo cambiamento è la già citata decisione *Neer* del 1926, nella quale la Commissione Messico-USA aveva concluso che “the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental so far short of international standards that every reasonable impartial man would readily recognize its insufficiency”⁵⁸. Successivamente, nel caso *ELSI*, la Corte internazionale di giustizia aveva fissato il limite della responsabilità statale per violazione dei diritti di un privato al caso di “[...] wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety”⁵⁹. Tale impostazione è stata ripresa anche nella recente giurisprudenza arbitrale, soprattutto in ambito NAFTA⁶⁰.

La posizione assunta nel caso *Neer* è stata successivamente rigettata dalla giurisprudenza arbitrale maggioritaria, dal momento che la malafede dello Stato non è più considerata un elemento costitutivo della moderna concezione del trattamento giusto ed equo. Tale aspetto è stato affrontato a più riprese anche in casi recenti relativi agli investimenti infrastrutturali. In tale contesto, vi è la tendenza da parte degli Stati convenuti⁶¹ a sostenere che la giurisprudenza *Neer* sia ancora pienamente applicabile, fondando la loro posizione sulla decisione adottata nel caso *Genin*, nel quale il Tribunale aveva escluso che le misure adottate dal Banca centrale estone nel corso del processo di privatizzazione del

⁵⁸ *L.F.H. Neer and Pauline Neer v. The United Mexican States*, United States-Mexico General Claims Commission, 15 October 1926, riprodotto in Rep. Intl. Arb. Awards, IV, 60-66

⁵⁹ Caso *ELSI*, *cit.*, para. 128

⁶⁰ Nel caso *Loewen*, *cit.*, para. 132 il tribunale ha concluso che “manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety [...]” deve considerarsi una violazione del trattamento giusto ed equo

⁶¹ E' questo il caso dell'Argentina nei numerosi che la vedono protagonista di fronte a tribunali ICSID, per tutti, si veda *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Respondent's Counter-Memorial, paras. 620-622. La stessa posizione è stata anche adottata dalla Turchia in *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007, para. 232

settore finanziario nazionale potessero essere considerate una violazione dello standard in esame⁶².

Tale posizione è stata, però, costantemente rifiutata dai tribunali arbitrali, i quali hanno ribadito che essa risulta contraria ad una lettura dello standard che tenga nella giusta considerazione l'evoluzione della realtà economica e non risulta giustificata neppure in riferimento al caso *Genin*. Quest'ultima decisione si limita, infatti, a rilevare che il trattamento giusto ed equo “*would include acts showing a willful neglect of duty, an extreme insufficiency of action falling below international standards, subjective bad faith, or a wilful disregard of due process*”⁶³, senza, però, limitare l'applicabilità dello standard solo a comportamenti di questo tipo. Muovendo da tale considerazione, la decisione *LG&E* ha, perciò, concluso negando “[...] that bad faith or something comparable would ever be necessary to find a violation of fair and equitable treatment.”⁶⁴ La posizione costituisce ormai un elemento costante nella giurisprudenza arbitrale internazionale in materia di investimenti infrastrutturali, essendo stato ribadito in tutti i casi nei quali il problema è stato specificamente affrontato⁶⁵.

Alla luce di quanto precede, si deve ritenere che, come sostenuto anche in uno studio recente dell'UNCTAD, debbano considerarsi contrari all'obbligo di trattamento giusto ed equo non solo i casi di abuso manifesto delle proprie facoltà sovrane da parte dello Stato ospite, ma anche le ipotesi nei quali il potere è utilizzato in modo non conforme a principi che contribuiscono a definire l'odierna nozione di *good governance*⁶⁶. Da un lato, l'evoluzione risulta pienamente

⁶² *Genin, Eastern Credit Ltd., Inc. and Baltoil v. Republic of Estonia*, ICSID Case no. ARB/99/2, Award of 13 September 2001, para. 367

⁶³ Caso *Genin*, *cit.*, para. 367

⁶⁴ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 129

⁶⁵ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 20 August 2007, para. 7.4.7; *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award of 22 May 2007, para. 263; Caso *PSEG*, *cit.*, para. 246; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006, para. 372; *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Final Award of 12 May 2005, para. 280 afferma che “[...] this is an objective requirement unrelated to whether the Respondent has had any deliberate intention or bad faith in adopting the measures in question.”

⁶⁶ UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York-Geneva, 2005, 39. La definizione di *good governance* non è univoca; se riferito alla sfera pubblica, il concetto è utilizzato per indicare una gestione non solo legittima, efficace ed efficiente, ma anche conforme ai principi di trasparenza, partecipazione, uguaglianza e responsabilità. Sul punto ESTY D.C., *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, in Yale L. Journ.,

conforme con la natura stessa dei concetti che compongono lo standard, i quali, come si è avuto modo di osservare in precedenza, sono necessariamente destinati ad evolvere nel corso del tempo, adattandosi ai mutamenti di percezione intervenuti nella comunità sociale di riferimento. Dall'altro, però, risulta evidente come l'abbassamento della soglia comporti un'inevitabile riduzione dello spazio di manovra per le autorità nazionali, le quali non saranno più semplicemente chiamate al rispetto di garanzie procedurali minime, ma all'adozione di decisioni che risultino conformi a requisiti ben più stringenti e aventi anche carattere sostanziale⁶⁷.

4.3 L'ampliamento dell'ambito applicativo dello standard

i) Introduzione

La tendenza da parte degli arbitri internazionali ad interpretare in modo espansivo il trattamento giusto ed equo ha portato ad un progressivo allargamento dell'ambito applicativo dello standard. Rispetto allo standard minimo internazionale, si è assistito all'introduzione di nuovi elementi ed al graduale superamento della sua dimensione essenzialmente procedurale, consentendo l'utilizzo del trattamento giusto ed equo anche per la tutela di aspetti sostanziali⁶⁸. Questo secondo tipo di evoluzione deriva dall'inclusione della tutela del legittimo affidamento quale fattore rilevante ai fini della definizione dello standard in esame e sarà presa in considerazione in una sezione successiva del presente lavoro, in ragione della sua particolare rilevanza in tema di rapporto tra la sovranità statale e la tutela degli investimenti esteri.

115(7), 2006, 1490-1562. Per un'interessante analisi dell'uso del concetto da parte di alcune organizzazioni internazionali si vedano gli interventi in *Review of Application of the Concept of Good Governance by International Organizations in Practice*, in HEERE W.P. (ed.), *From Government to Governance: the Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal Systems. Proceedings of the Sixth Joint Conference held in The Hague 3-5 July 2003*, The Hague, 2004, 123-174

⁶⁷ Sul punto si vedano le considerazioni di WEILER T., WÄLDE T., *Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty in the Light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation*, in *Transn. Disp. Manag.*, 1(1), February 2004

⁶⁸ KANTOR M., *Fair and Equitable Treatment: Echoes of FDR's Court-Packing Plan in the International Law Approach Towards Regulatory Expropriation*, in *L. & Pract. Intl. Courts & Trib.*, 5, 2006, 244. In senso critico su questo tipo di evoluzione ORELLANA M.A., *Science, Risk and Uncertainty: Public Health Measures and Investment Disciplines*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 742

Per quanto attiene, invece, al primo tipo di evoluzione, l'analisi della prassi arbitrale rivela come l'attuale ambito applicativo del trattamento giusto ed equo comprenda, accanto alle componenti tradizionali dello standard minimo, quali l'obbligo di vigilanza e protezione, il rispetto del giusto processo e il divieto di misure arbitrarie o discriminatorie, altri fattori che non fanno parte di tale standard⁶⁹. L'aspetto più controverso a questo proposito è l'obbligo di trasparenza, considerato un elemento implicito nel concetto di trattamento giusto ed equo in diverse decisioni arbitrali recenti.

ii) Obbligo di vigilanza e protezione

In alcune decisioni, i tribunali hanno ritenuto che il mancato ottemperamento dell'obbligo di vigilanza e protezione potesse considerarsi una violazione del trattamento giusto ed equo. Nel caso *Wena Hotels*, ad esempio, il Tribunale ha rilevato che lo standard comporti in capo allo Stato “[...] an obligation of vigilance, in the sense that the [host State] shall take all measures necessary to ensure the full enjoyment of protection and security of its investments [...]”⁷⁰ La medesima impostazione era già stata adottata anche in precedenti decisioni adottate da tribunali ICSID, quali i casi *AAPL c. Sri Lanka*⁷¹ e *AMT c. Zaire*⁷². Si deve rilevare come in tutte queste situazioni i testi normativi di riferimento, vale a dire i trattati bilaterali conclusi dalla Gran Bretagna con, rispettivamente, Egitto, Sri Lanka e Zaire, enuncino l'obbligo di trattamento giusto ed equo congiuntamente con quello della *full protection and security*. La tutela della sicurezza fisica dell'investimento deve, perciò considerarsi come facente parte della definizione del trattamento giusto ed equo solo in queste circostanze, mentre esso assumerà rilevanza autonoma nel caso in cui i due standard siano analizzati separatamente.

⁶⁹ Sul punto si veda *YANNACA-SMALL C., Fair and Equitable, cit.*, 9

⁷⁰ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Final Award of 8 December 2000, para. 82

⁷¹ *Asian Agricultural Product Ltd. v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award of 27 June 1990

⁷² *American Manufacturing and Trading, Inc. v. Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award of 27 February 1997

iii) Giusto processo

Un secondo elemento individuato dalla giurisprudenza arbitrale come facente parte dello standard in esame è il rispetto dei principi del giusto processo⁷³. Dottrina⁷⁴ e giurisprudenza⁷⁵ appaiono concordi nel ritenere che questo tipo di obbligo abbia natura consuetudinaria, essendo uno degli elementi fondamentali dello standard minimo internazionale. Il dato trova conferma anche nella prassi convenzionale recente, dove la questione è affrontata nel tentativo di delineare con maggiore chiarezza il contenuto del trattamento giusto ed equo. L'esempio più rilevante in questo senso è sicuramente l'articolo 5.2 del modello di accordo statunitense del 2004, dove si prevede che l'obbligo di garantire un trattamento giusto ed equo, coincidente con lo standard minimo consuetudinario, comprende “[...] the obligation not to deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings [...]”⁷⁶. La medesima formulazione è stata ripresa in tutti gli accordi di libero scambio recentemente conclusi dagli Stati Uniti⁷⁷, oltre che dall'art. 10.5 dell'Accordo di libero scambio Singapore-Corea del Sud del 2005. Da ultimo, l'impostazione ha trovato accoglimento anche in tutti i lodi arbitrali, la maggior parte dei quali adottati in ambito NAFTA⁷⁸, nei quali la questione del *denial of justice* è stata affrontata.

⁷³ In argomento si vedano, inter alios, PAULSSON J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2005; BIORKLUND A., *Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims*, in Virg. Journ. Intl. L., 45(4), 2005, 809-895

⁷⁴ CHOUDHURY B., *op. cit.*, 305 sottolinea come “[...] violation of due process rights is one of the least controversial and most accepted grounds for demonstration of a failure to demonstrate of a failure to provide fair and equitable treatment”. In senso concorde SCHREUER C., *Fair and Equitable*, *cit.*, 381-383; WEILER T., *NAFTA Article 1105 and the Principles of International Economic Law*, in Columbia Journ. Transn. L., 42, 2004, 79-81. Il carattere consuetudinario di tale principio era già stato affermato da SOHN L., BAXTER R.R., *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, in Amer. Journ. Intl. L., 55, 1961, 550

⁷⁵ *Janes v. United Mexican States*, US-Mexico General Claims Comm., RIAA, 4, 1928, 82; *Elettronica Sicula Spa (USA v. Italy)*, ICJ Rep. 1989, para. 128. Nel caso *Loewen*, *cit.*, para. 137, il tribunale ha affermato che la violazione del due process of law “[...] cannot be squared with minimum standards of international law and fair and equitable treatment”

⁷⁶ Questo tipo di modifica costituisce solo un aspetto di un più ampio sforzo di riforma che mira ad una definizione più precisa del trattamento giusto ed equo e che sarà analizzato nel successivo paragrafo, al quale si rimanda anche per le indicazioni bibliografiche

⁷⁷ In realtà questo tipo di modifiche erano già state inserite nell'art. 10.4 dell'Accordo di libero scambio Cile-USA concluso nel 2003 e nell'art. 10.5 dell'Accordo di libero scambio Singapore-USA dello stesso anno. Il riferimento a questo elemento è altresì presente nell'art. 5.2 BIT Uruguay-USA (2005) e in tutti gli accordi di libero scambio conclusi dagli USA a partire dal 2003 nei quali sia previsto un capitolo sugli investimenti e, in particolare, con Australia (2004); Stati dell'America centrale-Repubblica Dominicana (2005); Peru (2006); Sud Korea (2007)

⁷⁸ Caso *Waste Management*, *cit.*, para. 98; caso *Mondev*, *cit.*, para. 127; caso *Loewen*, *cit.*, paras. 132-137; *Robert Azinian and others v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award of 1 November 1999, para. 99

Per quanto riguarda il settore degli investimenti infrastrutturali, la violazione dei principi del giusto processo è stato ritenuto decisivo per determinare la violazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo da parte dello Stato nella decisione *Petrobart*. Il caso, sorto nell'ambito del programma di riordino del settore energetico lanciato dalla Repubblica del Kyrgyzstan nel corso degli anni '90, rappresenta uno dei primi lodi resi dalla Camera di commercio di Stoccolma in applicazione del Trattato sulla Carta europea dell'energia. In punto di trattamento giusto ed equo, è stato rilevato che “by intervening in court proceedings regarding the stay of execution of a final judgement to the detriment of Petrobart” lo Stato è venuto meno agli obblighi derivanti dall'articolo 10(1) del Trattato, disposizione che “is intended to ensure a fair and equitable treatment of investments”⁷⁹

Secondo un'impostazione ormai consolidata nella prassi arbitrale, l'obbligo di rispettare i principi dell'equo processo si articola in diverse componenti che non riguardano solo il procedimento di fronte agli organi giudiziari civili, penali o amministrativi. Nel caso *Metalclad*, ad esempio, il Messico è stato condannato per violazione del trattamento giusto ed equo per non aver dato la possibilità all'investitore statunitense di esprimere la propria posizione⁸⁰. Analogamente, in *Tecmed*⁸¹ la mancata notifica da parte dell'autorità ambientale messicana della propria intenzione di revocare la concessione di costruzione della discarica è stata considerata contraria al medesimo obbligo previsto nel BIT Messico-Spagna.

iv) Divieto di misure arbitrarie o discriminatorie

Lo stretto legame intercorrente tra trattamento giusto ed equo e divieto di misure arbitrarie o discriminatorie è stato stabilito con chiarezza in numerose decisioni arbitrali, tanto da poter considerare il divieto un elemento costitutivo dello standard. Nel caso *GAMI*, ad esempio, il Tribunale ha rilevato che “[e]ach NAFTA Party must accept liability [for breach of the fair and equitable treatment standard] if its officials [...] implement regulations in an arbitrary or

⁷⁹ *Petrobart Ltd. v. Republic of Kyrgyzstan*, Arbitration No. 126/2003 of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitral Award of 29 March 2005, 75

⁸⁰ Caso *Metalclad*, para. 91

⁸¹ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case no. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003, para. 162. Una posizione analoga è stata espressa anche in *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt*, ICSID Case no. ARB/99/6, Award of 12 April 2002, para. 143

discriminatory fashion”⁸² La medesima impostazione è stata adottata anche in materia di investimenti infrastrutturali, come dimostra una lettura *a contrario* del caso *Lauder*⁸³. In questa circostanza, il tribunale ha escluso che lo Stato potesse essere ritenuto responsabile per violazione del trattamento giusto ed equo, poiché, *inter alia*, le sue misure non potevano considerarsi arbitrarie o discriminatorie. Il fatto che il divieto di adottare questo tipo di comportamenti rientri nell’ambito dello standard in esame è condiviso anche in dottrina, essendo considerato un parametro irrinunciabile per definire il trattamento in esame⁸⁴.

La possibilità che il trattamento giusto ed equo sia utilizzato anche per sanzionare l’adozione di misure discriminatorie da parte dello Stato, pone, però, alcuni problemi di coordinamento con altri standard, quali il trattamento nazionale e la clausola della nazione più favorita. La questione è stata affrontata in modo specifico nel NAFTA, dove nel 2001 è stata adottata una Nota interpretativa sull’articolo 1105, con la quale le Parti contraenti intendevano precisare, *inter alia*, che “3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA [...] does not establish that there has been a breach of Article 1105(1)”⁸⁵. In questo modo, si voleva evitare che gli arbitri potessero utilizzare la violazione di altre disposizioni di diritto internazionale, come, nel caso di specie, l’obbligo del trattamento nazionale previsto dall’articolo 1102 NAFTA, quale elemento rilevante ai fini della determinazione di una violazione del trattamento giusto ed equo. L’impostazione era stata utilizzata in alcuni casi precedenti⁸⁶, nei quali il carattere discriminatorio della misura era stato considerato sufficiente per stabilire la responsabilità dello Stato anche rispetto allo standard in esame. Secondo le Parti contraenti del NAFTA il ragionamento avrebbe comportato l’assorbimento all’interno del trattamento giusto ed equo di tutti gli obblighi previsti dalle altre norme del trattato. La precisazione non ha, però, ottenuto i risultati che si prefiggeva, visto che la discriminatorietà della misura statale è stata

⁸² Caso *GAMI*, *cit.*, para. 94

⁸³ Caso *Lauder*, *cit.*, paras. 293-294

⁸⁴ MUCHLINSKI P., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, 1999, 625 osserva che “[a]t most, it can be said that the concept connotes the principle of non-discrimination and proportionality in the treatment of foreign investors”.

⁸⁵ La Nota interpretativa sarà oggetto di analisi specifica nel prossimo paragrafo, al quale si rimanda anche per le indicazioni bibliografiche specifiche

⁸⁶ Per tutti, *S.D. Myers v. Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA) Case, Partial Award of 13 November 2000, paras. 259-264

nuovamente considerata rilevante per determinare la conformità del comportamento delle autorità pubbliche con l'articolo 1105(1) anche in decisioni successive. Nel caso *Waste Management*, ad esempio, è stato osservato che “[fair and equitable treatment] is infringed [...] if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory [...]”⁸⁷

Al di fuori del contensto NAFTA la questione appare decisamente meno controversa e sono numerose le decisioni nelle quali il divieto di discriminazione è considerato una componente fondamentale ed irrinunciabile del trattamento giusto ed equo⁸⁸. In *Nykomb c. Lettonia*, un caso sorto in seguito al processo di ammodernamento del sistema di distribuzione dell'energia nel Paese baltico, il Tribunale ha sancito la contrarietà delle misure statali all'obbligo di trattamento giusto ed equo previsto dall'articolo 10(1) del Trattato sulla Carta europea dell'energia facendo esclusivo riferimento al loro carattere discriminatorio⁸⁹. Secondo questo tribunale, la scelta di trattare l'operatore straniero in modo meno favorevole rispetto a due concorrenti nazionali, senza che questo fosse giustificato per il perseguimento di un obiettivo legittimo, non poteva considerarsi né giusto, né equo.

Per quanto astrattamente condivisibile, tale conclusione non risolve, però, il problema di coordinamento evidenziato in ambito NAFTA. Vi è, infatti, il rischio che l'estensione dell'ambito applicativo del trattamento giusto ed equo porti ad un'indebita sovrapposizione tra norme diverse, con conseguenze poco felici dal punto di vista della chiarezza normativa.

v) Obbligo di trasparenza

L'elemento più controverso della definizione espansiva di trattamento giusto ed equo prevalente nella prassi arbitrale è quello dell'obbligo di trasparenza. La

⁸⁷ Caso *Waste Management*, *cit.*, para. 98

⁸⁸ Come recentemente confermato in *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, UNCITRAL Case, Partial Award of 17 March 2006, para 309. In questo senso KANTOR M., *Fair and Equitable*, *cit.*, 239

⁸⁹ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, Arbitral Institute of Stockholm Chamber of Commerce, Award of 16 December 2003, para. 4.3.2(a). Il caso riguardava la modifica da parte del governo lituano del prezzo stipulato con l'investitore svedese Nykomb, il quale aveva precedentemente rilevato un impianto di produzione dall'ex-monopolista pubblico Latvenego, per la fornitura di energia da immettere nella rete nazionale. Per un commento del caso si veda WETTERFORS J., *The First Investor-State Arbitration Award Under the 1994 Energy Charter Treaty Nykomb Synergetics Technology Holding Ab, Sweden ("Nykomb") Vs. The Republic of Latvia - A Case Comment*, in *Transn. Disp. Manag.*, 2(1), January 2005

situazione è dovuta in larga parte alle reazioni suscitate dalla decisione *Metalclad*⁹⁰, nella quale un tribunale NAFTA aveva statuito che l'obbligo di trasparenza deve considerarsi un elemento implicito nel concetto stesso di trattamento giusto ed equo e può, dunque, essere valutato anche nel caso in cui non sia espressamente previsto dalla lettera della norma. La lettura estensiva era stata successivamente censurata dalla Corte suprema della British Columbia⁹¹, adita dal Messico per chiedere l'annullamento del lodo⁹². La Corte canadese aveva affermato che il Tribunale arbitrale aveva ecceduto il proprio mandato, condannando il Messico per violazione di un obbligo che, non essendo parte dello standard minimo internazionale, non è previsto dall'articolo 1105(1) NAFTA⁹³. La decisione della corte canadese riprende e conferma quanto espresso dalla *Free Trade Commission* del NAFTA in una Nota interpretativa sull'articolo 1105 adottata nel 2001. In tale intervento, è stato, infatti, precisato che il riferimento al "diritto internazionale" contenuto nell'articolo 1105 deve ritenersi limitato al diritto internazionale consuetudinario e che, per tale ragione, il trattamento giusto ed equo può essere interpretato nel senso di garantire agli investitori esteri un trattamento più favorevole rispetto a quanto previsto dallo standard minimo internazionale⁹⁴.

⁹⁰ *Metalclad Corp. v. The United Mexican States*, ICSID Case no. ARB(AF)/97/1, Award of 30 August 2000, para. 99. Conclusioni analoghe erano state adottate anche in *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA) Case, Award on the Merits of 10 April 2001, para. 113. Sul dibattito suscitato da queste due decisioni DUMBERRY P., *The Quest to Define 'Fair and Equitable Treatment' for Investors under International Law – The Case of NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards*, in *Journ. World Investm.*, 4, August 2002, 657-691. In generale sulla giurisprudenza NAFTA in materia di art. 1105: WEILER T., *NAFTA Chapter 11 Jurisprudence: Coming Along Nicely*, in *Southwest. Journ. L. & Trade Amer.*, 9, 2003, 101; LAIRD I., *Betrayal, Shock and Outrage – Recent Developments in NAFTA Article 1105*, in WEILER T. (ed.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice and Future Prospects*, New York, 2004, 49-75

⁹¹ *United Mexican States v. Metalclad Corp.*, Judgement of 2 May 2001, 2001 BSCS 664. Il testo della decisione è disponibile su <http://www.courts.gov.bc.ca/jdb-txt/SC/01/06/2001BCSC0664.htm>

⁹² Sugli aspetti procedurali dell'annullamento del lodo *Metaclad*, BROWER C.H., *Investor-State*, *cit.*, 61-68

⁹³ WEILER T., *Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and the Customary Law*, London, 2005, 737-745 analizza in senso molto critico la decisione della Corte Suprema del British Columbia, definendola un "incredibly unsatisfactory judgement", e sostenendo, al contrario, che il dovere di trasparenza abbia ormai acquisito natura consuetudinaria e possa, dunque, considerarsi facente parte dello standard minimo internazionale

⁹⁴ Sulla Nota interpretativa e sul rapporto tra trattamento giusto ed equo e standard minimo internazionale si vedano le considerazioni che saranno svolte nel prossimo paragrafo

L'impostazione seguita dalla *Free Trade Commission* distingue il NAFTA rispetto alla maggior parte degli altri trattati internazionali, nei quali il trattamento giusto ed equo è previsto in modo autonomo o congiuntamente ad altri standard convenzionali⁹⁵. In tali contesti, non è vi è, dunque, alcun problema nel considerare l'obbligo di trasparenza una componente del trattamento giusto ed equo⁹⁶, prescindendo dal fatto che esso abbia natura consuetudinaria o meno. Il punto è stato confermato in diverse decisioni arbitrali, quale il lodo adottato nel caso *Maffezini*, dove il Tribunale ha affermato che “[...] the lack of transparency with which the loan transaction was conducted is incompatible with Spain’s commitment to ensure the investor a fair and equitable treatment in accordance with article 4(1) of the same treaty”⁹⁷.

Una volta ammessa la possibilità di considerare l'obbligo di trasparenza quale componente del trattamento giusto ed equo, almeno nei casi in cui il trattato di riferimento non imponga di determinarne il contenuto in riferimento allo standard minimo, si deve, però, rilevare una certa cautela da parte degli arbitri internazionali nel ritenere che un comportamento non trasparente comporti di per sé la responsabilità dello Stato per violazione del trattamento giusto ed equo. Nella maggior parte dei casi, infatti, il riferimento alla trasparenza è inserito nel contesto di altri principi e non quale elemento a sé stante. Questo perché l'obbligo in parola, se inteso in modo rigoroso, impone oneri rilevanti in capo allo Stato ospite, incidendo profondamente sulla sua discrezionalità nel disciplinare il procedimento amministrativo interno. I tribunali arbitrali tendono, quindi, ad adottare un approccio più sfumato sul punto, evitando di censurare i comportamenti statali che non si conformano a tale principio in modo diretto.

La conferma di tale atteggiamento si è avuta anche in un caso sorto in seguito alla privatizzazione del sistema di distribuzione dell'acqua e di gestione dei servizi igienico-sanitari della provincia di Buenos Aires. In questa occasione, il ricorrente sosteneva che la mancata pubblicazione delle misure adottate dalla competente autorità di regolazione fosse contraria al dovere di trasparenza e, dunque,

⁹⁵ Per una disamina delle diverse formulazioni utilizzate nei trattati internazionali si veda *supra*

⁹⁶ SACERDOTI G., *Bilateral Treaties*, cit., 344 il quale ritiene che lo standard in parola imponga che “all rules and practices affecting an investor’s interest be transparent [...]”

⁹⁷ *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case no. ARB/97/7, Award of 13 November 2000, para. 83. In senso analogo, caso *Tecmed*, cit., para. 154

costituisse una violazione del trattamento giusto ed equo. Il Tribunale ha, però, preferito non affrontare la questione, limitandosi ad osservare che “[t]here is no doubt that publication of ORAB’s regulations *would have been a desirable improvement*, but the lack of it [...] is not sufficient to conclude that [fair and equitable treatment] has been breached”⁹⁸

4.4 L’evoluzione nella prassi convenzionale: il riferimento allo standard minimo internazionale per la definizione del trattamento giusto ed equo

La tendenza da parte degli arbitri ad adottare una lettura espansiva dell’obbligo di trattamento giusto ed equo ha suscitato il timore che una simile evoluzione comporti limiti eccessivi alla capacità degli Stati di esercitare i propri poteri sovrani per il perseguimento di interessi generali. L’evoluzione recente della prassi convenzionale rivela come tali preoccupazioni siano condivise anche da alcuni Stati, i quali hanno deciso di modificare la formulazione dello standard nei loro trattati. Il tratto comune a questo tipo di interventi è il tentativo di limitare la discrezionalità degli arbitri nell’interpretazione dell’obbligo di trattamento giusto ed equo, facendo riferimento allo standard minimo internazionale.

In via incidentale, è interessante notare come tali iniziative siano state intraprese da Paesi tradizionalmente favorevoli al rafforzamento della tutela degli investitori privati, quali gli Stati Uniti ed il Canada. L’evoluzione è dovuta al fatto che questi Paesi, non essendo più solo “esportatori di capitali”, ma anche “importatori di capitali, si sono trovati nella difficile posizione di dover difendere alcune loro misure di regolazione di fronte ad organi arbitrali internazionali.

i) La nota interpretativa del NAFTA e la prassi convenzionale recente

Per quanto riguarda l’ambito NAFTA, nel 2001 la *Free Trade Commission* (FTC)⁹⁹ ha adottato una nota interpretativa sull’articolo 1105¹⁰⁰, nella quale si stabiliva che “1. Article 1105(1) prescribes the customary international law

⁹⁸ Caso *Azurix*, *cit.*, para. 378 (corsivo aggiunto)

⁹⁹ La *Free Trade Commission* è composta da rappresentanti dei tre Stati membri del NAFTA (Canada, Messico e USA) e ha la competenza, ai sensi dell’art. 2001(2)(c) di risolvere le questioni di carattere interpretativo relative all’Accordo. L’art. 1131 NAFTA prevede che tali interpretazioni abbiano carattere vincolante

¹⁰⁰ Free Trade Commission, *Note of Interpretation Concerning Article 1105*, issued 31 July 2001, disponibile su www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-interpr-en.asp. Per un’analisi della Nota

minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party; 2. The concept of “fair and equitable treatment” [...] do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard [...]”. In questo modo, gli Stati del NAFTA volevano impedire ai tribunali arbitrali di ampliare l’ambito applicativo della disposizione in via interpretative, arrivando, come avvenuto nel caso *Metalclad*, a condannare lo Stato ospite in base all’articolo 1105 per violazione di obbligo contenuto in altri trattati internazionali da lui ratificati.

La stessa impostazione si ritrova anche nella disposizione sul trattamento giusto ed equo nel modello del BIT statunitense adottato dal Congresso USA nel 2004¹⁰¹. L’articolo 5.2, infatti, ripropone in modo puntuale la formulazione dello standard elaborata dalla nota interpretativa del NAFTA, chiarendo come tale precisazione sia stata adottata “for greater certainty”. Il richiamo allo standard minimo quale limite per la determinazione dell’ambito applicativo del trattamento giusto ed equo è stato costantemente ribadito in tutti gli accordi di libero scambio, nonché negli accordi bilaterali recentemente conclusi dagli Stati Uniti¹⁰².

Una formulazione analoga è stata adottata anche dal Canada, il quale, sempre nel 2004, ha modificato il proprio modello del *Foreign Investment Protection Agreement* (FIPA). L’articolo 5.2 ribadisce quanto sostenuto dalla nota interpretativa della FTC del NAFTA, ma, a differenza del modello statunitense,

VALENTI M., *Il trattamento “conforme al diritto internazionale” degli investimenti stranieri nelle convenzioni internazionali*, in *Dir. comm. int.*, 4, 2004, 973-990

¹⁰¹ Per un’analisi dell’evoluzione GAGNÉ G., MORIN J-F., *The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2005 Model BIT*, in *Journ. Intl. Econ. L.*, 9(2), 2006, 357-382; JUILLARD P., *Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements* in *Ann. franç. droit int.*; 50, 2005, 669-682. In senso fortemente critico SCHWEBEL S.M., *The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law*, in *Trans. Disp. Manag.*, 3(2), April 2006

¹⁰² Art. 10.4 dell’Accordo di libero scambio Cile-USA (2003); art. 10.5 dell’Accordo di libero scambio Singapore-USA (2003). La formulazione del modello BIT è stata successivamente inserita nell’art. 5.2 del BIT Uruguay-USA del 2005 e in tutti gli accordi di libero scambio conclusi dagli USA a partire dal 2003 nei quali sia previsto un capitolo sugli investimenti e, in particolare, con Australia (2004); Stati dell’America centrale-Repubblica Dominicana (2005); Peru (2006); Sud Korea (2007). Sull’evoluzione della prassi convenzionale statunitense in riferimento agli Accordi di libero scambio si veda GANTZ D.A., *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement*, in *Am. Univ. Intl. L. Rev.*, 19, 2004, 679-764

non vi è alcun tentativo di individuare esempi di misure da considerarsi in ogni caso vietate.

Da ultimo, è interessante notare come questo tipo di modifiche siano state adottate anche da Paesi diversi da quelli fin qui considerati. L'Accordo di libero scambio concluso tra la Corea del Sud e Singapore nel 2005 contiene all'articolo 10.5 una formulazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo perfettamente coincidente con quello del modello BIT statunitense. In questo caso, i due Paesi asiatici hanno inteso includere in tale disposizione anche l'indicazione di alcune misure contrarie allo standard, facendo riferimento, come già nel modello USA, al diniego di giustizia in ambito civile, penale e amministrativo.

ii) Il rapporto tra il trattamento giusto ed equo e lo standard minimo internazionale alla luce dell'evoluzione nella prassi convenzionale

Al fine di comprenderne l'effettiva portata, la Nota interpretativa della *Free Trade Commission* e le successive modifiche nella prassi convenzionale di alcuni Stati devono essere analizzate alla luce del dibattito sul rapporto tra il trattamento giusto ed equo e lo standard minimo internazionale. Il problema fondamentale a questo proposito è se il trattamento giusto ed equo coincida con lo standard minimo o se, al contrario, offra agli investitori una tutela rafforzata, andando al di là di quanto previsto dal diritto consuetudinario.

Sul punto la dottrina appare profondamente divisa. Gli autori che sostengono la non coincidenza tra i due standard fanno leva, prima di tutto, sul dato testuale, sottolineando che se gli Stati avessero voluto garantire agli investitori solo il trattamento minimo internazionale non avrebbero avuto alcuna ragione di utilizzare un concetto diverso per identificarlo¹⁰³. A tale proposito, vi è, però, chi sottolinea che la scelta di non fare riferimento allo standard minimo internazionale potrebbe essere semplicemente dettata dalla volontà di evitare le controversie tradizionalmente ingenerate da tale concetto¹⁰⁴. Muovendo da tali considerazioni,

¹⁰³ SCHREUER C., *Fair and Equitable*, cit., 364; MANN F.A., *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, in Brit. Yearb. Intl. L., 24, 1981, 244; MUCHLINSKI P., *Multinational Enterprises*, cit., 626; DOLZER R., STEVENS M., *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995, 34. In UNCTAD, *Fair and Equitable*, cit., 13 si osserva che “[i]f States and investors believe that the fair and equitable standard is entirely interchangeable with the international minimum standard, they could indicate that clearly in their investment instruments”

¹⁰⁴ SACERDOTI G., *Bilateral Treaties*, cit., 341

parte della dottrina sostiene che esista una perfetta coincidenza tra l'ambito applicativo del trattamento giusto ed equo e quello dello standard minimo¹⁰⁵.

La Nota interpretativa NAFTA e la prassi convenzionale analizzata in precedenza accolgono senza riserve questa seconda impostazione, nel tentativo di limitare la discrezionalità arbitrale nella valutazione della compatibilità della condotta statale rispetto all'obbligo di trattamento giusto ed equo. La scelta contribuisce a far chiarezza sul punto, ma il suo impatto non deve essere sopravvalutato, essendo limitata sia dal punto di vista soggettivo sia da uno sostanziale.

Dal primo punto di vista, la sua portata risulta piuttosto limitata, riguardando solo gli Stati parte del NAFTA e di un numero ancora piuttosto ristretto di accordi conclusi recentemente, mentre al di fuori da tali contesti normativi, la questione deve ancora trovare una soluzione definitiva. L'analisi della prassi dimostra come l'impostazione adottata in ambito NAFTA sia spesso richiamata dagli Stati convenuti al fine di restringere la portata dall'obbligo di trattamento giusto ed equo. I tribunali arbitrali tendono però a non avallare questa strategia difensiva, facendo riferimento alla diversità del contesto normativo e ritenendosi, perciò, liberi di estendere l'ambito applicativo del trattamento giusto ed equo anche al di là di quanto previsto dal diritto consuetudinario.

Per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali, l'impostazione è stata ribadita a più riprese nelle decisioni che hanno riguardato l'Argentina. In *Azurix*, ad esempio, il Tribunale ha sottolineato che il mancato riferimento allo standard minimo internazionale da parte del trattato di riferimento, "permits to interpret fair and equitable treatment [...] as higher standards than required by international law"¹⁰⁶. Questo tipo di considerazioni trovano conferma nella pratica, stante la già citata tendenza degli organi arbitrali di includere nel trattamento giusto ed equo fattori non tradizionalmente compresi nello standard minimo. Alla luce di tutto ciò, appare preferibile l'impostazione che ritiene che il trattamento giusto ed equo abbia un ambito applicativo potenzialmente più ampio rispetto allo standard minimo internazionale. Quest'ultimo costituisce, in un certo senso, la base da cui

¹⁰⁵CHOUDHURY B., *op. cit.*, 319; JUILLARD P., *L'évolution des sources*, *cit.*, 132-134; MARCHISIO S., Voce *Investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993, 578

¹⁰⁶ Caso *Azurix*, *cit.*, para. 361. In senso analogo caso *Sempra*, *cit.*, 302

partire per la ricostruzione dello standard convenzionale e, per questo motivo sono frequenti i casi nei quali i due concetti finiscono con il sovrapporsi¹⁰⁷.

In seconda battuta, la scelta di utilizzare lo standard minimo per limitare l'ampliamento dell'obbligo di trattamento giusto ed equo rischia di avere un impatto limitato anche dal punto di vista sostanziale. Lo standard minimo, come tutte le norme consuetudinarie, ha, infatti, un carattere aperto ed è destinato ad evolvere per adattarsi alle nuove esigenze di una realtà in continuo mutamento. Il punto è stato sottolineato con forza in alcune decisioni adottate nell'ambito NAFTA, al fine di respingere l'idea, avanzata da alcuni Stati convenuti, che il richiamo al *minimum standard* imponesse agli arbitri internazionali di fare riferimento alla definizione contenuta in alcune decisioni adottate all'inizio del secolo scorso. Nel caso *Mondev*, ad esempio, il Tribunale, dopo aver confermato che l'articolo 1105 non impone un trattamento diverso da quello dello standard minimo internazionale¹⁰⁸, ha, però, affermato che “the content of the minimum standard today cannot be limited to the content of customary international law as recognised in arbitral decisions of the 1920s” e che, in effetti, “[t]his is admittedly a somewhat open-ended standard [...]”¹⁰⁹.

È evidente che attraverso questo tipo di ragionamento gli arbitri sono in grado di riappropriarsi di un ampio spazio discrezionale nell'interpretazione dello standard minimo e, di conseguenza, del trattamento giusto ed equo, neutralizzando il tentativo degli Stati di porre dei limiti alla loro capacità creativa. Inoltre, la mancanza di un metodo definito per la ricognizione del diritto consuetudinario¹¹⁰

¹⁰⁷ La possibilità di sovrapposizione è riconosciuta anche dagli autori che sostengono l'autonomia del trattamento giusto ed equo, per tutti, si veda SCHREUER C., *Fair and Equitable*, cit., 364

¹⁰⁸ Caso *Mondev*, cit., para. 100

¹⁰⁹ Caso *Mondev*, cit., paras 123-127. Lo stesso tipo di ragionamento è stato espresso in Caso *ADF*, cit., paras. 175-179; *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA) Case, Award of 26 June 2003, paras. 124-128 e 131-133

¹¹⁰ JANIS M.W., *An Introduction to International Law*, 4th ed., Boston, 2003, 44 osserva come “[t]he determination of customary international law is more an art than a scientific method”. L'argomento esula dall'ambito della presente analisi. Sul punto si vedano, per tutti, LUZZATTO R., *Il diritto generale e le sue fonti*, CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, 47-53; CASSESE A., *Diritto Internazionale*, a cura di Paola Gaeta, Bologna, 2006, 220-221; ILA; TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2004, 279-291; *Final Report of the Committee on Formation of Customary (General) International Law*, London, 2000; MENDELSON M.H., *The Formation of Customary International Law*, in RdC, tome 272, 1999, 155.410; CONDORELLI L., voce *Consuetudine internazionale*, in *Digesto disc. pubbl.*, II, 1989, 490-512; CASSESE A., WEILER J. (eds.), *Change and Stability in International Law Making*, Berlin, 1988; FERRARI-BRAVO L.,

amplia ulteriormente la discrezionalità di cui godono gli arbitri nell'adattare lo standard alle condizioni del caso concreto.

5. La tutela del legittimo affidamento

5.1 Introduzione

Un elemento considerato rilevante, e sempre più spesso addirittura decisivo, ai fini della definizione dello standard in esame è il rispetto del legittimo affidamento dell'operatore privato. L'inclusione di questo elemento nel trattamento giusto ed equo è generalmente giustificata facendo riferimento alla necessità di garantire la stabilità del quadro giuridico nel quale si svolge l'investimento che, come visto in precedenza¹¹¹, rappresenta l'obiettivo fondamentale del sistema internazionale di tutela. La tutela dell'affidamento, vale a dire delle aspettative legittime ingenerate in capo all'investitore dalla condotta degli organi statali, ha acquisito un'importanza crescente, consentendo ai tribunali arbitrali di valutare gli effetti sostanziali che le misure adottate dallo Stato hanno nei confronti degli investimenti esteri. A differenza di quanto avviene per le altre componenti dello standard in esame, in questo caso ciò che rileva non è solo la correttezza formale del procedimento, ma anche le conseguenze della misura statale sull'attività economica e sulla sua capacità produttiva.

Alla luce di tali caratteristiche, il rispetto da parte dello Stato delle aspettative legittime dell'investitore rappresenta, dunque, l'elemento del trattamento giusto ed equo più rilevante per quanto attiene al rapporto tra gli obblighi internazionali in materia di tutela degli investimenti esteri e la salvaguardia dell'autonomia statale nel regolare il proprio ambito economico. La tutela delle aspettative dell'investitore comporta, infatti, una limitazione della discrezionalità statale nell'esercizio dei propri poteri sovrani, ponendo il problema di trovare un punto di equilibrio tra questi due aspetti contrastanti. Non sorprende, perciò, che uno dei settori nel quale tale elemento ha acquisito maggiore importanza è proprio quello degli investimenti infrastrutturali, così come dimostra l'attenzione con la quale esso è trattato dalla giurisprudenza arbitrale in materia.

Méthodes de recherches de la coutume internationale dans la pratique des Etats, in RdC, tome 233, 1985, 233-330

¹¹¹ Si vedano le considerazioni svolte nel Capitolo II

5.2 Il ruolo del principio del legittimo affidamento nella definizione del trattamento giusto ed equo

L'obbligo per lo Stato di rispettare il legittimo affidamento ingenerato dal comportamento dei suoi organi in capo all'investitore straniero è oggi considerato una componente fondamentale del trattamento giusto ed equo, come dimostra in modo molto chiaro l'analisi della prassi arbitrale recente in materia di servizi pubblici infrastrutturali¹¹².

L'esempio più chiaro in questo senso è fornito dal caso *CME*, nel quale la modifica, imposta dalle autorità ceche, del quadro regolamentare che disciplinava il processo di privatizzazione del settore televisivo è stata considerata contraria all'obbligo di trattamento giusto ed equo poiché aveva irrimediabilmente modificato “[...] the arrangements in reliance upon which the foreign investor was induced to invest”¹¹³. Conclusioni analoghe sono state adottate anche nei casi argentini relativi ai servizi pubblici, vale a dire *CMS*, *LG&E*, *Enron* e *Sempra*, nei quali le modifiche unilaterali da parte dell'Argentina del sistema di calcolo delle tariffe sono state ritenute ingiuste ed inique per violazione del legittimo affidamento degli investitori¹¹⁴. Da ultimo, la considerazione che il trattamento giusto ed equo [...] includes most significantly the issue of legitimate expectations [...]” è stata ribadita anche nel caso *PSEG*, nonostante il Tribunale abbia successivamente ritenuto che, alla luce delle prove fornite, non poteva ritenersi che il comportamento statale avesse ingenerato alcun affidamento in capo all'investitore¹¹⁵.

Alla luce di quanto precede, appare condivisibile l'opinione secondo la quale “[t]he standard of “fair and equitable treatment” is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations which is the *dominant element of that*

¹¹² Il principio ha trovato accoglimento anche in altri settori, quali lo smaltimento dei rifiuti. In argomento si vedano il caso *Tecmed*, *cit.*, para. 154, dove è stato affermato che “[t]he Arbitral Tribunal considers this provision of the Agreement [...] requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment” e il caso *Waste Management*, *cit.*, para. 98, nel quale il Tribunale arbitrale ha ritenuto che nell'applicazione del trattamento giusto ed equo “[it] is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the Claimant.”

¹¹³ *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL Case, Partial Award of 13 September 2001, para. 611

¹¹⁴ Caso *Sempra*, *cit.*, para. 298; Caso *Enron*, *cit.*, para. 267; Caso *LG&E*, *cit.*, para. 134; caso *CMS*, *cit.*, para. 281. In senso analogo, caso *Azurix*, *cit.*, para. 372

¹¹⁵ Caso *PSEG*, *cit.*, paras. 240-241

*standard*¹¹⁶. Una convinzione analoga è stata espressa anche dall'arbitro Wälde nella sua opinione dissenziente nel caso *Thunderbird*. Questi afferma, infatti, che “[o]ne can observe over the last years a significant growth in the role and scope of the legitimate expectation principle, from an earlier function as a subsidiary interpretative principle to reinforce a particular interpretative approach chosen, to its current role as a self-standing subcategory and independent basis for a claim under the ‘fair and equitable treatment’[...]”¹¹⁷.

In coerenza con quanto rilevato dalla giurisprudenza arbitrale, anche la dottrina appare concorde nel ritenere l'inclusione del rispetto delle aspettative legittime nell'obbligo di trattamento giusto ed equo un passaggio necessario nell'evoluzione di tale ultimo standard¹¹⁸. A tale proposito alcuni autori sottolineano come il riferimento a tale elemento rappresenti uno dei fattori chiave per spiegare il ruolo sempre più rilevante del trattamento giusto ed equo nell'ambito delle controversie in materia di investimenti esteri¹¹⁹. Come si vedrà meglio in seguito, questo tipo di evoluzione ha, infatti, consentito agli arbitri di estendere l'ambito di tutela dello standard in esame, andando oltre quanto previsto dal diritto internazionale tradizionale e garantendo agli operatori privati stranieri una migliore protezione dei loro interessi.

5.3 La tutela del legittimo affidamento come principio generale di diritto

i) I principi generali di diritto quale fonte di diritto internazionale: considerazioni metodologiche

L'obbligo della tutela del legittimo affidamento non è previsto in alcuna disposizione convenzionale, ma parte della dottrina ritiene che gli arbitri internazionali siano legittimati a farvi ricorso per la definizione del trattamento giusto ed equo in quanto principio generale di diritto¹²⁰. L'articolo 38(1) dello

¹¹⁶ Caso *Saluka*, *cit.*, para. 301 (corsivo aggiunto)

¹¹⁷ *Separate Opinion Thunderbird*, *cit.*, para. 37

¹¹⁸ SCHREUER C., *The Fair and Equitable*, *cit.*, 374-380; CHOUDHURY B., *op. cit.*, 308-309; DOLZER R., *Fair and Equitable*, *cit.*, 103-104; WÄLDE T., *Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration*, in *Journ. World Investm. & Trade*, 5(3), June 2004, 387

¹¹⁹ FIETTA S., *Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard. The Developing Role of Investors’ “Expectations” in International Investment Arbitration*, in *Journ. Intl. Arb.*, 23(5), 2006, 398

¹²⁰ WÄLDE T., *The Specific Nature of Investment Arbitration*, in KAHN P. WÄLDE T. (eds.), *op. cit.*, 97; SNODGRASS E., *Protecting Investors’ Legitimate Expectations: Recognizing and*

Statuto della Corte internazionale di giustizia include, infatti, “i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili” tra le fonti del diritto internazionale. La disposizione è considerata una codificazione del diritto consuetudinario in materia e, per tale ragione, si ritiene che tali principi possano essere applicati anche in assenza di un’esplicita previsione normativa in questo senso¹²¹. L’impostazione trova conferma proprio facendo riferimento alla prassi arbitrale in materia di investimenti esteri più risalente, nella quale, anche in assenza di un’esplicita previsione, il ricorso ai principi generali di diritto da parte degli arbitri investiti della controversia è stato particolarmente frequente¹²². Esempi di questo tipo si hanno sia in arbitrati *ad hoc* costituiti in base a contratti di investimento conclusi tra un investitore straniero e lo Stato ospite¹²³, sia in decisioni adottate da istanze arbitrali istituzionalizzate, quale il Tribunale Iran-Stat Uniti¹²⁴.

Dottrina e giurisprudenza appaiono concordi nel ritenere che i principi generali di diritto abbiano una funzione integrativa rispetto alle norme consuetudinarie e pattizie. Il loro utilizzo si giustifica, infatti, per colmare eventuali lacune nel

Delimiting a General Principle, in ICSID Rev.-FILJ, 21(1), 2006, 2. La dottrina sui principi generali di diritto è amplissima; per tutti, si vedano SALERNO F., *Voce Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in Digesto Disc. Pubbl., XI, 1996, 524-558, GAJA G., *Voce Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in Enc. dir., XXXV, 1986, 533-545; FITZMAURICE G., *The General Principles of Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, in RdC, tome 92, 1958, 1-227

¹²¹ ROSENNE S., *The Perplexities of Modern International Law*, The Hague, 2004, 40-41; CHENG B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, 1987, 21. *Contra* TREVES T., *Diritto internazionale, cit.*, 253-255, secondo l’A. i principi generali di diritto possono essere applicati solo se espressamente previsto da una norma pattizia. In realtà, l’analisi della giurisprudenza internazionale, ivi compresa la prassi arbitrale in materia di investimenti esteri, sembrerebbe confermare la tesi accolta nel presente lavoro, in questo senso ROSENNE S., *op. cit.*, 40; SALERNO F., *op. cit.*, 535

¹²² TREVES T., *Diritto internazionale, cit.*, 253; GAJA G., *op. cit.*, 544-545. SALERNO F., *op. cit.*, 556 sottolinea come tale caratteristica sia comune a tutti gli ambiti nei quali è prevista una qualche “apertura” ad istanze individuali, come avviene nel caso della Convenzione europea dei diritti dell’uomo o dei tribunali amministrativi delle organizzazioni internazionali

¹²³ *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Co.*, in ILR, 35, 1953, para. 136; *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic*, in ILM, 17, 1978. In argomento WEIL P., *Principes généraux de droit et contrats d’Etat*, in *Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, 1982, 387-414

¹²⁴ *General Dynamics Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Award no. 123-823-3 of 13 April 1984, Iran-US CTR, 5, 398; *CMI International, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Award no. 70-185-3 of 2 Sept. 1983, Iran-US CTR, 4, 270. L’art. V della Dichiarazione di Algeri (*Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran*, Algiers, 18 January 1981, in Iran-US CTR, 1, 3), istitutiva del Tribunale, non include i principi generali diritto tra le fonti utilizzabili per la soluzione delle controversie. Sul Tribunale in generale si vedano le considerazioni che saranno svolte nel Capitolo IV e la bibliografia ivi citata

diritto positivo, così da evitare ipotesi di *non liquet*, o per chiarire la portata di concetti aventi carattere aperto. La prima delle due funzioni era stata ampiamente discussa già in sede di elaborazione dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale, il quale conteneva una disposizione in materia di diritto applicabile del tutto analoga al già citato articolo 38(1) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia¹²⁵. In questa sede, l'inclusione dei principi generali era stata voluta proprio per fornire al giudice internazionale uno strumento con il quale fare fronte alla pretesa incompletezza dell'ordinamento internazionale¹²⁶.

Ai fini del presente lavoro risulta indubbiamente più interessante il secondo tipo di funzione, vale a dire il ricorso ai principi generali diritto per l'interpretazione di standard aventi un carattere aperto, al fine di elaborare la regola applicabile al caso concreto¹²⁷. Infatti, è proprio facendo riferimento a questa necessità che si spiega l'ampio utilizzo, invalso soprattutto nella prassi più risalente, dei principi generali per la soluzione delle controversie tra gli investitori stranieri e lo Stato ospite¹²⁸. Come osservato in dottrina, questo tipo di situazione accomuna tutti gli ambiti dell'ordinamento internazionale nei quali il diritto internazionale trova diretta applicazione nei rapporti tra lo Stato e il privato. In questi casi, il giudice è, infatti, chiamato ad applicare norme in genere poco adatte alla disciplina di posizioni individuali e deve, perciò, fare più ampio riferimento ai sistemi nazionali per trovare regole utili alla soluzione delle controversie¹²⁹.

¹²⁵ PCIJ, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee*, 16 June – 24 July 1920, 323-332

¹²⁶ Sul problema WEIL P., *The Court Cannot Conclude Definitively...? Non Liquet Revisited*, in *Columbia Journ. Transn. L.*, 36, 1997, 109. DUPUY P-M., *L'unité de l'ordre juridique international*, The Hague, 2003, 181 osserva che la scelta effettuata dai redattori dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale era pienamente giustificata alla luce del carattere ancora poco sviluppato del diritto internazionale in quel periodo. TREVES T., *Diritto internazionale*, *cit.*, 251 contesta questo utilizzo dei principi generali, osservando come la mancanza di una norma di diritto positivo non possa considerarsi una lacuna da colmare, quanto piuttosto una situazione nella quale non esistono obblighi di diritto internazionale a carico dello Stato

¹²⁷ Inoltre, l'utilizzo dei principi generali di diritto consente l'evoluzione di questi standard in risposta ai mutamenti intervenuti nella realtà. Sul punto ROSENNE S., *op. cit.*, 41; SALERNO F., *op. cit.*, 550-552

¹²⁸ In *Arabian American Oil Company (ARAMCO) v. Saudi Arabia*, in ILR, 1956, 117 si osserva come "in so far as doubts may remain on the content or the meaning of the agreements of the Parties, it is necessary to resort to the general principles of law and to apply them in order to interpret [...] the respective rights of the Parties". In argomento McNAIR Q.C., *The General Principles of Law Recognized by the Civilized Nations*, in *Brit. Yearb. Intl. L.*, 33, 1957, 12

¹²⁹ SALERNO F., *op. cit.*, 556

Parte della dottrina ritiene necessario limitare la possibilità di utilizzare i principi generali di diritto nella soluzione delle controversie internazionali per evitare che giudici ed arbitri assumano una funzione creativa che non appartiene loro¹³⁰. In effetti, è innegabile che il ricorso allo strumento in esame lasci all'interprete grande discrezionalità nella ricostruzione dell'obbligo gravante in capo alla Parte. L'ampliamento dello spazio discrezionale a disposizione del giudice, inevitabile in quanto connaturato alla decisione stessa di includere i principi generali di diritto tra le fonti internazionali¹³¹, risulta particolarmente evidente nei casi in cui questi siano utilizzati per consentire l'applicazione di norme internazionali molto generali a situazioni che vedono la partecipazione di soggetti individuali. A tale proposito è stato, infatti, osservato che in simili contesti "la posizione del giudice (o dell'arbitro) si presenta [...] assai più creativa"¹³². Il punto assume particolare rilevanza ai fini del presente lavoro¹³³, in ragione della già osservata tendenza da parte degli arbitri internazionali ad utilizzare la discrezionalità di cui dispongono per rafforzare la tutela dell'investitore, restringendo la capacità statale di esercitare le proprie potestà sovrane.

Uno dei principali fattori che legittima, almeno in parte, preoccupazioni di questo tipo è la mancanza di una procedura definita per la determinazione dei principi generali di diritto. In via generale, si ritiene che la possibilità di trasporre nell'ordinamento internazionale principi utilizzati a livello nazionale sussista solo nel caso in cui questi siano riconosciuti in una pluralità di ordinamenti sufficientemente rappresentativi delle diverse tradizioni giuridiche¹³⁴. La prassi internazionale non consente, però, di determinare il grado di universalità di cui un principio deve godere per poter essere considerato rilevante ai fini della decisione finale. Se da un lato è da rigettare la scelta, fatta da taluni giudici, di limitare

¹³⁰ TREVES T. *Diritto internazionale, cit.*, 251-252

¹³¹ SALERNO F., *op. cit.*, 546

¹³² *Ibid.*, 556

¹³³ Per tale ragione questo aspetto sarà approfondito in seguito facendo specifico riferimento all'incidenza dell'introduzione del principio del legittimo affidamento sull'ambito applicativo del trattamento giusto ed equo

¹³⁴ GAJA G., *op. cit.*, 534; PCIJ, Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux, cit., 333: "The only generally recognized principles which exist, however, are those which have obtained unanimous or quasi-unanimous support"

l'indagine a pochi Paesi in base alle loro conoscenze specifiche¹³⁵, dall'altra non è possibile pretendere una valutazione esaustiva che tenga conto di tutti gli Stati.

Inoltre, occorre anche considerare che l'elevata eterogeneità che caratterizza l'odierna Comunità internazionale rende del tutto illusoria la possibilità che un dato principio sia riconosciuto in modo assolutamente uniforme in tutti gli ordinamenti nazionali. Per tale ragione, si ritiene che il modo migliore di procedere sia quello di prendere in considerazione alcuni Stati rappresentativi di diverse tradizioni giuridiche, al fine di valutare se, ed in che modo, il principio in esame goda di effettivo¹³⁶ riconoscimento. A tale proposito, vi è la tendenza a seguire una tecnica di rilevazione assiomatica¹³⁷, senza che l'eventuale discordanza a livello di concreta applicazione del principio impedisca di riconoscerlo quale "principio generale di diritto"¹³⁸. Ciò che si deve dimostrare è, infatti, l'esistenza de "la même idée fondamentale"¹³⁹ e non la perfetta identità della sua applicazione sul piano pratico.

Muovendo da queste considerazioni metodologiche, la possibilità di considerare la tutela del legittimo affidamento un principio generale di diritto impone, dunque, di valutare se, ed in che modo, tale principio abbia trovato riconoscimento negli ordinamenti di Stati appartenenti a tradizioni giuridiche differenti. In particolare, l'analisi prende in considerazione le esperienze maturate in Paesi sia di *civil law* sia di *common law*. L'obiettivo non è semplicemente quello di valutare l'avvenuto riconoscimento da parte degli ordinamenti nazionali, ma anche di identificare i caratteri di fondo che caratterizzano il principio, essendo questi utili per l'analisi dell'approccio adottato dagli arbitri internazionali.

Dal momento che le norme in materia di tutela degli investimenti esteri mirano a disciplinare i rapporti tra lo Stato ospite e l'investitore straniero, si ritiene che la ricognizione degli ordinamenti nazionali debba concentrarsi sui sistemi di diritto pubblico, vale a dire su quegli ambiti normativi che regolano i rapporti tra

¹³⁵ In termini critici su questo modo di procedere AKEHURST M., *Equity and General Principles of Law*, in Intl. & Comp. L. Quart., 25, 1976, 819. Per una disamina della prassi della Corte Internazionale di giustizia sul punto HENKIN L. et al., *International Law: Cases and Materials*, St. Paul, 1993, 112

¹³⁶ Sul ruolo de principio di effettività in questo ambito SALERNO F., *op. cit.*, 544-546

¹³⁷ *Ibid.*, 544. Si veda, inoltre, CONFORTI B., *Diritto internazionale, cit.*, 47

¹³⁸ Questo tipo di approccio emerge con chiarezza nella opinione dissenziente del giudice Tanaka in *South Africa Cases*, ICJ Rep. 1966, 299

l'autorità pubblica e l'individuo. Il riferimento a discipline diverse dal diritto civile costituisce una prassi ormai ampiamente consolidata¹⁴⁰, sebbene, almeno in origine, vi era la tendenza da parte dei giudici internazionali a fare riferimento ai principi di diritto civile¹⁴¹. Questo modo di procedere era strettamente legata alla concezione classica del diritto internazionale, inteso quale sistema normativo applicabile solo nei rapporti interstatali e, dunque, in rapporti caratterizzati dall'equilibrio tra le parti, esattamente come avviene, sul piano interno, nel diritto civile. Ogni tentativo di limitare la sfera di rilevanza al solo ambito civilistico risulta, però, del tutto incompatibile con l'attuale configurazione del diritto internazionale¹⁴², il quale sempre più spesso trova applicazione nei rapporti tra il potere pubblico e i soggetti privati sottoposti alla sua giurisdizione. La considerazione assume, ovviamente, particolare rilevanza in riferimento al settore degli investimenti esteri, giustificando, perciò, la scelta effettuata nel presente lavoro di concentrare l'attenzione sui sistemi nazionali di diritto pubblico.

Da ultimo, l'indagine sulla possibilità di considerare la tutela del legittimo affidamento un principio generale di diritto prenderà in considerazione anche l'ordinamento comunitario e il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al fine di valutare se ed in che modo la questione sia stata affrontata in questi ambiti.

ii) La tutela del legittimo affidamento nei sistemi nazionali di *civil law* e *common law*: il riferimento al principio della certezza del diritto

L'obbligo per lo Stato di agire rispettando l'affidamento creato da suoi comportamenti nei soggetti destinatari costituisce un principio comune a molti

¹³⁹ PELLET A., *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, Paris, 1974, 192

¹⁴⁰ Già nel 1966, il giudice Tanaka, nella sua opinione dissenziente nei *South Africa Cases*, cit., 294 osservava come i principi generali di diritto potessero desumersi da “all branches of law, including municipal law, public law, constitutional and administrative law, private law, commercial law [...]”

¹⁴¹ LAUTERPACHT H., *Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration)*, London, 1927, 98 riteneva che “these general principles of law are, in the great majority of cases, in substance co-extensive with the general principles of private law”

¹⁴² CONFORTI B., *Diritto internazionale*, cit., 48

ordinamenti nazionali¹⁴³. Il concetto risulta profondamente radicato tanto nei sistemi di *common law*, quanto negli ordinamenti di *civil law*¹⁴⁴.

Tra questi ultimi, un ruolo importante è riconosciuto all'ordinamento tedesco, dove il principio ha trovato accoglimento fin dall'inizio del secolo scorso¹⁴⁵. Le ragioni di tale attenzione avevano carattere essenzialmente economico, essendo legate alla necessità di offrire risposte sul piano giuridico al fenomeno della rinegoziazione dei contratti di durata, prima di tutto quelli tra privati, per far fronte ai drammatici fenomeni inflattivi che colpirono il Paese nel periodo tra le due guerre.

Successivamente la tutela del legittimo affidamento è stata recepita anche nell'ambito del diritto pubblico, soprattutto grazie all'azione della Corte Costituzionale del Bund. In questo ambito, l'analisi della giurisprudenza del supremo organo giurisdizionale tedesco rivela come l'istituto abbia trovato il proprio fondamento sul principio della certezza del diritto¹⁴⁶. Inizialmente l'attenzione dei giudici si è incentrata sui casi di legislazione retroattiva in senso proprio, soprattutto in materia tributaria. In questi casi, è stato ribadito a più riprese che l'applicazione del principio della certezza del diritto impone al legislatore di rispettare il legittimo affidamento del privato, astenendosi dall'imporre un trattamento che peggiori la posizione di quest'ultimo.

Il riferimento al medesimo principio ha consentito alla Corte costituzionale di imporre la tutela delle aspettative legittime individuali anche in quei casi di retroattività impropria, vale a dire di misure che, pur adottate per il futuro,

¹⁴³ Per un'analisi in senso comparativo si veda SCHWARZE J., *European Administrative Law*, London, 2002 ; SCHØNBERG S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, 2001

¹⁴⁴ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, dottrina e giurisprudenza hanno per lungo tempo negato che il principio potesse trovare applicazione, in ossequio ad una concezione formalistica del principio di legalità. La situazione è sensibilmente mutata grazie soprattutto all'influenza del diritto comunitario, facendo sì che la tutela dell'affidamento fosse espressamente riconosciuto in numerose decisioni sia della Corte di Cassazione sia del Consiglio di Stato. Da ultimo, esso è stato recepito anche a livello legislativo, dapprima per quanto riguarda il diritto tributario (art. 10, L. 27 luglio 2000, n. 212) e, dopo l'inserimento dei "principi dell'ordinamento comunitario" tra i principi generali dell'azione amministrativa effettuato dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, anche a livello generale. Sul punto, per tutti, MERUSI F., Voce *Affidamento (Dir. Amm.)*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 144-147; ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005

¹⁴⁵ GROUSSOT X., *General Principles of Community Law*, The Hogendorp Papers, no. 6, 2006, 23-26

¹⁴⁶ Il punto è stato oggetto di numerose pronunce da parte del *Bunderverfassungsgericht*; per un'analisi di tale copiosa giurisprudenza e relativi riferimenti, si veda CASTORINA E., "*Certezza*

incidano su situazioni del passato non ancora concluse¹⁴⁷. L'evoluzione in parola risulta particolarmente rilevante ai fini del presente lavoro, posto che in materia di investimenti infrastrutturali la maggior parte degli atti di regolazione adottati dallo Stato ospite rientrano in tale categoria.

Le soluzioni adottate nell'ordinamento tedesco hanno profondamente influenzato l'evoluzione dell'istituto anche in Paesi non europei appartenenti alla famiglia di *civil law*. A questo proposito è interessante l'esperienza maturata negli ordinamenti nazionali sudamericani, nei quali il principio risulta ormai fortemente radicato. In Argentina, ad esempio il concetto è stato utilizzato per la prima volta dalla Corte Suprema nel caso *Industria Maderera Lanín*¹⁴⁸ del 1977, nel quale lo Stato era stato condannato a risarcire la violazione della *expectativa razonable* di un'impresa alla quale era stata prima promessa e successivamente negata una concessione di sfruttamento forestale. A partire da questa decisione, il concetto è stato utilizzato a più riprese dalla medesima corte e da altre istanze amministrative, quale la Cámara Contencioso Administrativa¹⁴⁹. Una situazione per molti versi analoga si ha nell'ordinamento venezuelano, nel quale il *Tribunal Supremo* ha più volte ribadito il legame tra la tutela del legittimo affidamento e il principio della certezza del diritto¹⁵⁰.

Come si è già avuto modo di anticipare, la tutela del legittimo affidamento costituisce un principio riconosciuto anche negli ordinamenti di *common law*¹⁵¹ e in quelli che pur non appartenendo in senso proprio alla famiglia ne abbiano subito l'influenza. Per quanto riguarda quest'ultima categoria, si può fare

del diritto" e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio "comune", in Riv. it. dir. pubbl. com., 1998, 1194

¹⁴⁷ MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 85

¹⁴⁸ Corte Suprema de la Republica Argentina, caso *Industria Maderera Lanín*, 1977 (Fallos 298:223)

¹⁴⁹ Per una disamina completa COVIELLO P.J.J., *La confianza legítima*, Buenos Aires, 1998

¹⁵⁰ BALASSO C., *El principio de la protección de la confianza legítima y su aplicabilidad respecto de los ámbitos de actuación de poder público*, in AA:VV., *Derechos público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*, Caracas, 2006; RONDÓN DE SANSÓ H., *El principio de confianza legítima o expectativa plausible en el derecho venezolano*, Caracas, 2002

¹⁵¹ Si veda il caso di Australia (ELLIS-JONES I., *Essential Administrative Law*, London, 2003, 30-32) e della Nuova Zelanda (FRANCE S., *Legitimate Expectations in New Zealand*, in *New Zealand Univ. L. Rev.*, 14, 1990, 123)

riferimento all'ordinamento sudafricano¹⁵², a quello canadese¹⁵³ e a quello scozzese¹⁵⁴. In tutti questi casi è evidente l'influenza esercitata dall'ordinamento inglese, nel quale il riconoscimento del principio ha subito un'interessante evoluzione che merita alcuni cenni.

Per quanto riguarda la sfera del diritto pubblico inglese, i primi riferimenti al concetto sono rinvenibili in alcune decisioni giurisprudenziali adottate nell'immediato secondo dopoguerra¹⁵⁵, anche se un'articolazione definitiva dello stesso si ha solo con la decisione di Lord Denning nel caso *Schmidt*¹⁵⁶. Come già registrato negli ordinamenti di *civil law*, la principale preoccupazione che ha portato alla sua elaborazione è la tutela della certezza del diritto dall'esercizio del potere discrezionale da parte dell'autorità pubblica¹⁵⁷.

Ai fini del presente lavoro, è interessante osservare come la tutela della stabilità del quadro normativo, e la conseguente necessità di rispettare il legittimo affidamento, sia considerata derivare direttamente dall'applicazione del principio di *fairness*¹⁵⁸. Nel caso *Preston*, la *House of Lords* ha affermato che "the doctrine of legitimate expectation is rooted in fairness"¹⁵⁹. Si ritiene, infatti, che consentire allo Stato di adottare misure che modifichino il quadro normativo senza tenere in alcuna considerazione le aspettative ingenerate in capo agli individui dal loro precedente comportamento non possa ritenersi "giusto".

¹⁵² QUINOT G., *Substantive Legitimate Expectations in South African and European Administrative Law*, in *Germ. L. Journ.*, 5(1), January 2004, 65-85; DEVENISH G.E., *Administrative Law and Justice in South Africa*, Durban, 2001, 307

¹⁵³ WRIGHT D., *Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law*, in *Osgoode Hall L. Journ.*, 35(1), 1997, 139-184

¹⁵⁴ ASHTON C., FINCH V., *Administrative Law in Scotland*, Edinburgh, 1997, 337-346

¹⁵⁵ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, 1947, 2 All ER 680, 1948 1 KB 223, CA

¹⁵⁶ *Schmidt v. Secretary of State for the Home Affairs*, 1969, 2 Ch. 149. Sulla possibilità che il principio non fosse originario dell'ordinamento inglese, ma fosse stato "importato" dall'Europa continentale, FORSYTH C., *The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*, in *Cambr. L. Journ.*, 47, 1988, 241 fa riferimento ad una lettera nella quale lo stesso Lord Denning avrebbe affermato che "[the concept of legitimate expectations] came out of my own head and not from any continental or other source"

¹⁵⁷ In argomento SALES P., STEYN K., *Legitimate Expectations in English Public Law: An Analysis*, in *Publ. L.*, 2004, 564-593

¹⁵⁸ In argomento CRAIG P.P., *Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis*, in *Leg. Quart. Rev.*, 108, 1992, 80

¹⁵⁹ *R. v. Inland Revenue Commissioners ex p. Preston*, 1985, 2 All ER 327, para. 835 per Lord Bingham. Si vedano, inoltre, *R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex p. Hamble (offshore) Fisheries Ltd.*, 1995, 2 All ER 714, para. 729 per Sedley; *R. v. Inland Revenue Commissioners ex p. MFK Underwriting*, 1990, WLR, 1, para. 1570 per Lord Bingham. Sul punto

Grazie all'azione dei giudici, il concetto è evoluto nel corso del tempo. In origine, si riteneva che il principio avesse essenzialmente una mera dimensione procedurale, vale a dire potesse essere utilizzato solo per sindacare le modalità che avevano portato all'adozione della misura. L'approccio restrittivo rappresentava un corollario dell'atteggiamento tradizionalmente deferenziale dei giudici inglesi nei confronti delle scelte politiche del potere esecutivo¹⁶⁰. Il punto era stato sottolineato con forza nel caso *Richmond upon Thames BC*, nel quale la House of Lords aveva osservato che il riconoscimento dell'esistenza di un legittimo affidamento sostanziale “would impose an unacceptable fetter upon the power of a public body to change its policy when it considered that that was in fulfillment of its public responsibilities”¹⁶¹.

Successivamente, però, tale limitazione è stata in parte ridimensionata. Nel caso *Coughlan*, infatti, la *Court of Appeal* ha ritenuto che nel caso in cui “[...] a lawful promise or practice has induced a legitimate expectation of a benefit which is substantive, not simply procedural, authority now establishes that here too will in a proper case decide whether to frustrate the expectation is so unfair that to take a new and different course will amount to an abuse of power.”¹⁶² A partire da questa decisione, si è ritenuto che il principio di equità imponga di valutare quale sia l'effetto del mutamento di orientamento da parte delle autorità pubbliche in capo al destinatario, senza limitare l'indagine alle questioni di carattere procedurale. E' indubbio che una simile prospettiva comporti l'esercizio di uno scrutinio più penetrante da parte del potere giudiziario nei confronti delle scelte effettuate dagli organi politici dello Stato. L'approccio trova, però, applicazione nei casi che riguardano diritti fondamentali dell'individuo e alcuni autori ritengono addirittura che “such an intrusive form of review will not be appropriate in all fundamental

CLAYTON R., *Legitimate Expectations, Policy and the Principle of Consistency*, in *Cambr. L. Journ.* 62(1), March 2003, 94

¹⁶⁰ ELLIOTT M., *Case and Comment. Legitimate Expectation: The Substantive Dimension*, in *Cambr. L. Journ.*, 59(3), November 2000, 422

¹⁶¹ *R v. Secretary of State for Transport, ex p Richmond upon Thames BC*, 1994, 1 AR ER 577, 596. Sul punto ROBERTS M., *Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations*, in *Modern L. Rev.*, 64(1), January 2001, 113

¹⁶² *R. v. North and East Devon Health Authority ex p. Coughlan*, 1999, LGR 703, para. 57. Sul caso si vedano ELLIOTT M., *op. cit.*, 421-424; CRAIG P.P., SCHÖNBERG S., *Substantive Legitimate Expectations after Coughlan*, in *Publ. L.*, 2000, 684-701

rights cases”¹⁶³. L’osservazione mette bene in luce come nell’ordinamento inglese prevalga ancora un sentimento di sfavore nei confronti di ogni tentativo di restringere la discrezionalità di cui godono le autorità pubbliche nel perseguimento degli obiettivi di interesse generale.

La ricognizione degli ordinamenti interni dimostra come la tutela del legittimo affidamento sia un principio comune a Paesi appartenenti a diverse tradizioni giuridiche, così da poterlo considerare un principio generale di diritto. Inoltre, occorre evidenziare come, al di là delle variazioni rinvenibili nei diversi sistemi nazionali, sia costante il richiamo al principio della certezza del diritto quale fattore che giustifica la tutela del legittimo affidamento del singolo *vis-à-vis* l’azione dell’autorità pubblica.

Il riferimento al principio dal quale esso trae origine rappresenta un elemento fondamentale per comprenderne definizione e portata. Il legittimo affidamento costituisce, infatti, la traduzione in termini giuridici della necessità di evitare che le autorità pubbliche esercitino il potere discrezionale loro conferito senza tenere nella dovuta considerazione le aspettative ingenerate dal loro precedente comportamento. Le situazioni che rientrano nel suo ambito applicativo si differenziano da quelle nelle quali il soggetto privato possa vantare nei confronti del potere pubblico l’esistenza di un diritto soggettivo o di una diversa posizione favorevole giuridicamente riconosciuta¹⁶⁴. Il bene tutelato in questo caso è l’aspettativa del privato di conseguire un certo beneficio o un certo trattamento, quando tale situazione sia legittimamente fondata su un precedente comportamento delle autorità pubbliche.

iii) La tutela del legittimo affidamento come principio generale di diritto e il riferimento al principio della certezza del diritto: a) l’ordinamento comunitario

La conclusione tratta dall’analisi dei diversi sistemi nazionali trova conferma facendo riferimento ad alcuni ambiti dell’ordinamento internazionale, o comunque a questo ricollegabili, nei quali la tutela del legittimo affidamento è considerato un

¹⁶³ ELLIOTT M., *op. cit.*, 423 il quale fa riferimento a *R. v. Secretary of State for Education and Employment, ex p. Begbie*, 2000, WLR, 1, paras. 1131-1134. Questa considerazione costituisce un elemento interessante per valutare le soluzioni adottate in materia di investimenti esteri e sarà, quindi, ripresa nella successiva sezione del presente lavoro

principio generale di diritto e un corollario indefettibile del principio della certezza del diritto. Gli esempi più rilevanti in questo senso sono quelli dell'ordinamento comunitario e del sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁶⁵. È evidente che in questi contesti l'opera di rilevazione sia facilitata dalla maggiore uniformità che caratterizza gli ordinamenti degli Stati da considerare rispetto a quanto avviene a livello universale. Resta comunque il fatto che le conclusioni a cui sono giunte le due Corti europee in materia di tutela del legittimo affidamento sono rilevanti ai fini della presente analisi, derivando da ambiti nei quali il principio trova applicazione proprio per individuare i limiti dell'azione dei pubblici poteri nei confronti dei soggetti sottoposti alla loro giurisdizione.

Nell'ordinamento comunitario, l'utilizzo dei principi generali diritto è piuttosto rilevante, sebbene non sia esplicitamente previsto in alcuna norma del Trattato¹⁶⁶. Tali principi sono, infatti, considerati veri e propri parametri di legittimità per l'azione delle istituzioni comunitarie e delle autorità nazionali, idonei a creare diritti ed obblighi sul piano giuridico¹⁶⁷.

Il legittimo affidamento riveste un ruolo importante in questo contesto, come espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia a più riprese¹⁶⁸, essendo

¹⁶⁴ SALES P., STEYN K., *op. cit.*, 567 osservano che “[a] legitimate expectation is not a legal entitlement in the sense of a non-defensible legal right defined by statute or the common law (for example, under a contract) to require a public authority to confer some benefit or advantage.”

¹⁶⁵ Un altro ambito del diritto internazionale nel quale si può osservare un'evoluzione del tutto analoga è il diritto amministrativo delle organizzazioni internazionali. In argomento: ORREGO VICUÑA F., *Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society*, in *Intl. L. Forum dr. int.*, 5, 2003, 188-197

¹⁶⁶ Solo l'art. 288 CE prevede che “[i]n materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati [...]”. Recentemente sui principi generali diritto nell'ordinamento comunitario TRIDIMAS T., *The General Principles of EC Law*, Oxford, 2007

¹⁶⁷ In questo senso TESAURO G., *Diritto comunitario*, IV ed., Padova, 2005, 103

¹⁶⁸ Il primo riferimento in questo senso è rinvenibile in C-81/72, 5 giugno 1973, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 1973, 575, para. 11. Alcuni riferimenti meno chiari erano già presenti in C-54/65, 16 giugno 1966, *Compagnie de Forges de Châtillon e al. c. Alta Autorità*, in *Racc.* 1966, 0382; C-7/56 e C-3-7/57, 12 luglio 1957, *Algera e al. c. Alta Autorità*, in *Racc.* 1957, 0081. Questa posizione è stata espressa con chiarezza in numerose decisioni; tra le altre si vedano C-187/99 e C-181/99, 19 settembre 2000, *Ampafrance SA e al.*, in *Racc.* 2000, I-7013; C-107/97, 18 maggio 2000, *Rombi e Arkopharma*, in *Racc.* 2000, I-3367, para. 66; C-63/93, 15 febbraio 1996, *Duff e al.*, in *Racc.* 1996, I-569, para. 20; C-424/85 e 425/85, 17 giugno 1987, *Coöperatieve Melkproducentenbedrijven 'Nord-Nederland' BV (Frico) e al. c. Voedselvoorzienings In- en Verkoopbureau*, in *Racc.* 1987, 2755, para. 33. Sul punto, si veda, in particolare, SHARPSTON E., *Legitimate Expectations and Economic Reality*, in *Eur. L. Rev.*, 15, 1990, 106. Il principio è stato, inoltre, codificato in alcuni ambiti, quale la disciplina doganale: art. 220 del Codice doganale CE

considerato un aspetto del più generale principio della certezza del diritto¹⁶⁹. Questo tipo di impostazione, così come tutta l'evoluzione giurisprudenziale sul punto è stata fortemente influenzata dall'esperienza maturata nei diversi ordinamenti interni degli Stati membri e, in particolare, in quello tedesco¹⁷⁰.

La necessità di tutelare il legittimo affidamento dei privati muove dalla considerazione che tale principio costituisce una componente essenziale dello Stato di diritto¹⁷¹, consentendo agli individui di adottare le proprie decisioni per il futuro in piena autonomia, senza dover temere improvvisi mutamenti da parte delle autorità pubbliche. Inoltre, la tutela delle aspettative legittime consente di rafforzare la fiducia dei governati nei confronti dei governanti. Proprio in riferimento all'ordinamento comunitario, è stato osservato che “administrative power is more likely to be perceived as legitimate authority if exercised in a way which respect legitimate expectations”¹⁷², mettendo così in luce come il rispetto del principio non sia solo nell'interesse dell'individuo, ma anche in quello dell'autorità pubblica. La possibilità di rinnegare le proprie promesse o una prassi consolidata è, infatti, un fattore che incide negativamente sul, già piuttosto debole, rapporto di fiducia tra individui e potere pubblico¹⁷³.

In ambito comunitario, la sua applicazione avviene, prima di tutto, in riferimento ad atti legislativi o amministrativi aventi portata formalmente retroattiva¹⁷⁴. In queste circostanze, la Corte di giustizia tende però ad adottare un approccio meno rigoroso rispetto ai giudici tedeschi, non escludendo in modo assoluto che il divieto di retroattività imposto dal principio della certezza del diritto possa in

(Regolamento (CEE) 2912/92 del Consiglio, del 12 ottobre 1992, che istituisce un codice doganale comunitario, in GU L302 del 19.10.1992, 1-50)

¹⁶⁹ Più diffusamente sul punto RAITIO J., *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, The Hague, 2003, ch. 6; TEMPLE LANG J., *Legal Certainty and Legitimate Expectations as General Principles of Law*, in BERNITZ U., NERGELIUS J. (eds.), *General Principles in European Community Law*, The Hague, 2000, 163-184. Nel senso che i due principi sono sì legati, ma non perfettamente coincidenti JANS J.H., DE LANGE R., PRECHAL S., WIDDERSHOVEN R.J.G.M., *Europeanisation of Public Law*, Groningen, 2007, 164

¹⁷⁰ Per un'analisi approfondita del fenomeno di osmosi in questo ambito CARANTA R., *La “comunitarizzazione” del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, 439-452. Tuttavia JANS J.H. et al., *op. cit.*, 165 osservano come la tutela dell'affidamento offerta dalla Corte di giustizia sia ancora meno intensa rispetto a quella prevista dalla giurisprudenza tedesca

¹⁷¹ SCHWARZE J., *op. cit.*, ch. 6

¹⁷² SCHÖNBERG S., *op. cit.*, 25

¹⁷³ FORSYTH C., *op. cit.*, 384

¹⁷⁴ C-459/02, 15 luglio 2004, *Willy Gerekens e Procola*, in Racc. 2004, I-7315; C-74/00 e 75/00, 24 settembre 2002, *Falck Spa e Acciaierie di Bolzano*, in Racc. 2002, I-7869

qualche caso cedere di fronte a considerazioni di interesse generale¹⁷⁵. La scelta può essere spiegata in riferimento alla necessità per la Corte di rispettare le diverse concezioni del principio che prevalgono nei diversi sistemi nazionali. Questi stessi problemi si ritrovano anche nei casi di retroattività impropria¹⁷⁶, rispetto ai quali, però, la Corte ha tradizionalmente adottato un approccio più rigoroso rispetto a quanto avviene in taluni Stati membri nel valutare la ponderazione tra la tutela dell'affidamento del privato e l'esistenza di interessi pubblici eventualmente prevalenti¹⁷⁷.

iv) b) la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Sempre facendo riferimento agli ordinamenti degli Stati membri, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo è giunta ad accogliere l'obbligo di rispettare il legittimo affidamento tra i principi generali applicabili per integrare le disposizioni convenzionali¹⁷⁸. Le soluzioni adottate in questo ambito sono rilevanti ai fini del presente lavoro, posto che, come si è già avuto modo di sottolineare, esse si riferiscono a situazioni nelle quali norme internazionali trovano diretta applicazione nel rapporto tra lo Stato e gli individui sottoposti alla sua giurisdizione.

Un primo ambito nel quale il concetto di aspettative legittime trova frequente applicazione riguarda i casi relativi al diritto di proprietà, tutelato dall'articolo 1

¹⁷⁵ C-98/78, 25 gennaio 1979, *Firma A. Racke v. Hauptzollamt Mainz*, in Racc. 1979, 69, para. 15

¹⁷⁶ Sull'individuazione delle misure apparentemente retroattive CRAIG P.P., *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, 610-611

¹⁷⁷ Sul punto CRAIG P.P., *EU Administrative Law*, cit., 649-657. L'approccio adottato dalla Corte di giustizia sul punto sarà affrontato nel corso dei paragrafi successivi

¹⁷⁸ In argomento POPELIER P., *Legitimate Expectations and the Law Maker in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in Eur. Hum. Rights Rev., 1, 2006, 10-24. L'utilizzo dei principi generali di diritto da parte della Corte europea è piuttosto frequente, anche se i giudici di Strasburgo utilizzano spesso concetti alternativi, ma coincidenti nella sostanza, quali "denominatore comune agli Stati membri" o "principi rinvenibili nella prassi giurisdizionale di un numero elevato di Stati democratici"; sul punto SALERNO F., *op. cit.*, 536

del Protocollo n. 1 della Convenzione¹⁷⁹, essendo utilizzato per definire l'ambito di tutela sostanziale della disposizione¹⁸⁰.

Ai fini del presente lavoro risulta, però, più interessante l'analisi del secondo ambito nel quale la tutela del legittimo affidamento trova applicazione, vale a dire il bilanciamento tra opposti interessi necessario per l'applicazione di numerosi articoli della Convenzione. Proprio in riferimento a questo utilizzo del principio, è stato osservato¹⁸¹ che la sua applicabilità nel quadro della Convenzione europea deriva dal fatto che esso costituisce un elemento comune agli ordinamenti interni degli Stati membri, dove esso è considerato una componente essenziale dello Stato di diritto. Anche in questo ambito, l'obiettivo primario è, dunque, il rafforzamento della certezza del diritto, inteso, ancora una volta, quale garanzia essenziale per la libertà individuale nei rapporti con il potere pubblico.

La maggior parte dei casi nei quali la Corte ha fatto ricorso a tale ragionamento riguarda proprio la determinazione della legittimità dell'intervento statale ai sensi del Protocollo 1¹⁸². Le misure statali prese in considerazione non sono solo quelle formalmente retroattive, ma anche i provvedimenti che, sebbene pongano norme solo per il futuro, in realtà incidono su situazioni passate ancora in corso. Un esempio recente a tale ultimo riguardo è offerto dalla sentenza *Bäck*, nella quale la Corte ha preso in considerazione gli effetti delle modifiche alla legislazione

¹⁷⁹ La dottrina sul punto è amplissima, per tutti, si vedano ÇOBAN A.R., *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Aldershot, 2004; PADELLETTI M.L., *Protezione della proprietà*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 801-827; FRIGO M., *Peaceful Enjoyment of Possessions, Expropriation and Control of the Use of Property in the System of the European Convention of Human Rights*, Ital. Yearb. Intl. L., 10, 2000, 45-69; CONDORELLI L., *Premier Protocole Additionel. Article 1*, in PETTITI L-E., DECAUX E., IMBERT P-H., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1999, 972-997

¹⁸⁰ Per un'analisi approfondita della giurisprudenza sul punto si veda ALI RIZA C., *op. cit.*, 144-162. Per ulteriori approfondimenti si vedano BUIZZA P., *La tutela dell'avviamento nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. dir. int. priv. proc., 4, 2006, 1021-1096; PADELLETTI M.L., *op. cit.*, 802-807; FRIGO M., *Property, cit.*, 45-51. Il riferimento alle aspettative legittime quale fattore per determinare l'esistenza di un investimento rientrante nell'ambito applicativo del BIT Gran Bretagna-Repubblica Ceca è stato utilizzato anche in un caso relativo agli investimenti infrastrutturali (privatizzazione del settore delle telecomunicazioni): *Nagel (Williams) v. Czech Republic*, SCC Case No. 49/2002, Final Arbitral Award of 9 September 2003

¹⁸¹ COSTA J-P., *Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: de l'influence des différentes traditions nationales*, in Rev. trim. dr. homme, 15 (57), 2003, 101-110

¹⁸² Spesso considerato in modo congiunto alle garanzie in materia di equo processo previste dall'art. 6.

finlandese in materia di contratti bancari sulle aspettative legittime derivanti da un contratto di garanzia precedentemente stipulato¹⁸³.

5.4 La tutela del legittimo affidamento in materia di investimenti infrastrutturali: il riferimento al principio della certezza del diritto quale obiettivo del sistema

i) Introduzione

L'impostazione secondo la quale la tutela del legittimo affidamento un principio generale del diritto è stata esplicitamente accolta anche nella prassi arbitrale recente¹⁸⁴. Anche in questo ambito, l'istituto svolge quella funzione integrativa propria dei principi generali, essendo utilizzato nell'interpretazione di uno standard aperto, quale il trattamento giusto ed equo, così da consentirne l'applicazione alle circostanze del caso concreto.

Gli arbitri tendono, però, a non approfondire l'analisi comparatistica dei diversi ordinamenti nazionali, limitandosi solitamente a fare riferimento a quello che costituisce l'elemento sul quale si fonda l'obbligo in esame nei diversi ordinamenti nazionali, vale a dire il principio della certezza del diritto.

La scelta si giustifica facendo riferimento all'articolo 31 della Convenzione di Vienna del 1969, dove si prevede l'obbligo di interpretazione teleologica delle disposizioni convenzionali. La garanzia di un sistema giuridico stabile costituisce, infatti, uno degli obiettivi del sistema internazionale di tutela, rappresentando un fattore in grado di facilitare il flusso degli investimenti, soprattutto verso quei Paesi che non offrono garanzie sufficienti sul piano interno. Come si è già avuto modo di osservare, il riferimento a questo tipo di obiettivo ricorre nei preamboli di quasi tutti gli accordi internazionali, soprattutto bilaterali, e, in talune circostanze, vi è un riferimento diretto al trattamento giusto ed equo quale strumento necessario per il suo perseguimento¹⁸⁵.

ii) La prassi arbitrale: a) il caso *PSEG*

L'analisi della giurisprudenza arbitrale rivela come il legame tra certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento sia stato particolarmente valorizzato

¹⁸³ *Bäck v. Finland*, 20 October 2004, ECHR 2004-VIII

¹⁸⁴ In questo senso *Separate Opinion (T. Wälde) in the Arbitration under Chapter XI of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules: Thunderbird v. Mexico*, 26 January 2006, paras. 25-57

¹⁸⁵ E' questo il caso, ad esempio, del Preambolo del BIT Argentina-Stati Uniti. In argomento si vedano le considerazioni svolte nel Capitolo II del presente lavoro

proprio in materia di investimenti infrastrutturali. Tale eventualità non sorprende affatto, alla luce dell'importanza che la stabilità del quadro normativo riveste in tale settore. Come si è già avuto modo di osservare in precedenza, infatti, questo tipo di investimenti comporta rischi molto elevati in capo alla parte privata, per ragioni che attengono sia a caratteristiche strutturali di tali operazioni sia all'importanza politica e sociale dei servizi forniti.

Senza volere ripetere quanto già detto in precedenza, i fattori più rilevanti sotto il primo punto di vista sono gli elevati costi iniziali di questi progetti, i tempi lunghi di ammortamento, la presenza dell'infrastruttura quale fattore che limita la capacità della parte privata di localizzare altrove l'attività. Il carattere essenziale dei servizi, invece, fa sì che lo Stato sia chiamato ad un'intensa attività di regolazione, al fine di tutelare interessi che, sebbene potenzialmente contrastanti con la massimizzazione del profitto, risultano fondamentali dal punto di vista sociale. Non sorprende, perciò, che gli investitori stranieri siano soliti subordinare il loro ingresso in questi settori all'ottenimento di precise garanzie da parte dello Stato ospite. La loro eventuale modifica in via unilaterale è in grado di incidere in modo rilevante sui risultati economici dell'attività, e, di conseguenza, limitare tale eventualità rappresenta una delle principali preoccupazioni di un sistema che mira a tutelare gli interessi degli investitori esteri.

L'importanza della certezza del diritto, nonché lo stretto legame intercorrente tra quest'ultima e il trattamento giusto ed equo, è stata attentamente analizzata nel caso *PSEG*¹⁸⁶. La controversia trae origine da un progetto di investimento per la produzione di energia elettrica intrapreso da un'impresa statunitense nel quadro del programma di privatizzazione lanciato dal governo turco all'inizio degli anni '90. Al fine di attirare capitali in tale settore, la Turchia aveva adottato un serie di atti legislativi che tendevano a facilitare la partecipazione degli investitori stranieri, garantendo loro condizioni molto favorevoli. Quando ormai le Parti erano addivenute ad un primo accordo, alcune pronunce della Corte costituzionale ed interventi successivi dell'autorità legislativa avevano sostanzialmente

¹⁸⁶ Come si vedrà meglio in seguito, in questo caso il Tribunale ha negato la sussistenza di aspettative legittime in capo all'investitore, in ragione dell'assenza di esplicite promesse da parte dello Stato. Tuttavia, questo non ha impedito che venisse ribadito lo stretto collegamento tra trattamento giusto ed equo e certezza del diritto, consentendo, in questo modo, di giungere a

modificato il quadro normativo, imponendo la revisione dei contratti precedentemente conclusi e l'obbligo di sottoporre gli stessi all'approvazione del Parlamento. L'accordo originario era stato, perciò, modificato e inserito in un contratto di concessione della durata di 38 anni a favore della PSEG. Quando ormai la fase di pre-costruzione era quasi conclusa, il progetto era stato interrotto, per problemi legati alla possibilità per la PSEG di ottenere un adeguamento delle tariffe di vendita dell'elettricità in seguito ad un aumento del costo delle materie prime. Tale possibilità era, infatti, prevista dall'Accordo originario, ma non era stata inserita nel successivo contratto di concessione.

Dopo un'attenta analisi dei numerosi interventi da parte dei diversi organi statali, il Tribunale ha osservato che the “fair and equitable treatment obligation was seriously breached by [...] the “roller-coaster” effect of the continuing legislative changes.”¹⁸⁷ Questo perchè lo standard in esame deve considerarsi uno strumento appositamente inserito per garantire la stabilità e la prevedibilità del quadro generale o, in altre parole, “to protect investments against the *vagaries* of the host Party’s national laws and their administration.”¹⁸⁸

iii) La prassi arbitrale: b) i casi “argentini”

Il riferimento all'obiettivo della stabilità quale fattore che, informando l'interpretazione del trattamento giusto ed equo, impone la tutela del legittimo affidamento dell'investitore ha giocato un ruolo centrale nella risoluzione delle controversie sorte in seguito all'adozione delle misure di emergenza da parte del governo argentino nel 2002. In questo caso, infatti, la partecipazione degli investitori stranieri al programma di privatizzazione dei servizi pubblici intrapreso dal Paese sudamericano nel corso degli anni '90 era stata fortemente incentivata dal comportamento del governo, il quale aveva concesso loro condizioni molto favorevoli, soprattutto per quanto riguarda il sistema di calcolo delle tariffe. La *Ley de Emergencia* del gennaio 2002, aveva, però, modificato tale previsioni, *inter alia*, bloccando la rivalutazione periodica dei prezzi e impedendo che questi potessero essere calcolati in dollari.

conclusioni sostanzialmente analoghe a quelle adottate da altri tribunali arbitrali in materia di tutela del legittimo affidamento

¹⁸⁷ Caso *PSEG*, *cit.*, para. 250

¹⁸⁸ *Ibid.*, para. 253

Tali vicende sono state affrontate nel merito da diversi tribunali ICSID e le soluzioni adottate seguono tutte la medesima impostazione. Le modifiche imposte dal governo argentino sono state, infatti, sempre ritenute contrarie all'obbligo di trattamento giusto ed equo, in quanto contrastanti con il principio della certezza del diritto¹⁸⁹. Nel caso *CMS*, il Tribunale, facendo esplicito riferimento al Preambolo del BIT Argentina-USA, ha statuito che “[t]here can be no doubt [...] that a stable legal and business environment is an essential element of fair and equitable treatment”¹⁹⁰. La posizione è stata ribadita anche in *LG&E*, dove il mutamento di politica da parte del governo argentino è stato ritenuto incompatibile con il principio della certezza del diritto e, di conseguenza, con l'obbligo di trattamento giusto ed equo, poiché “[h]aving created specific expectations among investors, Argentina was bound by its obligations concerning the investment guarantees vis-à-vis public utility licensees [...]”¹⁹¹. Facendo esplicito riferimento a questi precedenti, il lodo *Enron* ha inteso confermare “that a key element of fair and equitable treatment is the requirement of a ‘stable framework for the investment’ [...]”¹⁹².

iv) La tutela dell'affidamento nei rapporti interstatali: il richiamo del principio di buona fede

La scelta degli arbitri di introdurre la tutela del legittimo affidamento nell'ambito del trattamento giusto ed equo facendo riferimento al principio della certezza del diritto riprende e conferma l'impostazione prevalente negli ordinamenti nazionali. Questo modo di procedere si distingue, però, da quello utilizzato in altri ambiti del diritto internazionale per la soluzione di controversie di natura esclusivamente interstatale. In questi contesti, infatti, l'obbligo di rispettare le aspettative ingenerate nell'altra Parte è sì considerato un principio generale di diritto, ma è considerato un corollario del principio di buona fede¹⁹³. L'impostazione risulta in

¹⁸⁹ Soluzioni differenti sono invece state adottate nei casi *CMS* e *LG&E* circa la determinazione dell'esistenza di una situazione di emergenza rilevante ai sensi del diritto internazionale consuetudinario e della clausola di salvaguardia prevista dal BIT

¹⁹⁰ Caso *CMS*, *cit.*, paras. 274-280. Sul punto sia consentito il richiamo a COSTAMAGNA F., *Investors' Rights and State Regulatory Autonomy: the Role of the Legitimate Expectation Principle in the CMS v. Argentina Case*, in *Transn. Disp. Manag.*, 3(2), April 2006

¹⁹¹ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 133

¹⁹² Caso *Enron*, *cit.*, para. 260

¹⁹³ Non è questa la sede per approfondire il ruolo della buona fede nel diritto internazionale. Per una ricostruzione del dibattito si vedano KOLB R., *Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)*, in *Neth. Intl. L. Rev.*, 53(1), 2006, 1-36; ODDENINO A.,

modo evidente dall'analisi della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia. Nel caso dei *Test Nucleari*, questa ha statuito che, in base al principio di buona fede, uno Stato è tenuto al rispetto di proprie dichiarazioni unilaterali che abbiano creato un legittimo affidamento in capo ad un altro Stato, anche se il comportamento promesso non è imposto da alcuna norma consuetudinaria o pattizia¹⁹⁴. Analogamente il giudice Alfaro nel caso del *Tempio di Preah Vihear* ha sottolineato come: “[t]he primary foundation of this principle is the good faith that must prevail in international relations, inasmuch as inconsistency of conduct or opinion on the part of a State to the prejudice of another is incompatible with good faith”¹⁹⁵.

Questo perché, come era già stato autorevolmente notato da alcuni autori, nel caso in cui la Parte destinataria della promessa abbia agito facendo affidamento sulla stessa, il principio di buona impone di rispettarla a prescindere dall'esistenza di un obbligo giuridico in questo senso¹⁹⁶. La dottrina internazionalistica successiva ha sostanzialmente accolto questa impostazione, osservando che nell'ordinamento internazionale “[b]onne foi protège la confiance lègitime qu'un comportement a fait naître chez autrui [...]”¹⁹⁷.

Il medesimo approccio è stato adottato anche nel diritto internazionale del commercio e, in particolare, nell'ambito del sistema GATT/OMC¹⁹⁸. Nel caso *Korea – Government Procurement*, il Panel ha ritenuto la tutela dell'affidamento “a further development of the principle of *pacta sunt servanda* and the good faith

Pacta sunt servanda e buona fede nell'applicazione dei trattati internazionali, Torino, 2003; KOLB R., *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000; CONFORTI B., *Buona fede e diritto internazionale*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 87-93

¹⁹⁴ *Case of Nuclear Tests (Australia v. France)*, ICJ Rep. 1974, 268

¹⁹⁵ Separate Opinion of Vice-President Alfaro in *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, IC J. Rep. 1962, 6, 42

¹⁹⁶ BOWETT D., *Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence*, in *Brit. Yearb. Intl. L.*, 33, 1957, 176

¹⁹⁷ KOLB R., *La bonne foi*, cit., 112 e 328. In senso analogo ZEMANEK K., *The Legal Foundations of the International System*, in *RdC*, tome 266, 1997, 199-201; CARREAU D., *Droit international public*, Paris, 1991, 222; CARBONE S.M., *Promise in International Law: A Confirmation of its Binding Force*, in *Ital. Yearb. Intl. L.*, 1, 1975, 168-170; DE NOVA R., *Considerazioni sulla neutralità permanente dell'Austria*, in *Comunicazioni e studi*, 8, 1956, 11

¹⁹⁸ In argomento COTTIER T., SCHAFFER K.N., BRONCKERS M., *Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations in the WTO*, in COTTIER T.(ed.), *The Challenge of WTO Law: Collected Essays*, London, 2007, 123-146; PANIZZON M., *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: the Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, London, 2006

principle”¹⁹⁹. In questa controversia, come nella maggior parte di quelle nelle quali si è fatto riferimento al concetto, la tutela del legittimo affidamento è stata utilizzata per impedire ad alcuni Stati di adottare comportamenti che, sebbene non formalmente vietati, privavano le concessioni precedentemente negoziate con gli altri Membri dell’organizzazione di ogni valore economico²⁰⁰.

La differenza di approccio si spiega facendo riferimento alla diversa elaborazione e al diverso ruolo svolto dal principio nel diritto pubblico rispetto al diritto privato. Nel primo caso, l’obiettivo è limitare l’esercizio abusivo delle loro facoltà sovrane da parte della autorità pubbliche nei confronti di soggetti sottoposti al loro potere. Nel secondo, invece, l’obbligo in esame intende garantire il corretto svolgimento dei rapporti tra soggetti dotati, dal punto di vista formale, degli stessi poteri.

La scelta degli arbitri internazionali di fare riferimento alla prima impostazione appare, dunque, giustificata alla luce della sostanziale analogia tra i rapporti soggettivi in questo ambito rispetto a quanto avviene nel diritto pubblico a livello nazionale²⁰¹. Il diritto internazionale degli investimenti regola, infatti, rapporti tra attori aventi status e poteri diversi tra loro. Inserendosi in questo contesto, la tutela del legittimo affidamento non costituisce uno strumento per assicurare la correttezza dei rapporti tra eguali, ma mira al riequilibrio dei rapporti di forza tra lo Stato e gli investitori privati stranieri²⁰², rivolgendosi esclusivamente nei confronti della parte pubblica. Altrettanto condivisibile appare il riferimento al principio di buona fede da parte della Corte internazionale di giustizia e degli organi GATT/OMC, essendo questi chiamati a pronunciarsi su relazioni tra soggetti di pari status, così come avviene nel diritto civile sul piano interno.

¹⁹⁹ *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R, Panel Report of 1 May 2000, para. 7.93

²⁰⁰ *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Byrd Amendment)*, WT/DS/217, 234R, Panel Report of 16 September 2002, para. 7.64; *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (Complaint by US)*, WT/DS50/AB/R, Appellate Body Report of 19 December 1997, para. 45; *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (Complaint by US)*, WT/DS/50/R, Panel Report of 5 September 1997, para. 7.20 *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62, 67, 68/R, 5 February 1998, para. 8.25

²⁰¹ Il dibattito sul fondamento del legittimo affidamento continua ad impegnare anche la dottrina amministrativistica nazionale. Sul punto si veda MERUSI F., *Voce Affidamento*, cit., 144-146

²⁰² In questo senso ZEITLER H.E., “*Good Faith*” in the WTO Jurisprudence: *Necessary Balancing Element or Open Door to Judicial Activism?*, in *Journ. Intl. Econ. L.*, 8(3), 2005, 739

La distinzione è apprezzabile anche dal punto di vista terminologico: nei casi che riguardano i rapporti tra gli Stati, infatti, dottrina e giurisprudenza fanno generalmente riferimento al concetto di *estoppel* per indicare l'istituto che tutela le aspettative legittime create dal comportamento dell'altra parte²⁰³. Viceversa, nel diritto internazionale degli investimenti si fa riferimento alla *legitimate expectation doctrine*, intendendo, in questo modo, ricollegarsi all'istituto sviluppatosi nell'ambito del diritto pubblico.

La distinzione in esame non ha, però, un valore meramente terminologico, ma è rilevante anche dal punto di vista sostanziale. Nei rapporti Stato-individuo, la tutela del legittimo affidamento deve necessariamente tenere in considerazione le responsabilità gravanti sulle autorità pubbliche per il raggiungimento di obiettivi di interesse generale. Ed infatti, come si avrà modo di approfondire nei prossimi paragrafi, il principio della certezza del diritto non ha carattere assoluto, potendo essere sacrificato per il raggiungimento di un interesse pubblico prevalente. Questo tipo di necessità non sembra, invece, adeguatamente valorizzata dal riferimento al principio di buona fede, il quale, trovando applicazione in rapporti paritetici, risulta meno flessibile²⁰⁴.

²⁰³ In dottrina si vedano KOLB R., *La bonne foi*, cit., 357-393; MÜLLER J.P., COTTIER T., *Estoppel*, in Encycl. Intl. L., 7, 1985, 5-7; BOWETT D., *op. cit.*, 176. Per quanto riguarda la giurisprudenza internazionale, l'istituto è stato utilizzato da tribunali arbitrali internazionali, dalla Corte permanente di giustizia internazionale e dalla Corte internazionale di giustizia. Per quanto riguarda i primi: *Tinoco Claims*, 1923, in Sent. Arb. Nation Unies, I, 383-384. Per la CPGI: *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, 1929, CPCIJ Series, no. 20, 39, *Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila*, 1927, PCIJ, Series C, no. 13, IV-1, 182. Per quanto riguarda la CIG: *Caso Elsi*, cit., 43-44; *Military and Paramilitary In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 1984, Jurisdiction and Admissibility, in ICJ Rec. 1984, 392, 413-415. Si vedano, inoltre Separate Opinion of Judge Fitzmaurice in *Case concerning the Temple of Preah Vihear*, cit., 63. Per una distinzione tra l'estoppel nel diritto inglese e nel diritto internazionale MÜLLER J.P., COTTIER T., *op. cit.*, 79; McGIBBON I.C., *Estoppel in International Law*, in Intl. & Comp. L. Quart., 7, 1958, 512-513

²⁰⁴ La questione è stata affrontata in modo approfondita, in riferimento all'ordinamento inglese, da SALES P., STEYN K., *op. cit.*, 570, i quali sottolineano come “[...] since public authorities – unlike private parties – are also entitled and required to weigh up the public interest against that of the individual, there is no scope for the simple transposition of private law estoppel rules into the public law field”. Sul punto, si veda, inoltre, CARTWRIGHT J., *Protecting Legitimate Expectation and Estoppel in English Law*, Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006, 6 osserva che “remedies awarded against public bodies must take into account different considerations from those in a purely private law case, such as the interests of the general public which the public body exists to promote [...]”. In questo senso, *R (Reprotech (Pebsham) Ltd) v East Sussex County Council*, 2003, 1 WLR 348, 34. Conclusioni analoghe sono state adottate anche nell'ordinamento neozelandese: in *Challis v. Destination Mallborough Trust Board Inc.*, 2003, 2 nzlr 107, para. 105 La High Court ha concluso che “estoppel has no place in modern public law” perchè “[...] public law remedies against public authorities must take into

Muovendo da tali presupposti, non può, dunque, condividersi la linea interpretativa adottata nel lodo *Sempra*²⁰⁵, nel quale si è scelto di giustificare l'utilizzo del legittimo affidamento per l'interpretazione del trattamento giusto ed equo in riferimento al principio di buona fede²⁰⁶. È interessante osservare come gli arbitri abbiano inteso precisare che questo modo di procedere ricalchi quanto "happens under civil codes"²⁰⁷, nonostante le profonde differenze il contesto in esame e il diritto civile.

Il punto risulta particolarmente rilevante ai fini del presente lavoro, posto che il principale rischio derivante da questa impostazione è un'applicazione del principio del legittimo affidamento poco attenta alla necessità di bilanciare le ragioni dell'investitore con la salvaguardia della capacità dello Stato di esercitare i suoi poteri nel pubblico interesse.

6. Legittimo affidamento ed esercizio di poteri sovrani negli investimenti infrastrutturali

6.1 Legittimo affidamento ed estensione della portata del trattamento giusto ed equo

L'utilizzo del principio del legittimo affidamento per determinare l'ambito applicativo del trattamento giusto ed equo costituisce l'elemento che, più di ogni altro, sembra giustificare le preoccupazioni espresse da alcuni autori sulle "[...] wide ranging repercussions [of the fair and equitable treatment standard] for the sovereignty of the host state to determine and apply its administrative law [...]"²⁰⁸. La sua introduzione, tesa a delineare con maggior chiarezza il contenuto del trattamento giusto ed equo, consente, infatti, agli arbitri di ampliarne la portata, rendendo la sua applicazione particolarmente efficace in termini di tutela degli interessi dell'investitore.

account the interests of the general public. Individual rights and expectations must be balanced against the public interest. The public law remedy of breach of legitimate expectation allows that balancing to occur in a manner that the private law remedy of estoppel does not."

²⁰⁵ Il caso riguardava anch'esso le misure di emergenza adottate dall'Argentina per contrastare la crisi finanziaria. La controversia traeva origine dal ricorso di una società statunitense, la *Sempra Energy*, che, attraverso una serie di operazioni finanziarie condotte a partire dal 1996, era giunta ad acquisire il controllo di due società argentine, *Camuzzi Gas Pampeana* e *Camuzzi Gas del Sur*, le quali erano le titolari di una concessione per la distribuzione del gas

²⁰⁶ Caso *Sempra*, *cit.*, para. 298

²⁰⁷ *Ibid.*, para. 298

²⁰⁸ DOLZER R., *The Impact*, *cit.*, 964

L'evoluzione è significativa per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali, dove il trattamento giusto ed equo è sempre più spesso utilizzato, proprio facendo riferimento alla tutela dell'affidamento, per sanzionare misure che, sebbene non integrino la fattispecie dell'espropriazione indiretta, abbiano causato un danno economico all'investitore, modificando le condizioni che lo avevano spinto ad intraprendere l'investimento.

Nella decisione *PSEG*, il Tribunale ha sottolineato come “[t]he standard of fair and equitable treatment has acquired prominence in investment arbitration as a consequence of the fact that other standards traditionally provided by international law might not in the circumstances of each case be entirely appropriate. This is particularly the case when the facts of the dispute do not clearly support the claim for direct expropriation, but when there are notwithstanding events that need to be assessed under a different standard to provide redress in the event that the rights of the investor have been breached.”²⁰⁹

Secondo alcuni, la situazione è dovuta al fatto che il trattamento giusto ed equo “provides a more supple way of providing a remedy appropriate to the particular situation as compared to the more drastic determination and remedy inherent in the concept of regulatory expropriation”²¹⁰. Per tale ragione, si ritiene che l'ambito applicativo delle norme sull'espropriazione e quello del trattamento giusto ed equo non siano più distinguibili sul piano qualitativo, ma solo facendo riferimento all'intensità dell'intervento statale o, in altre parole, alla gravità dei danni da questo inferti all'investimento. A conferma di ciò, è sufficiente fare riferimento al caso *Sempra*, nel quale è stato ammesso che “the line separating the breach of the fair and equitable treatment standard from an indirect expropriation can be very thin, particularly if the breach of the former standard is massive and long-lasting”²¹¹. Alla luce di tali considerazioni non sembra esserci dubbio che l'attuale configurazione del trattamento giusto ed equo vada oltre alla dimensione procedurale dello standard minimo internazionale²¹².

²⁰⁹ Caso *PSEG*, *cit.*, para. 238. In senso analogo caso *Enron*, *cit.*, para. 249

²¹⁰ *Separate Opinion Thunderbird*, *cit.*, para. 31. In senso analogo caso *Sempra*, *cit.*, para. 301 dove si afferma che nel caso in cui la condotta statale integri sia una violazione dell'obbligo di trattamento giusto ed equo, sia un'espropriazione indiretta “judicial prudence and deference are better served by opting for a determination in the light of the fair and equitable treatment standard”

²¹¹ Caso *Sempra*, *cit.*, para. 301

²¹² WEILER T., *GAMI Comment*, in *Transn. Disp. Manag.*, 2, January 2005

L'inclusione del legittimo affidamento tra gli elementi costitutivi del trattamento giusto ed equo costituisce un fattore importante per spiegare questo tipo di evoluzione. A differenza di quanto avviene, ad esempio, per l'obbligo di trasparenza o il rispetto dei principi del *due process*, l'istituto consente agli arbitri internazionali di valutare il contenuto gli effetti materiali della misura statale, senza limitare il loro scrutinio alle questioni di carattere procedurale. Il processo espansivo generato dall'introduzione in esame è stato fortemente criticato da chi, commentando il lodo *CMS*, ha sostenuto che il trattamento giusto ed equo dovrebbe servire solo a garantire la correttezza procedurale dei rapporti tra lo Stato e l'investitore e non, come avvenuto nel caso in esame, spingersi fino ad offrire "a guarantee of the return on investment that CMS expected [...]"²¹³. A tale proposito è stato addirittura osservato che l'inclusione della tutela del legittimo affidamento determini l'utilizzo da parte degli arbitri internazionali di un approccio meno rispettoso delle competenze sovrane statali rispetto a quello generalmente utilizzato dalla Corte Suprema USA nei casi relativi alla *substantive due process clause* in materia di tutela della proprietà privata²¹⁴.

Anche alla luce di tali considerazioni, occorre, perciò, valutare se i limiti posti all'esercizio di poteri sovrani dall'istituto del legittimo affidamento rendano eccessivamente gravoso il perseguimento di interessi generali rilevanti dal punto di vista sociale. Si ritiene che il rischio possa essere scongiurato attraverso una corretta interpretazione del principio di certezza del diritto, il quale non deve essere inteso nel senso di vietare allo Stato l'adozione delle misure necessarie per adattare il proprio sistema normativo e regolamentare alle necessità derivanti da una realtà sociale in costante evoluzione.

Sul punto si registra un'ampia convergenza in dottrina, dove si sottolinea che "[fair and equitable treatment] is not absolute and does not amount to a requirement for the host State to freeze its legal system for the investor's benefit. A general stabilization requirement would go beyond what the investor could legitimately expect."²¹⁵. Questo proprio in ragione del fatto che "stability and

²¹³ MAYEDA G., *op. cit.*, 278. In senso analogo ORELLANA M.A., *op. cit.*, 742

²¹⁴ KANTOR M., *Fair and Equitable, cit.*, 253

²¹⁵ SCHREUER C., *Fair and Equitable, cit.*, 374. Questo tipo di impostazione è stata fortemente criticata da COE J., RUBIN N., *Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions*, in WEILER T. (ed), *International Investment Law, cit.*, 665-666

predictability should not be misunderstood as a guarantee that the legal framework will never change [...]"²¹⁶.

Posizioni analoghe sono state espresse anche nella giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali. In risposta ad alcune obiezioni sul punto mosse dall'Argentina²¹⁷, il Tribunale del caso *CMS* ha statuito che "[it] is not a question of whether the legal framework might need to be frozen as it can always evolve and be adapted to changing circumstances [...]"²¹⁸. In *Enron*, il panel arbitrale ha osservato che "the stabilization requirement does not mean the freezing of the legal system or the disappearance of the regulatory power of the State"²¹⁹.

La nettezza di queste affermazioni di principio contrasta con l'incertezza che ancora caratterizza le soluzioni utilizzate per bilanciare le esigenze di stabilità giuridica e la necessità di assicurare allo Stato uno spazio di manovra sufficiente per il perseguimento di fini aventi carattere generale. La situazione deve essere affrontata facendo riferimento alle soluzioni adottate a questo proposito negli ordinamenti nazionali e in quei settori del diritto internazionale nei quali il legittimo affidamento rappresenta un principio di diritto ormai consolidato. In via preliminare, si può notare come in questi ambiti l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra gli interessi in gioco sia generalmente affrontata determinando, prima di tutto, la legittimità delle aspettative invocate dal privato e, successivamente, l'esistenza di un interesse generale in grado di giustificare la loro mancata tutela²²⁰.

Putroppo, non può non rilevarsi come questa impostazione, coerente con l'avvenuto riconoscimento del legittimo affidamento quale principio generale di diritto, abbia fino ad ora ricevuto poco credito nella prassi arbitrale. Anche tralasciando gli aspetti di carattere sistematico, la scelta suscita talune perplessità

²¹⁶ SCHILL S.W., *Fair and Equitable*, cit., 13. In senso conforme DOLZER R., *Fair and Equitable*, cit., 105

²¹⁷ Caso *CMS*, cit., para. 227.

²¹⁸ *Ibid.*, 277

²¹⁹ Caso *Enron*, cit., para. 261

²²⁰ STEELE I., *op. cit.*, 305 osserva che questo tipo di approccio fa sì che la determinazione della legittimità dell'affidamento con comporti necessariamente che è esso debba essere tutelato, posto che "[f]rustration of a legitimate expectation can sometimes being justified by the body's invocation of a countervailing public interest in the expectation being frustrated, defeating the claim of abuse of power"

dal punto di vista sostanziale, portando talvolta all'elaborazione di soluzioni poco equilibrate.

6.2 Condizioni per la legittimità dell'affidamento: a) l'origine dell'affidamento

i) L'individuazione delle condizioni

L'istituto del legittimo affidamento non copre la violazione di ogni tipo di aspettativa dell'investitore, ma solo quelle che l'ordinamento ritiene "legittime", vale a dire degne di tutela sul piano giuridico²²¹. In caso contrario, vi sarebbe, infatti, il rischio di un utilizzo abusivo e, dunque, di un indebita restrizione della discrezionalità pubblica.

Nel diritto internazionale degli investimenti, le condizioni per la legittimità dell'affidamento non sono state ancora identificate in modo organico. Tuttavia, la prassi arbitrale recente ha offerto alcune indicazioni che lasciano ritenere che esse siano sostanzialmente simili a quelle già individuate negli ordinamenti nazionali.

Nel caso *LG&E*, il panel arbitrale ha ritenuto che la legittimità dell'affidamento dipenda essenzialmente dall'effettiva esistenza di un'offerta da parte dello Stato di determinate condizioni all'investitore e dal fatto che esse tengano nella dovuta considerazione "parameters such as business risk or industry's regular pattern"²²², sottolineando, dunque, la rilevanza a tale proposito anche del comportamento dell'investitore²²³. Tale ultima condizione non è menzionata nel successivo caso *Enron*, dove si fa, invece, riferimento alla circostanza che le condizioni offerte dallo Stato "were relied upon by the investor when deciding to invest"²²⁴.

ii) Legittimità dell'affidamento fondato su scelte politiche generali

La prima tipologia di condizioni riguarda il comportamento dello Stato che ha generato l'affidamento, vale a dire la fonte dalla quale esso trae origine. A tale proposito, gli arbitri internazionali tendono ad escludere che possa considerarsi legittimo l'affidamento fondato *sic et simpliciter* su atti aventi portata generale

²²¹ Tale notazione consente di escludere la rilevanza delle aspettative di carattere etico o morale, le quali non rientrano nell'ambito di tutela del legittimo affidamento. Sul punto *STEELE I.*, *op. cit.*, 304

²²² Caso *LG&E*, *cit.*, para. 130

²²³ Il presente paragrafo si concentra esclusivamente sugli aspetti legati alla prima categoria, vale a dire l'esistenza di un comportamento statale idoneo a generare l'affidamento, mentre gli elementi della seconda, relativa al comportamento della parte privata, saranno esaminati successivamente

²²⁴ Caso *Enron*, *cit.*, para. 262

adottati per l'attuazione di scelte politiche effettuate dagli organi nazionali competenti.

Una statuizione chiara in questo senso è rinvenibile nella decisione *PSEG*, nella quale si è affermato che “[l]egitimate expectations by definition require a promise of the administration [...]”, la quale non può essere surrettiziamente dedotta da politiche generali neppure nel caso queste siano state appositamente adottate per incoraggiare e favorire l’ingresso di capitale straniero nel Paese²²⁵. Un’impostazione simile trova conferma anche in altri casi relativi sia ai servizi infrastrutturali sia ad altri settori economici. Così nei casi *LG&E* ed *Enron*, si fa riferimento “expectations [...] based on on the conditions offered by the host State [...]” e sempre la decisione *LG&E* ha ritenuto che “[t]he abrogation of these specific guarantees violates [...] the standard of fair and equitable treatment.”²²⁶ In *CMS*, il Tribunale ha chiarito che la valutazione della conformità delle misure statali al principio del legittimo affidamento “[...] it is a question of whether the framework can be dispensed altogether when specific commitments to the contrary have been made.”²²⁷

Le decisioni citate non escludono, però, che la modifica di politiche aventi portata generale possa determinare la violazione del legittimo affidamento da parte dello Stato ospite. Affinché ciò avvenga è, però, necessario che l’investitore dimostri che tale modifica sia contraria a specifiche promesse ricevute dalle autorità statali. In altre parole, le scelte politiche effettuate dallo Stato al momento in cui l’investimento è stato deciso possono considerarsi quali fonti mediate di un legittimo affidamento, dovendo queste essere integrate da atti o comportamenti con i quali le autorità nazionali abbiano confermato l’applicabilità delle scelte politiche generali nei confronti dello specifico investitore²²⁸.

Un approccio sostanzialmente simile è rinvenibile anche in ambito comunitario, dove la Corte di giustizia ha costantemente seguito il principio secondo cui il semplice fatto che l’operatore abbia subito un pregiudizio dalla modifica legislativa non costituisce un motivo sufficiente a fondare un ricorso per

²²⁵ Caso *PSEG*, *cit.*, paras. 241-243

²²⁶ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 130 e para. 133 (corsivo aggiunto)

²²⁷ Caso *CMS*, *cit.*, para. 277 (corsivo aggiunto)

²²⁸ *SNODGRASS E.*, *op. cit.*, 36

violazione del legittimo affidamento²²⁹ Occorre, infatti, che sia dimostrata l'esistenza di un accordo tra le parti in causa finalizzato all'attuazione concreta delle indicazioni fissate nell'atto generale²³⁰ o di assicurazioni da parte degli organi comunitari circa l'applicabilità di quest'ultimo al caso concreto²³¹.

Un'impostazione più liberale sembrerebbe, invece, caratterizzare la giurisprudenza inglese sul punto. In questo caso, infatti, la possibilità di considerare legittimo l'affidamento fondato su una politica avente portata generale è stato espressamente riconosciuto in diverse decisioni, quale, ad esempio quella adottata nel caso *Khan* dove la Corte di Appello ha ritenuto che la modifica della legislazione in materia di ricongiungimento familiare da parte dell'Home Office dovesse ritenersi contraria alle legittime aspettative del ricorrente²³². In realtà, la differenza è più apparente che reale, visto che, come riconosciuto anche nel caso *Coughlan*, rimane decisamente più agevole determinare la legittimità dell'affidamento fondato su promesse rivolte nei confronti di un insieme determinato di destinatari, piuttosto che su quelle dirette ad una classe indeterminata di soggetti²³³.

La tutela affievolita delle aspettative esclusivamente fondate su politiche generali mira proprio ad evitare un'eccessiva imitazione della capacità delle autorità pubbliche di agire per il raggiungimento di interessi di carattere generale²³⁴. A tale proposito è stato, infatti, osservato che “it seems likely that protecting an expectation in a ‘change of policy’ scenario will have more wideranging implications for the decision-maker’s freedom of action beyond the individual

²²⁹ CRAIG P.P., *EU Administrative Law*, cit., 635 riassume questo tipo di approccio nello slogan “Mutability and No Legitimate Expectation”

²³⁰ C-120/86, 28 aprile 1988, *Mulder c. Minister van Landbouw en Visserij*, in Racc. 1988, 2321

²³¹ C-152/88, 2 giugno 1990, *Sofrimport Sàrl c. Commissione*, in Racc. 1990, I-2477; C-74/74, 14 maggio 1975, *CNTA SA c. Commissione*, in Racc. 1975, 533, para. 42. Sul punto TEMPLE LANG J., *op. cit.*, 171-172

²³² *R. v. Secretary of State for the Home Dept. ex p. Khan*, 1984, WLR, 1, 354. In senso conforme *R. (on the application of Munjaz) v. Mersey Care NHS Trust*, 2003, EWCA Civ., 1036; *R. v. Secretary of State for the Home Dept. ex p. Ruddock*, 1987, WLR, 1, 1482

²³³ Caso *Coughlan*, cit., para. 71

²³⁴ In questo senso CRAIG P.P., *Substantive Legitimate Expectations and the Principle of Judicial Review*, in ANDENAS M. (ed.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, London, 1998, 26 che osserva come “holding a public body to [an unequivocal representation made to a person] is less likely to have serious consequences for the administration as a whole” rispetto al caso dell'affidamento fondato solo su politiche aventi carattere generale

claim.”²³⁵ Un’attenzione particolare nei confronti di tale possibilità è stata dimostrata dalla Corte di giustizia, soprattutto in riferimento a settori, quale quello agricolo, nei quali le condizioni del mercato impongono di riconoscere alle istituzioni comunitarie ampi spazi di manovra per adattare le politiche comuni alle nuove esigenze economiche²³⁶.

L’approccio restrittivo adottato dagli arbitri internazionali appare condivisibile, soprattutto per quanto riguarda i servizi pubblici infrastrutturali, dove la possibilità di adattare le politiche generali alle nuove esigenze costituisce uno strumento importante per il perseguimento di obiettivi sociali fondamentali. In molti casi, infatti, le misure di regolazione adottate hanno portata generale e rientrano, dunque in questa categoria.

Inoltre, dal punto di vista sistematico, la soluzione adottata è coerente con le scelte effettuate nella decisioni sulla competenza. Come si è visto in precedenza, infatti, i tribunali arbitrali hanno costantemente negato la loro competenza a valutare le misure generali *per se*, riservandosi, invece, la possibilità di esaminare gli effetti di tali misure nei confronti dello specifico investimento.

In considerazione dell’importanza degli obiettivi perseguiti, sarebbe forse auspicabile che la stessa cautela trovasse applicazione anche rispetto alla tutela dell’affidamento generato dagli atti adottati per applicare tali politiche nel caso concreto. Negli altri ordinamenti, la questione è solitamente affrontata durante la fase di ponderazione tra il legittimo affidamento e l’importanza dell’interesse generale, un momento che, come si vedrà meglio in seguito, non riceve grande attenzione in materia di investimenti.

iii) Carattere della fonte, legittimità dell’affidamento e stabilizzazione del quadro normativo

Nel diritto internazionale degli investimenti vi è chi sostiene la legittimità anche dell’affidamento generato da promesse non contenute in atti formali dello Stato. A sostegno di tale posizione si cita quanto rilevato nel caso *ADF*, dove questa possibilità sembrerebbe essere stata esplicitamente avallata, anche se solo a livello teorico. In questa circostanza è stato, infatti, ammesso che le promesse informali

²³⁵ STEELE I., *op. cit.*, 303. In senso analogo SALES P., STEYN K., *op. cit.*, 585. Tale impostazione è stata espressa in *R. (on the application of ABCIFER) v. Secretary of State for Defence*, 2002, EWHC, 2119, paras. 32-33 *per* Scott Baker J.; *R. v. Ministry of Defence ex p. Walker*, 2000, WLR, 1, 237, 815 *per* Lord Hoffmann. *Contra* CLAYTON R., *op. cit.*, 102

rilasciate da funzionari dell'amministrazione statunitense avrebbero potuto generare aspettative legittime in capo all'investitore, salvo escludere che questo fosse avvenuto nel caso concreto perché i comportamenti invocati dal ricorrente non erano attribuibili ad organi dello Stato convenuto²³⁷. Secondo coloro che sostengono questa impostazione, il riferimento all'istituto si giustifica proprio perché consente di tutelare la posizione dell'investitore in quei casi di incertezza nei quali lo Stato ospite si comporti in modo non trasparente e si rifiuti di onorare le promesse fatte agli operatori stranieri.

La questione non può, però, considerarsi definitivamente risolta, posto che la posizione vista in precedenza è stata criticata perché eccessivamente favorevole per l'investitore²³⁸. D'altra parte, anche gli stessi autori che la sostengono riconoscono che “[...] informal, oral or general assurances can give rise or support the existence of a legitimate expectation. But the threshold for such informal and general representations is quite high”²³⁹.

Viceversa, la situazione appare molto più chiara rispetto alle promesse contenute in atti formali rilasciati dalle autorità statali. Il carattere formale e il livello di dettaglio delle garanzie riconosciute dallo Stato all'investitore costituiscono, infatti, un fattore importante per determinare la legittimità dell'affidamento e, di conseguenza, il grado di tutela ad esso riconosciuto. Vi è, in altre, parole, un rapporto di proporzionalità diretta tra la natura della promessa statale e la forza dell'affidamento, un elemento questo che risulta spesso decisivo nel momento in cui le aspettative dell'investitore devono essere bilanciate con interessi generali contrastanti. La possibilità per la parte privata di poter contare su promesse dettagliate e contenute in atti formali direttamente attribuibili allo Stato ospite costituisce, infatti, un argomento importante a suo favore.

Il punto merita di essere approfondito facendo riferimento alla giurisprudenza arbitrale in materia di servizi pubblici infrastrutturali, un ambito nel quale, come si è già avuto modo di rilevare a più riprese, l'ingresso da parte di operatori stranieri è generalmente subordinato all'ottenimento di garanzie specifiche dal

²³⁶ CRAIG P.P., *EU Administrative Law*, 636

²³⁷ Caso *ADF*, *cit.*, para. 189

²³⁸ FIETTA S., *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexica States: an Indication of the Limits of the “Legitimate Expectation” Basis of a Claim under Article 1105 of NAFTA?*, in *Transn. Disp. Manag.*, 3(2), April 2006, 8

Paese ospite. Tali garanzie sono inserite in atti aventi natura legislativa, regolamentare e contrattuale, secondo uno schema adottato dalla quasi totalità degli Stati²⁴⁰. Soprattutto per quanto riguarda l'ultimo livello, le disposizioni sono solitamente molto dettagliate, trattandosi di strumenti nei quali le garanzie contenute negli atti aventi portata generale vengono tradotte in obblighi giuridici per lo Stato. L'insieme di questi atti contribuisce a formare, secondo la terminologia utilizzata nella prassi arbitrale internazionale, "a legal framework" appositamente pensato per attrarre il capitale straniero in settori tradizionalmente considerati ad alto rischio. Questo aspetto è stato enfatizzato nel lodo *CMS*, nel quale si legge che "the Tribunal [...] notes that it was precisely because the right to tariff calculation in dollars was guaranteed that the privatization process was as successful as it was."²⁴¹, e in *Enron*, dove si osserva che "[s]ubstantial foreign investment was undertaken on the strength of such guarantees [...]"²⁴².

In considerazione del loro ruolo fondamentale nelle decisioni degli investitori, vi è la tendenza a ritenere che la presenza di garanzie molto dettagliate e altamente formalizzate rafforzi la legittimità dell'affidamento degli investitori esteri. A tale proposito, il Tribunale del caso *LG&E* ha statuito che "[h]aving created specific expectations among investors, Argentina was bound by its obligations concerning the investment guarantees vis-à-vis public utility licensees [...]"²⁴³. In altre parole, la presenza di impegni formali assunti dallo Stato nei confronti dell'investitore determina una riduzione dello spazio discrezionale a disposizione delle autorità nazionali, limitando la loro capacità di modificare il quadro normativo esistente al momento in cui l'investimento era stato intrapreso. In questo senso appaiono condivisibili le preoccupazioni di coloro che sostengono che l'enfasi posta sulla necessità di tutelare le aspettative dell'investitore rischi di trasformare il trattamento giusto ed equo in una sorta di clausola di stabilizzazione. Infatti, a dispetto delle affermazioni di principio tendenti ad escludere tale possibilità, è evidente che, soprattutto in presenza di aspettative "qualificate", vale a dire fondate su atti formali e specifici, la tendenza degli arbitri internazionali è quella

²³⁹ *Separate Opinion Thunderbird, cit.*, para. 32

²⁴⁰ Vedi *supra* cap. I

²⁴¹ Caso *CMS, cit.*, para. 127

²⁴² Caso *Enron, cit.*, para. 265

²⁴³ Caso *LG&E, cit.*, para. 133

di far prevalere le esigenze di stabilità invocate dall'investitore rispetto a quelle di flessibilità reclamate dagli Stati²⁴⁴.

iv) Obblighi relativi all'investimento e tutela del legittimo affidamento: il trattamento giusto ed equo come una sorta di *umbrella clause*

La tutela dell'affidamento generato da impegni specifici assunti dalle autorità nazionali nei confronti degli investitori stranieri elimina ogni incertezza circa la possibilità di considerare lo Stato responsabile sul piano internazionale per la violazione di obblighi aventi natura contrattuale. Come si è avuto modo di approfondire in precedenza²⁴⁵, in passato vi era chi riteneva che tali condotte, essendo rilevanti solo sul piano interno, non potessero rientrare nell'ambito applicativo degli standard internazionali di tutela. Il legittimo affidamento rappresenta, dunque, uno strumento che consente di "elevare"²⁴⁶ le violazioni degli impegni assunti dallo Stato direttamente con l'investitore a violazioni di una norma internazionale. In riferimento a tale ultima caratteristica, vi è chi ritiene che l'inclusione della tutela del legittimo affidamento tra gli elementi del trattamento giusto ed equo trasformi lo standard in una sorta di *umbrella clause*, almeno dal punto di vista degli effetti²⁴⁷. Queste clausole, contenute in un numero crescente di accordi internazionali, prevedono che lo Stato sia tenuto al rispetto di tutti gli obblighi che abbia assunto nei confronti dell'investitore²⁴⁸.

In tema di bilanciamento tra sovranità statale e tutela degli investimenti, il problema più rilevante posto da questo tipo di evoluzione del trattamento giusto ed equo è la determinazione di quali condotte statali rientrino nel suo ambito applicativo. Occorre, infatti, chiedersi se la tutela dell'affidamento consenta di considerare ogni tipo di violazione degli impegni assunti con l'investitore, anche quelle aventi mero carattere contrattuale, un atto illecito sul piano internazionale o se, al contrario, la tutela debba intendersi limitata alle violazioni derivanti da attività *iure imperii* poste in essere dalle autorità nazionali. Ad oggi, la questione

²⁴⁴ Basti pensare che in tutti i casi "argentini" decisi nel merito fino ad oggi (CMS, LG&E e Enron), i tribunali ICSID hanno ritenuto le misure di emergenza contrarie al legittimo affidamento degli investitore e, dunque, vietate ai sensi dell'obbligo di trattamento giusto ed equo

²⁴⁵ Sul punto si veda il Capitolo I

²⁴⁶ L'espressione è comunemente utilizzata in dottrina per descrivere l'effetto delle *umbrella clauses* sugli obblighi di natura contrattuale. Per tutti, SINCLAIR A., *The Origins of the Umbrella Clauses in the International Law of Investment Protection*, in *Arb. Intl.*, 20(4), 2004, 434

²⁴⁷ SCHREUER C., *Fair and Equitable*, *cit.*, 379; DOLZER R., *Fair and Equitable*, *cit.*, 105

²⁴⁸ Sulle *umbrella clauses* si vedano le considerazioni già svolte nel Capitolo I e dottrina ivi citata

non è ancora stata affrontata in alcuna decisione arbitrale, ma era già stata analizzata in riferimento ad altre situazioni alle quali è, dunque, necessario fare riferimento.

In prima battuta, la questione era stata affrontata in riferimento alla possibilità di considerare una violazione del contratto di investimento un atto rilevante ai sensi della disciplina internazionale in materia di espropriazione. Da una parte, vi era chi sosteneva che questo tipo di condotta, riguardando un atto di diritto interno, non potesse considerarsi rilevante sul piano internazionale. Viceversa, la dottrina più favorevole alla posizione degli investitori riteneva che ogni tipo di violazione di un obbligo derivante da un contratto di investimento implicasse la responsabilità internazionale dello Stato, essendo questo un atto di diritto internazionale a tutti gli effetti²⁴⁹. Lo sviluppo della prassi ha portato al consolidamento di una soluzione intermedia che oggi può ritenersi avere acquisito natura consuetudinaria. Secondo tale impostazione, perché una violazione del contratto di investimento possa considerarsi un atto di espropriazione è necessario che sia particolarmente grave, non rispetti le condizioni poste dal diritto internazionale generale²⁵⁰ e derivi dall'esercizio di poteri sovrani²⁵¹. Il diritto internazionale generale esclude, dunque, l'applicabilità delle disposizioni internazionali in materia di espropriazione nel caso in cui lo Stato agisca semplicemente in qualità di soggetto parte di un rapporto commerciale.

Inoltre, il problema della responsabilità internazionale dello Stato per violazione di impegni assunti in relazione all'investimento è stato affrontato anche in riferimento alle *umbrella clauses*. Sul punto, dottrina e giurisprudenza appaiono ancora profondamente divise²⁵², tanto da rendere estremamente problematico ogni tentativo di giungere ad una soluzione definitiva. Parte della dottrina ritiene,

²⁴⁹ Per una ricostruzione più approfondita del dibattito e per la bibliografia rilevante si veda il Capitolo I

²⁵⁰ Vale a dire non persegua un interesse generale, sia discriminatoria e non preveda un'indennizzo a favore della controparte

²⁵¹ In questo senso, per tutti, si vedano le considerazioni di SCHWEBEL S.M., *On Whether the Breach by a State of a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*, in Id., *Justice in International Law*, Cambridge, 1994, 431-432, il quale osserva che “[...] the breach of [...] a contract by a State in ordinary commercial intercourse is not, in the predominant view, a violation of international law, but the use of the sovereign authority of a State [...] to abrogate or violate a contract with an alien, is a violation of international law”. Tale impostazione è stata accolta nei casi *Azurix, cit.*, para. 314 e *Noble Ventures Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award of 12 October 2005, para. 53

²⁵² Per una presentazione del dibattito e relativi riferimenti bibliografici si veda supra capitolo I.

infatti, che l'inclusione di tali clausole miri proprio ad estendere la tutela oltre a quanto previsto dal diritto consuetudinario, imponendo, perciò, di considerare ogni violazione degli obblighi assunti attraverso la stipula del contratto di investimento come un fattore in grado di far scattare la responsabilità internazionale dello Stato. Un'interpretazione di segno diverso, continuano questi autori, priverebbe queste clausole di ogni effetto utile, lasciando l'investitore nella stessa posizione in cui si trova in base al diritto consuetudinario.

Viceversa, altra parte della dottrina ritiene che le *umbrella clauses* operino solo rispetto a gravi interferenze derivanti da atti posti in essere dalle autorità nazionali nell'esercizio di potestà di imperio, escludendo dal novero le questioni aventi mero carattere commerciale. Tale ultima impostazione, più rispettosa dell'autonomia normativa statale e sostanzialmente analoga a quanto previsto dal diritto consuetudinario, gode di maggior seguito nella prassi arbitrale, soprattutto per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali. Nel caso *CMS*, ad esempio, il tribunale ha inteso rimarcare che le violazioni avente mero carattere contrattuale non trovino sanzione sul piano internazionale, limitando, perciò, la portata delle *umbrella clauses* ai soli casi di esercizio di poteri sovrani da parte dello Stato²⁵³.

Da ultimo, la questione è stata affrontata, soprattutto in ambito NAFTA²⁵⁴, anche rispetto al trattamento giusto ed equo, sebbene non facendo riferimento al principio del legittimo affidamento²⁵⁵. Le soluzioni proposte, per quanto non sempre articolate in modo chiaro, sembrano riproporre la stessa cautela che informa il diritto consuetudinario. Il punto è stato affrontato in modo specifico nel caso *Waste Management*, dove è stato chiarito che “even the persistent non-payment of debts by a municipality is not to be equated with a violation of Article

²⁵³ Caso *CMS*, *cit.*, para. 299: “[p]urely commercial aspects of a contract might not be protected by the Treaty [...], but the protection is likely to be available when there is significant interference by governments or public agencies with the rights of the investor”. Il punto è stato confermato dalla recente pronuncia del Comitato ad hoc, il quale ha, però, annullato la parte del lodo in materia di *umbrella clause*, in quanto la decisione impugnata ha esteso la tutela della clausola anche all'impresa ricorrente, sebbene quest'ultima, detenendo solo una quota di minoranza, non era parte del contratto concluso dall'Argentina con la concessionaria (*CMS Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the *Ad Hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic of 25 September 2007, paras. 95-97)

²⁵⁴ Caso *Mondev*, *cit.*, para. 134

²⁵⁵ Sul punto SCHREUER C., *Fair and Equitable*, *cit.*, 379-380;

1105(1), provided that it does not amount to an *outright and unjustified repudiation* of the transaction [...]”²⁵⁶.

Alla luce di quanto precede, si ritiene che anche in questo ambito sia preferibile adottare la soluzione più restrittiva, limitando l’utilizzo del principio del legittimo affidamento ai soli casi in cui la violazione del contratto di investimento siagrave e derivi dall’esercizio di poteri sovrani. Prima di tutto, la tutela del legittimo affidamento costituisce una componente del trattamento giusto ed equo, un ambito nel quale rilevano solo le violazioni “qualificate”. Non vi è alcuna ragione che porta a sostenere che l’inclusione dell’istituto in esame abbia comportato l’ampliamento dell’ambito di tutela di tale standard anche sotto questo punto di vista.

Inoltre, la soluzione proposta risulta conforme alla *ratio* stessa del legittimo affidamento, essendo questo un istituto che intende limitare l’abuso delle loro prerogative sovrane da parte delle autorità pubbliche nei rapporti con i soggetti privati²⁵⁷. Proprio in riferimento a questo tipo di funzione, la *legitimate expectation doctrine* è stata efficacemente descritta come uno strumento essenziale “[...] to redress the inequality of power between the citizen and the State”²⁵⁸. L’eventuale estensione dell’ambito applicativo anche a violazioni di minore intensità o aventi carattere meramente contrattuale non risponderebbe alle finalità dello strumento e, si ritiene, perciò, debba essere rigettata.

6.3 Condizioni per la legittimità dell’affidamento: b) il comportamento dell’investitore

La legittimità dell’affidamento dipende anche da fattori legati al comportamento della parte privata. Fino ad oggi, questa dimensione ha ricevuto un’attenzione relativamente limitata nella giurisprudenza arbitrale internazionale, a differenza di quanto avviene in alcuni ordinamenti nazionali e, soprattutto, in quello comunitario.

Considerare il comportamento dell’investitore un elemento rilevante per la valutazione della legittimità delle sue aspettative appare una scelta condivisibile, nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra le posizioni delle parti. Il criterio

²⁵⁶ Caso *Waste Management, cit.*, para. 115 (corsivo aggiunto)

²⁵⁷ Sul punto si vedano le considerazioni svolte *supra*

²⁵⁸ ELLIOTT M., *op. cit.*, 421

decisivo a questo proposito è la ragionevolezza dell'affidamento, considerata un requisito indispensabile per la legittimità dello stesso²⁵⁹ e generalmente valutata facendo riferimento alla prevedibilità del mutamento normativo, alle condizioni economiche e alla correttezza del comportamento del privato.

i) Ragionevolezza dell'affidamento e prevedibilità dell'intervento statale

Per quanto riguarda la dimensione giuridica, l'aspetto principale da considerare è la prevedibilità dell'intervento statale. Si deve, infatti, escludere che il privato possa legittimamente invocare la violazione del proprio affidamento nel caso in cui la modifica del quadro normativo costituisca semplicemente la prevedibile evoluzione dello stesso.

Tale aspetto è stato sempre attentamente valutato da parte della Corte europea di giustizia, la quale ha costantemente escluso la legittimità dell'affidamento in queste circostanze, facendo riferimento alla teoria del *cd. prudent trader*²⁶⁰. Nel caso *Van den Bergh*, ad esempio, è stato ritenuto infondato il ricorso da parte di alcuni produttori contro uno schema comunitario per la riduzione degli eccessi produttivi di burro poiché “the possibility could not be excluded that a further Christmas butter scheme could be operated and a prudent and discriminating trader ought to have taken the possibility into account”²⁶¹.

La medesima impostazione è stata adottata anche nel sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, come dimostra il caso *Zielinski*, nel quale la Corte ha sancito la legittimità dell'affidamento in ragione del fatto che “the intervention of the legislature was [not] foreseeable”²⁶².

²⁵⁹ Si veda, in particolare, STEELE I., *op. cit.*, 305-308 e SALES P., STEYN K., *op. cit.*, 566 i quali affermano che “[a]n expectation must be reasonable in order to qualify as legitimate, since the doctrine operates so as to maintain a fair and reasonable balance between the public and private interests at stake”

²⁶⁰ In argomento CRAIG P.P., *EU Administrative Law, cit.*, 631-633, il quale osserva come l'interpretazione rigorosa di tale teoria abbia portato al rigetto di numerosi ricorsi fondati sulla violazione del legittimo affidamento soprattutto nelle materie nelle quali vi sia una politica comune. Sul punto TRIDIMAS T., *op. cit.*, 2006, 265-266; TEMPLE LANG J., *op. cit.*, 173. Per una critica dell'approccio rigoroso della Corte a tale proposito SCHØNBERG S., *op. cit.*, 128

²⁶¹ C-265/85, 11 marzo 1987, *Van den Bergh en Jurgens e al. c. Commissione*, in Racc. 1987, 1155, para. 45. In senso conforme C- 342/03, 10 marzo 2005, *Spagna c. Consiglio*, in Racc. 2005, I-1975; C-350/88, 14 febbraio 1990, *Delacre c. Commissione*, in Racc. 1990, I-395; C-78/77, 1 febbraio 1978, *Luhrs*, in Racc. 1978, 169

²⁶² *Zielinski and Pradal and Gonzalez v. France*, 28 October 1999, ECHR 1999-VII, para. 59. In senso analogo *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, ECHR 1997-VII, para. 110-112

Per quanto riguarda il sistema internazionale degli investimenti esteri, l'impostazione ha trovato accoglimento in ambito NAFTA e, in particolare nel caso *Methanex*. La controversia era sorta in seguito all'adozione di una legge con la quale la California intendeva mettere al bando i carburanti contenenti additivi a base di metanolo. La Methanex, società canadese che aveva aperto un proprio stabilimento nello Stato americano per la produzione di metanolo, si era rivolta ad un tribunale arbitrale internazionale sostenendo che le misure adottate fossero, *inter alia*, contrarie all'obbligo di trattamento giusto ed equo. Il Tribunale ha, però, rigettato il ricorso, rilevando che “[...] it was widely known, if not notorious, that governmental environmental and health protection institutions at the federal and state level [...] continuously monitored the use and impact of chemical compounds for environmental and/or health reasons”²⁶³. Il lodo *Methanex* evidenzia, perciò, lo stretto legame tra tutela della stabilità e prevedibilità del cambiamento, la quale deve essere dedotta in riferimento alla situazione normativa esistente al momento in cui l'investimento era stato intrapreso. A tale riguardo, si osserva che “[t]he pre-investment legal order forms the framework for the positive reach of the expectation which will be protected [...]”²⁶⁴

La decisione introduce, inoltre, una sorta di presunzione di illegittimità dell'affidamento nei casi in cui l'investitore abbia deciso di investire in settori fortemente regolati²⁶⁵. Questo tipo di scelta implica, infatti, l'accettazione da parte dell'investitore del carattere intrinsecamente evolutivo di un quadro normativo che dovrà necessariamente essere adattato alle mutevoli esigenze della società. L'elevata prevedibilità di successivi interventi dell'autorità pubblica riduce la possibilità per l'investitore di invocare la violazione di aspettative legittime. In queste circostanze, la presenza di un impianto regolamentare molto dettagliato può, dunque, considerarsi un elemento potenzialmente favorevole per la posizione dello Stato, consentendo di riconoscere uno spazio discrezionale maggiore a favore delle autorità pubbliche.

²⁶³ *Methanex v. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA) Case, Final Award on Jurisdiction and Merits of 3 August 2005, Part IV, Ch D, 5, para. 10

²⁶⁴ DOLZER R., *Fair and Equitable*, cit., 103

²⁶⁵ MUCHLINSKI P., *'Caveat Investor'?*, cit., 546

Nonostante i servizi pubblici infrastrutturali costituiscano uno dei settori economici a più alta intensità di regolazione, l'aspetto in esame non è mai stato considerato nelle controversie in materia. Questo perché, prima di tutto, tale elemento è rilevante solo nei casi di ordinaria evoluzione del sistema normativo e non quando l'intervento statale comporti il completo stravolgimento del quadro normativo precedente. Inoltre, la possibilità di fare riferimento alla prevedibilità del cambiamento per contrastare la legittimità dell'affidamento è esclusa nel caso in cui, come sottolineato anche in *Methanex*, lo Stato abbia accettato "specific stabilization commitments". La presenza di impegni specifici di stabilizzazione supera la presunzione di illegittimità dell'affidamento, facendo venir meno la prevedibilità del cambiamento. Tale considerazione costituisce un corollario della regola secondo la quale la legittimità delle aspettative è rafforzata se queste derivano da impegni formali specificamente assunti dallo Stato nei confronti dell'investitore²⁶⁶.

ii) La ragionevolezza dell'affidamento alla luce delle prevalenti condizioni economiche

La ragionevolezza dell'affidamento deve essere valutata anche in rapporto alle condizioni economiche nelle quali è maturato. L'investitore, non può, infatti, invocare la violazione delle proprie aspettative quando gli effetti negativi subiti dall'investimento derivino dalla concretizzazione dei rischi tipici del settore nel quale si svolge l'attività imprenditoriale²⁶⁷. Il riferimento a questo aspetto mira al riequilibrio delle posizioni delle parti, impedendo all'investitore di utilizzare l'istituto in esame per rimediare a scelte strategiche poco ponderate o a valutazioni economiche eccessivamente ottimistiche²⁶⁸.

Un'interpretazione rigorosa di tale elemento potrebbe ridurre in modo sensibile il novero delle aspettative legittime, soprattutto per quanto riguarda gli investimenti in settori ad alto rischio. L'analisi della giurisprudenza arbitrale porta, però, ad escludere tale rischio, almeno per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali.

²⁶⁶ Sul punto si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo precedente

²⁶⁷ In argomento MUCHLINSKI P. 'Caveat Investor'?, *cit.*, 542-547

²⁶⁸ In *Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award of 26 July 2001, para. 65(b) il Tribunale ha rigettato il ricorso statuendo che "[...] it is not reasonable for [Mr. Olguin] to seek compensation for the losses he suffered on making a speculative or, at best, not very prudent, investment". In senso analogo *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of 11 September 2007, para. 336

Nella maggior parte dei casi nei quali la questione è stata affrontata, i tribunali si sono limitati a menzionare la necessità di prendere in considerazione questo elemento, senza, però, analizzarlo in modo soddisfacente²⁶⁹. In *CMS*, ad esempio, il Tribunale ha prima ammesso che parte delle perdite economiche subite dall'investitore dovevano considerarsi “[...] to some extent attributed to the business risk the Claimant took on [...]”²⁷⁰, salvo rifiutare di riconoscere alcuna rilevanza a tale circostanza nella determinazione della legittimità delle aspettative dell'impresa statunitense. Analogamente, in *LG&E* al riconoscimento che “[...] the investor's fair expectations cannot fail to consider parameters such as business risk [...]”²⁷¹ non ha fatto seguito l'effettiva valutazione di tale elemento da parte del Tribunale. In tutti questi casi, la presenza di impegni specifici di stabilizzazione è stato ritenuto un elemento che legittimava le aspettative dell'investitore, posto che, come affermato in *Enron*, “guarantees and stability are meant precisely to operate when problems arise, not when business continues as usual”²⁷².

Nonostante l'osservazione possa essere condivisa, è, comunque, necessario sottolineare il rischio che la mancata valutazione delle condizioni economiche comporti un ampliamento eccessivo della portata protettiva del legittimo affidamento. Come riconosciuto anche dal lodo *CMS* un approccio di questo tipo, se inteso in modo assoluto, farebbe sì che “[...] both parties would not be sharing some of the costs of the crisis in a reasonable manner and the decision could eventually amount to an insurance policy against business risk [...]”²⁷³. Un risultato simile andrebbe chiaramente oltre l'obiettivo del sistema, rappresentando un'indebita costrizione della sovranità statale. Per quanto riguarda la dimensione economica, è, dunque, necessaria una maggiore cautela nella valutazione della ragionevolezza dell'affidamento, per evitare che la tutela delle aspettative dell'operatore privato possa tradursi nell'imposizione di un obbligo per lo Stato di

²⁶⁹ Diversamente da quanto avvenuto in riferimento a controversie relative ad altri settori economici. Si veda, ad esempio *Emilio Augusto Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of 13 November 2001, para. 64

²⁷⁰ Caso *CMS*, *cit.*, para. 248

²⁷¹ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 130

²⁷² Caso *Enron*, *cit.*, para. 43

²⁷³ Caso *CMS*, *cit.*, para. 248

compensare anche gli effetti negativi derivanti da scelte imprenditoriali poco accorte.

iii) Ragionevolezza dell'affidamento e correttezza del comportamento dell'investitore

La tutela giuridica dell'affidamento è esclusa, per illegittimità dello stesso, nel caso in cui questo derivi, o sia viziato, da un comportamento scorretto del soggetto che la invoca. Il principio pone una serie di obblighi in capo al privato, tra i quali meritano particolare attenzione il divieto di utilizzare mezzi fraudolenti o non trasparenti nei propri rapporti con l'autorità pubblica e, più in generale, il dovere di comportarsi secondo parametri di correttezza e buona fede.

L'insanabile contrasto tra legittimo affidamento e comportamento scorretto del privato è stato espressamente riconosciuto in tutti gli ambiti giuridici nei quali ha trovato accoglimento l'istituto in esame. La dottrina inglese, ad esempio, ritiene che dall'analisi della giurisprudenza emerga con chiarezza che "[t]he applicant must not have obtained the representation by fraud and indeed must have made full disclosure of all relevant information"²⁷⁴.

Ai fini della presente analisi, bisogna rimarcare come la Corte di giustizia europea abbia costantemente escluso la possibilità di tutelare aspettative fondate su promesse ottenute attraverso dichiarazioni false o incomplete da parte del soggetto privato²⁷⁵. Nel caso *Kol*, ad esempio, è stato ritenuto che la falsità delle dichiarazioni rilasciate per l'ottenimento del permesso di soggiorno impedisse al lavoratore straniero di invocare l'affidamento creato dalle disposizioni comunitarie in materia di libera circolazione dei lavoratori²⁷⁶. Inoltre, conclusioni analoghe sono state adottate anche nei casi in cui il comportamento scorretto o illecito non costituisca uno dei fattori che hanno fatto sorgere l'affidamento. Si tratta, in particolare, delle ipotesi nelle quali l'operatore privato non abbia rispettato gli obblighi derivanti dalla legislazione di settore, un elemento che, secondo la giurisprudenza della Corte, impedisce allo stesso di poter invocare la

²⁷⁴ STEELE I., *op. cit.*, 306. La rilevanza del comportamento del privato nella determinazione della legittimità delle sue aspettative è accettata anche nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia, sul punto POPELIER P., *op. cit.*, 18-19

²⁷⁵ JANS J.H. et al., *op. cit.*, 168 osservano che "[a] factor that is relevant when determining whether or not an expectation is legitimate is the *good faith* of the person concerned" (corsivo nell'originale)

²⁷⁶ C-285/95, 5 giugno 1997, *Kol c. Land Berlin*, in Racc. 1997, I-3069, para. 28

tutela derivante da un istituto che si fonda sul principio di correttezza. Tale impostazione ha trovato applicazione, ad esempio, nel caso *Sideradria*²⁷⁷ e, più di recente, nel caso *ThyssenKrupp*²⁷⁸, dove la Corte ha ribadito che: “il principio della tutela del legittimo affidamento non può essere invocato da un soggetto che abbia commesso una violazione manifesta della normativa vigente”.

Alla luce della chiarezza di tali affermazioni, sorprende la scelta dei tribunali arbitrali internazionali di non affrontare questo aspetto nella valutazione della legittimità dell'affidamento in materia di investimenti infrastrutturali, un ambito nel quale esso appare potenzialmente molto rilevante. Tale situazione non rappresenta un'eccezione nel sistema internazionale di tutela, posto che, in generale, gli esempi nei quali la scorrettezza del comportamento dell'investitore è stata considerata un elemento rilevante per rigettare il ricorso da parte degli investitori stranieri sono molto limitati.

Tuttavia, parte della dottrina²⁷⁹ sostiene che la correttezza della condotta della parte privata possa considerarsi un elemento rilevante per la definizione del trattamento giusto ed equo e, più in particolare, per la determinazione della legittimità delle aspettative degli investitori esteri nei confronti delle modifiche normative imposte dalle autorità nazionali²⁸⁰. Questi autori sottolineano, infatti, che l'equità della condotta statale non può che essere valutata prendendo in considerazione anche il comportamento dell'investitore²⁸¹. La necessità di adottare un approccio che sappia trovare un punto di equilibrio tra le posizioni delle parti impone l'esame della correttezza di entrambe le condotte, e non solo di quella dello Stato ospite. Questo tipo di impostazione è rilevante soprattutto rispetto alla tutela dell'affidamento quale elemento del trattamento giusto ed equo²⁸², posto che, come sottolineato dalla House of Lords, “[t]he doctrine of legitimate expectation is rooted in fairness. But fairness is not a one-way street. It imports

²⁷⁷ C-67/84, 12 dicembre 1985, *Sideradria Spa c. Commissione*, in Racc. 1985, 3983, para. 21

²⁷⁸ C-65/02 e 73/02, 14 luglio 2005, *ThyssenKrupp Stainless GmbH e al. c. Commissione*, in Racc. 2005, I-6773, paras. 40-41. In senso conforme C-96/89, 16 maggio 1991, *Commissione c. Paesi Bassi*, in Racc. 1991, I-2461, para. 30;

²⁷⁹ MUCHLINSKI P., ‘*Caveat Investor*’?, *cit.*, 536-542

²⁸⁰ FIETTA S., *Expropriation*, *cit.*, 393

²⁸¹ MUCHLINSKI P., ‘*Caveat Investor*’?, *cit.*, 534

²⁸² In questo senso FIETTA S., *International Thunderbird Gaming Corporation*, *cit.*, 3

the notion of equitableness, of fair and open dealing, to which the authority is as much entitled as the citizen.”²⁸³

Nel diritto internazionale degli investimenti, il tema è stato considerato solo in un caso nel quale la scorrettezza della condotta statale aveva inciso direttamente sulla creazione dell'affidamento. La controversia in questione riguardava gli investimenti di un'impresa statunitense, la Thunderbird, nel settore dei giochi d'azzardo in Messico e, in particolare, la chiusura di alcuni suoi casinò intervenuta successivamente ad una modifica della legislazione nazionale in materia. L'investitore sosteneva che tale intervento costituisse una violazione delle sue aspettative legittime, essendo contraria ad un documento (*Oficio*) rilasciato dietro sua specifica richiesta e con il quale le autorità messicane attestavano la conformità delle macchine installate con i requisiti di legge. Il Tribunale ha, però, ritenuto che l'affidamento non potesse ritenersi ragionevole, poiché la richiesta dell'investitore si fondava su dichiarazioni incomplete o, quanto meno, inaccurate²⁸⁴. Sebbene fino ad oggi manchi una pronuncia sul punto in materia di investimenti infrastrutturali, il ragionamento sembra, almeno *prima facie*, rilevante anche in questo ambito.

iv) Comportamento scorretto dell'investitore e legittimità dell'intervento statale

Si discute se questo tipo di ragionamento possa essere applicato anche nei casi in cui la modifica del quadro regolamentare costituisca la risposta delle autorità statali ad un comportamento scorretto da parte dell'investitore, impedendo, dunque, a quest'ultimo di poter invocare la tutela di un suo legittimo affidamento. La questione è stata esplicitamente sollevata in una controversia che riguarda la privatizzazione del sistema di distribuzione idrica nella città di Dar es Salaam e che risulta attualmente pendente di fronte ad un tribunale ICSID²⁸⁵. Nel documento presentato da alcune ONG in veste di *amici curiae*²⁸⁶, si sostiene che la

²⁸³ *R. v. Inland Revenue Commissioner ex p. MFK Underwriting Agents Ltd*, 1990, WLR, 1, 1545, 1569-1570, per Lord Bingham

²⁸⁴ Caso *Thunderbird*, *cit.*, paras. 149-155

²⁸⁵ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, registered on 2 November 2005

²⁸⁶ *Amicus Curiae Submission in Case No ARB/05/22 before the International Centre for the Settlement of Investment Disputes between Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, 26 May 2006, paras. 34 e 100-101. La possibilità di presentare questa *submission* è

revoca del contratto di concessione da parte del governo tanzaniano non costituisca una violazione delle aspettative dell'investitore e, perciò, non possa ritenersi contrario all'obbligo di trattamento giusto ed equo, in ragione dell'iniquità del comportamento della concessionaria.

In particolare, l'aspetto sul quale si concentra l'attenzione è la presentazione da parte della multinazionale britannica di un'offerta irrealisticamente bassa con l'intenzione di richiedere una revisione dei termini del contratto non appena ottenuta la concessione. Secondo queste ONG, tale comportamento, definito "strategic, opportunistic and aggressive bidding"²⁸⁷, costituisce un atteggiamento poco trasparente, o addirittura fraudolento, che impedirebbe di riconoscere la ragionevolezza e la legittimità delle doglianze mosse contro la scelta dello Stato di porre termine al contratto. La possibilità di considerare queste pratiche tra le ipotesi che giustificano il riconoscimento di uno spazio discrezionale più ampio alle autorità nazionali nell'adozione di misure di regolazione si fonda sul parallelismo con quanto avviene nei casi di corruzione²⁸⁸. Tuttavia, è stato giustamente osservato che in quest'ultima circostanza la situazione appare meglio definita sul piano internazionale, stante la presenza di specifiche disposizioni convenzionali che consentono, ponendo addirittura un obbligo in tal senso, allo Stato di non riconoscere la validità dei contratti conclusi da propri funzionari corrotti²⁸⁹.

stata concessa dal Tribunale (Procedural Order no. 5 of 2 February 2007) dopo una lunga controversia tra l'investitore e lo Stato sul carattere confidenziale del procedimento

²⁸⁷ *Biwater Gauff Amicus Curiae*, cit., para. 83. In dettaglio su questa strategia negoziale seguita soprattutto nell'ambito di grossi progetti infrastrutturali si veda GUASCH J.L., STRAUB S., *Renegotiation of Infrastructure Concessions: An Overview*, in Ann. Publ. & Coop. Econ., 77(4), December 2006, 484; GUASCH J.L., *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*, Washington, 2004, 44-48

²⁸⁸ Il parallelismo è proposto in *Amicus Curiae Biwater*, cit., paras. 79-83

²⁸⁹ WÄLDE T., DOW S., *Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investment*, in Journ. World Trade, 34(2), 2000, 28 sottolineano che "[...] breach of mandatory rules on acquisition (e.g. prescription of tendering) sometimes (the situation here is more difficult than for the case of corruption) can result in invalidation of the acquisition of right, but otherwise in weakening rights with respect to renegotiation." Sulle norme internazionali contro la corruzione si veda, per tutti, SACERDOTI G., *The 1997 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions: An Example of Piece-Meal Regulation of Globalization*, in Ital. Yearb. Intl. L., 9, 1999, 26-49. Si noti che la Section 4.03(a) del Modello contrattuale dell'OPIC prevede che l'assicurazione non opera nei casi in cui la misura statale costituisca una risposta a una "unreasonable action attributable to the investor, including corrupt practices"

Parte della dottrina²⁹⁰ ritiene, però, che anche le ipotesi di *aggressive bidding* contrastino con il dovere di buona fede che grava in capo all'investitore come contropartita dell'obbligo di trattamento giusto ed equo cui è tenuto lo Stato²⁹¹ e possano, perciò, essere ricomprese tra le cd. *unconscionable conducts*²⁹².

La prassi arbitrale sembrerebbe confermare tale impostazione: l'esempio più chiaro in questo senso è fornito dal lodo *Azinian*²⁹³. In questo caso, un investitore statunitense aveva ottenuto una concessione per la raccolta dei rifiuti nella città di Naucalpan de Juarez in Messico, presentando alle autorità locali un piano di investimento nel quale dichiarava di essere in possesso delle capacità finanziarie e tecniche necessarie per riutilizzare la spazzatura nella produzione di energia²⁹⁴. Quando era emerso che tali dichiarazioni non avrebbero mai potuto essere realizzate, anche a causa della scelta di uno dei partner di ritirarsi dal progetto, l'Ayuntamiento aveva deciso di cancellare la concessione, senza riconoscere alcun tipo di indennizzo all'investitore. Il Tribunale arbitrale ha rigettato il ricorso dell'investitore, rilevando come il piano presentato fosse "unrealistic" e il suo comportamento complessivo dovesse ritenersi "unconscionable", fattori questi che legittimavano la decisione della autorità messicane di porre termine al contratto²⁹⁵. Nel caso *Inceysa*²⁹⁶, invece, il Tribunale arbitrale ha declinato la propria competenza a decidere la controversia nel merito perché l'investitore, con il solo obiettivo di ottenere la concessione, aveva presentato un'offerta supportata da

²⁹⁰ MUCHLINSKI P., 'Caveat Investor'?, cit., 536 comprende nel novero fattispecie diverse quali l'utilizzo di mezzi fraudolenti, false dichiarazioni, abuso del proprio potere negoziale o atti di corruzione

²⁹¹ *Ibid.*, 532 fa riferimento anche alla massima di *equity* secondo cui "person who come to equity must come with clean hands" per confermare la possibilità di considerare il divieto di comportamenti scorretti per entrambe le parti quale elemento insito nel concetto stesso di "fair and equitable treatment"

²⁹² Si fa riferimento, quanto meno a livello terminologico, all'istituto dell'*unconscionability* del diritto privato anglosassone. In questo ambito il concetto è utilizzato per offrire rimedio al contraente più debole nel caso di contratto concluso a condizioni inique. In argomento si veda GOODE R., *Commercial Law*, London, 2004, 94

²⁹³ Caso *Azinian*, cit., paras. 106-110

²⁹⁴ L'offerta faceva riferimento alla possibilità di "to enter into a power agreement with the electric company for 15 years and to build a power plant that will use methane gas from the sanitary landfills of Rincon Verde and Corral del Indio in Naucalpan, with an estimated generation of 210 megawatts, using bio-gas and some natural gas."

²⁹⁵ Caso *Azinian*, cit., para. 108 osserva che "[t]he Claimants obviously cannot legitimately defend themselves by saying that the Ayuntamiento should not have believed statements that were so unreasonably optimistic as to be fraudulent".

²⁹⁶ *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award of 2 August 2006

false dichiarazioni circa la sua capacità tecnica e finanziaria di portare a termine l'investimento.

La decisione di considerare l'iniquità del comportamento dell'investitore durante la fase di presentazione delle offerte un elemento in grado di giustificare la modifica del quadro normativo dello Stato, senza che questo faccia sorgere alcun obbligo di risarcimento nei confronti dell'investitore estero, contribuisce ad un miglior bilanciamento della posizione delle parti. Questo perché il carattere iniquo dell'offerta presentata dall'investitore esenta lo Stato dal dover difendere la propria decisione di modificare l'impianto normativo che regola l'investimento. L'investitore non avrà, infatti, alcun titolo a sostenere che questo abbia comportato la violazione del suo legittimo affidamento e che, quindi, l'intervento statale possa ritenersi contrario all'obbligo di trattamento giusto ed equo.

Inoltre, il definitivo accoglimento di una simile impostazione da parte dei tribunali arbitrali è auspicabile per un altro ordine di motivi. Nei servizi pubblici infrastrutturali, infatti, l'ottenimento della concessione attraverso offerte irrealistiche costituisce una pratica piuttosto diffusa. L'atteggiamento, oltre a danneggiare in modo spesso irrimediabile i rapporti tra le parti, ha effetti negativi anche sulla condizione degli utenti, i quali sono costretti a sopportare le conseguenze di strategie non adeguate per soddisfare le loro esigenze. Nella quasi totalità dei casi, infatti, il riallineamento dell'offerta con la realtà economica avviene attraverso l'aumento delle tariffe e la riduzione degli investimenti per il mantenimento e il miglioramento della rete²⁹⁷. Un maggiore rigore da parte degli arbitri nei confronti di questo tipo di pratiche potrebbe costituire un potente freno al loro dilagare, con conseguenze positive anche sotto questo punto di vista.

²⁹⁷ La strategia è stata seguita dalla Biwater anche in altre circostanze: dopo aver ottenuto nel 1999 una concessione della durata di 30 anni per la distribuzione di acqua nella regione di Nespruit (Sud Africa), già nel 2003 aveva minacciato di abbandonare il progetto se non le fosse stato riconosciuta la possibilità di rivedere i termini del contratto, ottenendo nel 2005 il benestare delle autorità locali per un aumento delle tariffe pari al 15% di quanto previsto nel contratto originario. Sulla vicenda si veda BROWN J., *Water Service Subsidies and the Poor: a Case Study of Greater Nelspruit Utility Company. Mbombela Municipality, South Africa*, Center on Regulation and Competition, Institute for Development Policy and Management, University of Manchester, Working Paper Series, Paper No. 112, 2005

6.4 Il rapporto tra legittimo affidamento e interesse pubblico

L'istituto del legittimo affidamento limita la discrezionalità di intervento da parte delle autorità pubbliche nel perseguimento di interessi aventi carattere generale. La sua applicazione impone, perciò, la ponderazione delle ragioni che giustificano la tutela delle aspettative private con l'importanza dell'interesse pubblico perseguito dallo Stato attraverso l'esercizio dei suoi poteri sovrani. Questo tipo di esercizio serve ad evitare che la tutela del legittimo affidamento, e, più in generale, l'obbligo di trattamento giusto ed equo, si traducano in un'indebita costrizione della sovranità statale, impedendo la modifica del quadro normativo interno per il soddisfacimento delle mutevoli esigenze del corpo sociale.

i) Irrilevanza dell'interesse pubblico nel sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri

La possibilità che la tutela del legittimo affidamento possa essere sacrificata in presenza di un interesse pubblico prevalente costituisce un principio riconosciuto in tutti gli ordinamenti nei quali l'istituto in esame ha trovato accoglimento²⁹⁸.

L'affermazione può essere confermata semplicemente facendo riferimento alla giurisprudenza delle corti inglesi, della Corte europea di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo²⁹⁹. In tutti questi ambiti, infatti, la legittimità delle aspettative non comporta necessariamente la loro tutela in concreto, essendo questa subordinata alla mancata dimostrazione da parte delle autorità pubbliche dell'esistenza di un interesse pubblico in grado di giustificare la loro violazione.

Una diversa impostazione caratterizza, invece, il sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri. Gli arbitri internazionali tendono, infatti, a concentrare la propria attenzione esclusivamente sul primo elemento, vale a dire la violazione di aspettative private in seguito alla modifica del quadro normativo, trascurando la valutazione delle ragioni che hanno portato a tale cambiamento.

Dal punto di vista metodologico, l'impostazione si fonda sul presupposto che la valutazione della conformità dell'azione statale con gli standard di trattamento

²⁹⁸ A questo proposito WADE W., FORSYTH C., *Administrative Law*, 8th ed., Oxford, 2000, 242 osservano che la tutela del legittimo affidamento "must give way where [its] application becomes incompatible with the free and proper exercise of an authority's powers or the due performance of its duties in the public interest"

²⁹⁹ In argomento si vedano, rispettivamente, le rassegne di CLAYTON R., *op. cit.*, 98-102; CRAIG P.P., *EU Administrative Law*, *cit.*, 649-652; PAPADOPOULOU R-E., *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruxelles, 1996, 229-242 e POPELIER P., *op. cit.*, 19-20

internazionale debba avvenire esclusivamente in riferimento agli elementi di natura oggettiva, non potendosi riconoscere alcuna rilevanza agli aspetti di carattere soggettivo, quale l'intenzione dello Stato. La scelta di negare ogni tipo di rilevanza alle intenzioni dello Stato sembra perfettamente in linea con il regime oggettivo di responsabilità del diritto internazionale³⁰⁰. Come confermato anche da una lettura *a contrario* dell'articolo 2 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati elaborato dalla Commissione di diritto internazionale nel 2001³⁰¹, la qualificazione di una condotta come internazionalmente illecita e, dunque, fonte di responsabilità, prescinde dalla valutazione dell'elemento psicologico, fatto salvo il caso in cui il requisito non sia espressamente previsto dalla norma primaria violata³⁰². A tale proposito è stato autorevolmente osservato che “[i]n the absence of any specific requirement of a mental element in the primary obligation, it is only the act of the State that matters independently of any intention”³⁰³

L'irrilevanza dell'elemento soggettivo determina, dunque, la mancata valutazione dei motivi che hanno indotto lo Stato a modificare il quadro normativo o, in altre parole, della sussistenza e dell'importanza dell'interesse pubblico perseguito dalla misura statale contestata. Questo tipo di approccio non costituisce una novità nel diritto internazionale degli investimenti, rappresentando, infatti, un caposaldo della giurisprudenza arbitrale in materia di espropriazione sia per quanto riguarda i casi più risalenti sia, più di recente, in relazione alle nuove forme di espropriazione. In tale ambito, nonostante l'esistenza di un interesse pubblico sia considerato un requisito avente natura consuetudinaria, la tendenza prevalente nella prassi internazionale è stata quella di lasciare tale valutazione, in via quasi

³⁰⁰ Sul punto, per limitarsi alla manualistica italiana, si vedano le considerazioni di FUMAGALLI L., *Illecito e responsabilità*, in CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, 289-290; CASSESE A., *Diritto internazionale* (a cura di Gaeta P.), Bologna, 2006, 345; TREVES T., *Diritto internazionale, cit.*, 480-481

³⁰¹ L'art. 2 del *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Report of the ILC on the Work of its Fifty-third Session, UN GAOR, 56th Sess, Supp No 10, p 43, UN Doc A/56/10 (2001) prevede che : “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: a) is attributable to a State under international law; and b) constitutes a breach of an international obligation of the State.” senza menzionare alcun requisito psicologico

³⁰² Con questo non si vuole affermare che l'elemento psicologico non abbia alcuna rilevanza in materia di responsabilità internazionale. Esso assume importanza rispetto alle circostanze di esclusione dell'illecito, alla determinazione della riparazione dovuta e, da ultimo, al sorgere della responsabilità nelle ipotesi in cui questo diriga, controlli o costringa un altro Stato a commettere un illecito internazionale (artt. 17-18 *ILC Draft Articles, cit.*)

esclusiva, alle autorità statali. Il ruolo degli organi internazionali è stato, e continua ad essere, molto limitato, essendo pochi i casi nei quali la mancanza del requisito sia stata presa esplicitamente contestata³⁰⁴.

L'impostazione potrebbe considerarsi un'applicazione del principio di sussidiarietà, facendo sì che agli Stati venga riconosciuta, in ragione della loro maggiore contiguità alla situazione concreta, una competenza *de facto* esclusiva nella determinazione di cosa debba intendersi per "interesse pubblico" e di quale rilevanza tale elemento venga ad assumere nel caso concreto. In altre parole, il ricorso a tale impostazione costituisce un atto di deferenza nei confronti della posizione dello Stato, al quale è lasciato un ampio margine di apprezzamento in questo senso. Il sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo rappresenta l'ambito nel quale l'impostazione ha trovato la sua elaborazione più completa³⁰⁵ e non sorprende che esso sia stato riproposto anche in materia di tutela dell'affidamento della parte privata in casi relativi al Protocollo 1. La sentenza *Gorraiz Lizarraga*, ad esempio, riconosce che "[u]rban and regional planning policies are, *par excellence*, spheres in which the State intervenes, particularly through control of property in the general or public interest" e che, per tale ragione, "the Court takes the view that the State's margin of appreciation is greater than when exclusively civil rights are at stake."³⁰⁶

ii) Analisi della prassi arbitrale

Per quanto riguarda il legittimo affidamento³⁰⁷, la scelta degli arbitri internazionali di non prendere in considerazione l'interesse pubblico sottostante segue, però,

³⁰³ CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002, 84

³⁰⁴ Il punto sarà ripreso ed analizzato più nel dettaglio nel Capitolo IV

³⁰⁵ DE SALVIA M., *Contrôle européen et principe de subsidiarité : fait-il encore (et toujours) émerger à la "marge d'appréciation"?*, in MAHONEY P (ed.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne: the European perspective: mélanges à la mémoire de/studies in memory of Rolv Ryssdal*, Koln, 2000, 373-385. L'analisi del principio del margine di apprezzamento esula dagli scopi del presente lavoro. Il tema è stato studiato in modo approfondito in dottrina, suscitando un intenso dibattito tra gli autori: sul punto si vedano, tra i molti, ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York, 2002; MACDONALD R.St.J., *Margin of Appreciation*, in MACDONALD R.St.J., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993, 83-124; SAPIENZA R., *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in Riv. dir. int., 3, 1991, 571-614

³⁰⁶ *Gorraiz Lizarraga et al. v. Spain*, 27 April 2004, ECHR 2004-III, para. 70

³⁰⁷ Questa sorta di eterogenesi dei fini sarà analizzata anche rispetto al tema dell'espropriazione regolativa

logiche totalmente diverse rispetto a quanto osservato in precedenza, portando a soluzioni di segno opposto. L'obiettivo, infatti, è il rafforzamento della tutela degli interessi privati anche a discapito della salvaguardia delle competenze sovrane dello Stato. L'applicazione dell'istituto in questo ambito risulta, perciò, sbilanciata a favore della posizione dell'investitore, mancando ogni considerazione degli elementi che potrebbero eventualmente giustificare il sacrificio imposto dallo Stato agli interessi privati.

A differenza di quanto avviene negli altri ordinamenti, gli arbitri internazionali hanno costantemente considerato una modifica del quadro normativo che non tenga fede a precedenti impegni assunti nei confronti dell'investitore una violazione del principio del legittimo affidamento, senza valutare quale fosse l'interesse tutelato attraverso la modifica dell'impianto normativo. Seguendo un approccio rigorosamente oggettivo, la loro attenzione si è concentrata esclusivamente sulla determinazione dell'esistenza di tali impegni e sugli effetti che le successive misure statali hanno avuto sulla posizione dell'investitore o sulla capacità dell'investimento di raggiungere i risultati economici preventivati al momento in cui era stato intrapreso.

Questo tipo di approccio emerge con chiarezza dall'analisi delle decisioni sul merito già adottate nei casi "argentini" riguardanti gli investimenti infrastrutturali. In tutte queste occasioni, i tribunali arbitrali hanno posto grande enfasi sull'esistenza di specifiche garanzie a favore degli investitori stranieri³⁰⁸, sull'importanza che la loro presenza aveva avuto nel convincere gli investitori ad intraprendere l'attività e sugli effetti che la loro revoca aveva avuto sulla consistenza economica degli investimenti, senza prendere in considerazione le ragioni che avevano spinto il governo argentino ad adottare le misure contestate. La decisione *Enron*, ad esempio, sancisce che le misure di emergenza costituiscano una violazione del legittimo affidamento dei ricorrenti, limitandosi ad osservare che "[...] the guarantees of the tariff regime that has seduced so many foreign investors were dismantled. Where there was certainty and stability for investors, doubt and ambiguity are the order of the day. The long-term business outlook enabled by the tariff regime, has been transformed into a day-by-

³⁰⁸ Si veda, ad esempio, l'analisi minuziosa svolta nei casi *LG&E, cit.*, paras. 114-120 e *CMS, cit.*, paras. 127-151

day discussion about what comes next”³⁰⁹ e, perciò, “[e]ven assuming that the Respondent was guided by the best of intentions, which the Tribunal has no reason to doubt, there is an objective breach of the fair and equitable treatment due under the Treaty.”³¹⁰

Questo modo di procedere non incontra, ovviamente, l’approvazione da parte degli Stati, i quali hanno continuamente ribadito la necessità di valutare i motivi che avevano portato alla modifica dell’impianto normativo, confidando nel fatto che tale ampliamento di prospettiva possa giovare alla loro posizione nella controversia. Nel caso *Enron*, ad esempio, l’Argentina ha sottolineato che la valutazione del suo comportamento alla luce dell’obbligo di assicurare la stabilità del quadro normativo dovesse necessariamente tenere conto del fatto che “the measures adopted were eminently reasonable in light of the economic crisis described [...]”³¹¹

Per quanto rileva ai fini del presente lavoro, è indubbio che un simile approccio incida sensibilmente sul rapporto tra gli obblighi derivanti dai trattati in materia di investimenti e la capacità degli Stati di intervenire nel pubblico interesse. L’esclusiva attenzione nei confronti degli effetti della misura statale determina, infatti, uno sbilanciamento a favore di una delle parti, rendendo più difficoltoso per lo Stato la dimostrazione della legittimità del suo intervento.

iii) La mancanza di un test di bilanciamento tra tutela dell’affidamento e salvaguardia dell’interesse pubblico: confronto con l’approccio adottato in altri ordinamenti

La scelta di non procedere alla valutazione dell’interesse pubblico che ha giustificato la modifica del quadro normativo ha fatto sì che nella prassi arbitrale internazionale non sia stato elaborato un test in grado di riconciliare le aspettative private alla stabilità con le esigenze pubbliche di flessibilità. Questa situazione pone, ancora una volta, il sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri in controtendenza rispetto a quanto avviene negli ordinamenti nazionali e internazionali citati in precedenza. Qui, infatti, il problema dell’elaborazione di un approccio metodologico che consenta un equo bilanciamento tra la posizione delle

³⁰⁹ Caso *Enron*, *cit.*, para. 266

³¹⁰ *Ibid.*, para. 267 (corsivo aggiunto)

³¹¹ Caso *Enron*, *cit.*, para. 254

parti è stato affrontato con grande attenzione, portando a soluzioni sostanzialmente simili.

L'elemento che accomuna i diversi ambiti è l'utilizzo di strumenti che mirano a valutare la ragionevolezza e/o la proporzionalità del sacrificio imposto al legittimo affidamento privato rispetto all'importanza dell'interesse pubblico perseguito. In concreto, le diverse tipologie di test possono essere ordinate in base all'intensità del controllo esercitato dai giudici nell'esame delle giustificazioni avanzate dalle autorità pubbliche a difesa del proprio diritto di intervento. Per quanto riguarda l'ordinamento inglese, il caso *Coughlan* pone le varie tipologie su una scala tripartita composta da, partendo dal basso, un test di non manifesta irragionevolezza, uno con il quale le corti sono tenute a valutare "the adequacy of the reasons advanced" e, infine, uno che mira a "weighting the requirements of fairness against any overriding interest"³¹². Nonostante possa apparire eccessivamente semplicistico e scarsamente rispondente ad una realtà decisamente più complessa³¹³, il tentativo effettuato dalla Corte d'appello inglese è interessante ai fini della presente analisi.

I fattori che determinano la scelta tra le diverse tipologie di test sono diversi. Un primo aspetto che viene normalmente preso in considerazione è la natura della misura statale. Quando la modifica riguardi solo misure generali ed astratte, vi è la tendenza da parte delle corti ad adottare un approccio meno rigoroso, limitando l'intensità del proprio scrutinio. Nell'ordinamento inglese, questi casi sono solitamente risolti attraverso l'applicazione del test elaborato nella sentenza *Wednesbury* il quale prevede che il potere giudiziario possa intervenire solo quando la misura adottata da un organo legislativo o esecutivo sia manifestamente irragionevole³¹⁴. Come spiegato nel caso *Begbie*, infatti, "[t]he more the decision challenges in what may inelegantly be called the macro-political field, the less intrusive will be the court's supervision. More than this: [...] changes of policy

³¹² Caso *Coughlan*, *cit.*, para. 56-57. Sul punto SALES P. STEYN K., *op. cit.*, 588-591; CLAYTON C., *op. cit.*, 97-98. CRAIG P.P., *EU Administrative Law*, *cit.*, 650 nota come, invece "The ECJ and the CFI have been rather reluctant to assign a discrete legal label to this exercise. It has therefore been left to commentators to divine the legal test from the courts' reasoning"

³¹³ In questo senso CLAYTON C., *op. cit.*, 98-102

³¹⁴ FORSYTH C., *Wednesbury Protection of Substantive Legitimate Expectation*, in *Publ. L.*, 1997, 381

[...] may more readily be accepted as taking precedence over the interests of groups which enjoyed expectations generated by an earlier policy.”³¹⁵

Analogamente³¹⁶, nell’ordinamento comunitario, è stato notato che la Corte “will be more reluctant to interfere with general changes of policy embodied in the shift from one regulatory scheme to another [...]”³¹⁷, e, dunque “[it] will restrict the application of a policy change if there is a significant imbalance between the interests of those affected and the policy considerations in favour of the change.”³¹⁸. Questo test, che può essere considerato una versione affievolita del classico test tripartito di proporzionalità³¹⁹, conferma come gli organi giudiziari comunitari siano pronti a tutelare il legittimo affidamento fondato su politiche aventi carattere generale ed astratto solo quando la modifica danneggia interessi privati decisamente più rilevanti dell’interesse pubblico invocato dalle autorità³²⁰.

La prudenza delle corti in queste circostanze mira ad evitare che la tutela del legittimo affidamento limiti eccessivamente la libertà della autorità pubbliche di modificare le proprie politiche. Come sottolineato dalla House of Lords, infatti, “[a]dministrative policies may change with changing circumstances, including changes in the political complexion of governments.”³²¹

Sebbene decisamente più rigoroso, il test di bilanciamento trova applicazione anche nei casi in cui il legittimo affidamento si fonda su promesse specifiche fatte dalle autorità pubbliche al soggetto privato. In tali circostanze si ritiene che il principio della certezza del diritto imponga la sottoposizione delle giustificazioni avanzate dalle autorità nazionali ad uno scrutinio più intenso, non limitandosi alla valutazione della loro ragionevolezza. Nonostante le modalità concrete di applicazione siano destinate a cambiare a seconda delle circostanze concrete del

³¹⁵ Caso *Begbie*, *cit.*, 1130-1131

³¹⁶ QUINOT G., *op. cit.*, 72 osserva che “the ECJ is generally just as deferential to administrative discretion, especially in matters regarding policy, as its English counterparts”

³¹⁷ CRAIG P.P., *EU Administrative Law*, *cit.*, 652

³¹⁸ SCHØNBERG S., *op. cit.*, 150

³¹⁹ CRAIG P. P., *EU Administrative Law*, *cit.*, 651 osserva, però, come “[t]his view does, however, leave open the question of the precise difference between a test of significant imbalance and a test of proportionality.”

³²⁰ Per un esempio di questo tipo di approccio ci veda T-155/99, 23 ottobre 2001, *Dieckmann & Hansen GmbH c. Commissione*, in Racc. 2001, II-3143, paras. 80-81 dove si è ritenuto che la tutela delle aspettative private legate ad un attività di importazione del caviale dal Kazkhastan non potessero ritenersi sostanzialmente più importanti della necessità di tutelare la salute dei consumatori dalle lacune dei controlli sul prodotto effettuati in quel Paese

³²¹ *Hughes v. Dept. of Health and Social Security*, 1985,1 AC 766, 788 per Lord Diplock

caso, si può rilevare come i diversi organi giurisdizionali tendano ad utilizzare un test che può essere definito di stretta proporzionalità o necessità. L'utilizzo di questo strumento da parte della Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è frequente e non riguarda solo l'ambito in esame. La dottrina ha osservato come anche i giudici inglesi “appear to be moving towards a similar proportionality-style analysis”³²², in sostituzione di quello che il caso *Coughlan* definisce come *fairness test*³²³. In realtà, le diverse tipologie non devono essere intese in senso strettamente alternativo, quanto piuttosto come punti successivi di una linea che collega, senza soluzioni di continuità, forme via via più intrusive di controllo³²⁴. Il compito di scegliere quale adottare spetta al giudice, il quale prenderà la propria decisione facendo riferimento alle condizioni del caso concreto.

La severità del test dipende anche dalla natura dell'interesse pubblico in gioco, un criterio che, soprattutto nel sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, rappresenta uno dei fattori cardine utilizzati per ammettere o escludere la possibilità di tutelare il legittimo affidamento dei privati. La Corte di Strasburgo, infatti, è solita riconoscere agli Stati un più ampio margine di apprezzamento qualora l'interesse pubblico invocato rientri in un ambito tra quelli che appartengono tradizionalmente alla sfera di competenza del potere statale. Questo tipo di ragionamento è stato adottato, ad esempio, rispetto a questioni attinenti alla pianificazione del territorio e alla tutela ambientale³²⁵ o alla materia fiscale³²⁶. Un approccio per molti versi analoghi è stato adottato anche dalle corti inglesi, le quali tendono ad esercitare un controllo meno rigido e, dunque, più favorevole

³²² STEELE I., *op. cit.*, 315 sottolinea come questo processo non sia ancora stato completato in modo soddisfacente

³²³ Tale evoluzione è criticata da SALES P., STEYN K., *op.cit.*, 591, i quali invocano un ritorno al classico “fair, just and reasonable test”

³²⁴ Caso *Begbie, cit.*, 1134. ELLIOTT M., *op. cit.*, 424 sottolinea che “[...] substantive review operates on a sliding scale which embraces different levels of judicial intervention, with the standard of review being determined by the specific features of the case”

³²⁵ Caso *Gorraiz Lizzaraga, cit.*, para. 70

³²⁶ Caso *Zielinski, cit.*, para. 59; caso *National & Provincial Building Society, cit.*, para. 82

alla posizione dello Stato, qualora l'interesse protetto abbia natura sostanziale³²⁷ e ricada in settori nei quali l'intervento pubblico è continuo e necessario³²⁸.

Da ultimo, un fattore che gioca un ruolo determinante in questo contesto è l'importanza dell'interesse pubblico o, *rectius*, il rapporto tra quest'ultima grandezza e la rilevanza dell'interesse privato. Su questo criterio si fonda, ad esempio, il cd. *significant imbalance test* utilizzato dalla Corte europea di giustizia nei casi che riguardano la modifica di politiche generali³²⁹. In base a questo tipo di ragionamento si ritiene, infatti, che la tutela del legittimo affidamento debba necessariamente cedere il passo di fronte al perseguimento di interessi aventi carattere generale che riguardano valori, quale la tutela della salute dei consumatori³³⁰, considerati prevalenti rispetto a quelli di natura economica. Tale rapporto è rilevante anche per quanto riguarda il classico test di proporzionalità, il cui risultato impone di valutare se gli effetti dei mezzi adottati siano giustificati dall'importanza dell'obiettivo perseguito.

iv) Applicazione del test di bilanciamento alle controversie in materia di investimenti infrastrutturali: analisi dei possibili risultati

La scelta di dedicare un'attenzione limitata all'interesse pubblico che ha determinato il cambiamento normativo e la conseguente mancata elaborazione di un test di bilanciamento per l'applicazione del legittimo affidamento in materia di investimenti infrastrutturali costituisce un'anomalia con conseguenze potenzialmente rilevanti in termini di rispetto della sovranità statale. L'approccio adottato dagli arbitri internazionali determina, infatti, una tutela delle aspettative private addirittura più forte rispetto a quanto avviene negli altri ordinamenti presi in considerazione, con conseguente riduzione dello spazio discrezionale a disposizione delle autorità pubbliche. Questo si traduce in un'ulteriore estensione dell'ambito applicativo del trattamento giusto ed equo e, di conseguenza, in una restrizione della capacità degli Stati di utilizzare i loro poteri sovrani.

³²⁷ SALES P., STEYN K., *op. cit.*, 592 osservano come “[i]t is relatively rare for a legitimate expectation of a procedural benefit [...] to be defeated by the public interest”, anche se tale eventualità non può essere esclusa del tutto, come dimostra il caso *Council for Civil Service Unions v. Minister for Civil Service*, 1985, AC 374, per Lord Diplock

³²⁸ *Henry Boot Homes Ltd v. Bassetlaw DC*, 2002, EWCA Civ 983, 55-56 per Keen L.J. il quale riguardava alcune misure di pianificazione urbana. Sul punto SALES P., STEYN K., *op. cit.*, 592

³²⁹ Vedi *supra*

³³⁰ Caso *Dieckmann*, *cit.*, paras. 80-81; C-183/95, 17 luglio 1997, *Affish BV v. Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, in Racc. 1997, I-4315, para. 57

L'introduzione del test di proporzionalità appare una soluzione adeguata per correggere questa situazione, soprattutto in materia di investimenti infrastrutturali. Anche in questo caso, la determinazione delle sue modalità applicative dovrebbe avvenire in concreto, facendo riferimento ai criteri elaborati dagli organi giurisdizionali degli altri ordinamenti vale a dire il fondamento e la tipologia delle aspettative, il carattere della misura statale, la natura e l'importanza dell'interesse pubblico.

L'esistenza di impegni specifici assunti dallo Stato nei confronti dell'investitore e il carattere altamente formalizzato di questi ultimi rappresenta un fattore che impone l'adozione di un test che non si limiti a valutare la ragionevolezza della modifica, ma prenda in considerazione anche il rapporto di proporzionalità tra le conseguenze delle misure statali sull'investimento e l'interesse pubblico.

I criteri successivi sembrerebbero, però, giustificare un atteggiamento più favorevole alla posizione dello Stato. In prima battuta, si deve considerare che la violazione dell'affidamento degli operatori privati attivi nel settore dei servizi pubblici deriva spesso da scelte politiche che riguardano un numero ampio di persone. Inoltre, le aspettative in questione hanno carattere sostanziale e non riguardano solo il rispetto di determinati requisiti procedurali. In terzo luogo, la regolazione dei servizi pubblici per la tutela della loro dimensione sociale rientra in uno dei settori di tradizionale competenza del potere pubblico. Da ultimo, l'intervento statale in questo ambito coinvolge interessi pubblici fondamentali sia da un punto di vista macro-economico, sia da uno sociale, risultando, dunque, prevalenti rispetto alle aspettative dei privati.

Alla luce di quanto precede, si può affermare che la soluzione preferibile è l'adozione di un test di stretta proporzionalità, la cui applicazione tenga nella dovuta considerazione le particolarità del settore in esame. Questo strumento consente, infatti, di tutelare le aspettative del privato, in ossequio al principio della certezza del diritto, senza che questo si riveli un'indebita costrizione della sovranità statale.

CAPITOLO IV
L'ESPROPRIAZIONE REGOLATIVA
NEGLI INVESTIMENTI
INFRASTRUTTURALI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'espropriazione regolativa nel diritto internazionale degli investimenti – 2.1 L'espropriazione regolativa come forma di espropriazione indiretta: l'incertezza terminologica – 2.2 La disciplina internazionale dell'espropriazione regolativa: l'applicazione delle norme in materia di espropriazione indiretta – i) *l'assimilazione all'espropriazione diretta nella prassi convenzionale* – ii) *l'assimilazione all'espropriazione diretta nella giurisprudenza internazionale più risalente* – iii) *il contributo del Tribunale Iran-Stati Uniti e la giurisprudenza arbitrale recente* – 3. La distinzione tra espropriazione regolativa e regolazione: considerazioni metodologiche – 3.1 Introduzione – 3.2 Il rapporto tra rispetto della sovranità statale e tutela degli investitori in materia di espropriazione regolativa: le statuizioni di principio – 3.3 La prevalenza di un approccio casistico per la definizione dell'espropriazione regolativa – i) *la proposta di una lista di legittimate regulatory purposes ai quali fare riferimento per la definizione dell'espropriazione regolativa* – ii) *la necessità di un approccio più attento alle circostanze del caso ed il ruolo predominante degli organi arbitrali* – 4. L'impostazione tradizionale: l'impatto della misura sull'investimento quale criterio decisivo per la distinzione – 4.1 Introduzione – 4.2 La dimensione temporale: la durata dell'impatto – 4.3 La dimensione sostanziale: l'intensità dell'impatto della misura – i) *l'ipotesi di espropriazione parziale* – ii) *l'approccio rigoroso adottato in materia di investimenti infrastrutturali e il rispetto della sovranità statale* – iii) *gli elementi presi in considerazione per la valutazione dell'impatto della misura* – iv) *criterio dell'impatto e sovranità statale: valutazioni critiche e possibili correttivi* – 5. L'esclusione di talune misure statali dall'obbligo di indennizzo: la cd. *Police Power Doctrine* – 5.1 Introduzione – 5.2 La *police power doctrine* nel diritto statunitense – i) *le origini del concetto* – ii) *police power e regolazione statale* – iii) *la confusione tra valido esercizio del police power e legittimità dell'espropriazione* – 5.3 La *police power doctrine* nel diritto internazionale degli investimenti – i) *la police power doctrine nella prassi convenzionale e nella giurisprudenza più risalente* – ii) *la police power doctrine nella prassi arbitrale recente e il suo ruolo in materia di investimenti infrastrutturali* – 5.4 L'incerta definizione della *police power doctrine* in materia di investimenti infrastrutturali – i) *l'utilizzo di un approccio casistico per l'individuazione delle misure comprese nel police power* – ii) *l'individuazione dei limiti concreti all'esercizio del police power e il passaggio ad un approccio più flessibile* – 5.5 Profili di incompatibilità tra la *police power doctrine* e la disciplina dell'espropriazione nel diritto internazionale consuetudinario – 6. La definizione dell'espropriazione regolativa attraverso la valutazione del rapporto tra l'impatto della misura e l'obiettivo perseguito dallo Stato – 6.1 Considerazioni sistematiche – i) *le ragioni dell'adozione del test di bilanciamento* – ii) *il rapporto con gli strumenti analitici tradizionali* – iii) *i modelli seguiti nella prassi internazionale: cenni* – 6.2 Il test di bilanciamento nella prassi convenzionale recente: l'adozione del modello elaborato dalla Corte Suprema statunitense – 6.3 Il test di bilanciamento nella prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali – i) *il riferimento al test di proporzionalità elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo* – ii) *test di bilanciamento e rispetto dell'autonomia statale nella valutazione dell'interesse pubblico* – iii) *severità del test di bilanciamento* – iv) *il criterio del "giusto equilibrio" tra il perseguimento dell'interesse generale e la posizione dell'investitore straniero: la questione dell'indennizzo* – v) *"giusto equilibrio", condotta delle parti e nazionalità dell'investitore* – 6.4 La violazione delle aspettative generate dall'investimento – i) *introduzione* – ii) *la definizione del concetto: confronto con il legittimo affidamento tutelato attraverso l'obbligo di trattamento giusto e equo* – iii) *tutela delle aspettative generate dall'investimento e sovranità statale: il requisito della ragionevolezza* – iv) *il ruolo delle aspettative generate dall'investimento nella disciplina dell'espropriazione regolativa*

1. Introduzione

L'espropriazione regolativa rappresenta uno degli aspetti centrali del dibattito che riguarda l'impatto delle norme internazionali in materia di tutela degli investimenti esteri sulla capacità degli Stati di regolare l'attività degli operatori privati nel settore dei servizi pubblici. Il concetto serve ad indicare una forma particolare di espropriazione, individuando quelle ipotesi nelle quali misure di regolazione da parte delle autorità nazionali interferiscano con i diritti degli investitori stranieri o riducano in modo sostanziale il valore economico dell'investimento, facendo così sorgere un obbligo di indennizzo a carico dello Stato ospite.

Il problema principale riguarda l'esatta definizione dell'ambito applicativo del concetto, vale a dire la distinzione tra le misure statali aventi carattere espropriativo e quelle che, rappresentando un normale esercizio di poteri regolativi statali, non comportano il pagamento di alcun indennizzo a favore della parte privata. La questione è particolarmente delicata, posto che un'interpretazione eccessivamente ampia degli obblighi posti dalle norme internazionali in materia potrebbe tradursi in un'indebita restrizione della sovranità statale in un ambito fondamentale per la vita sociale ed economica del Paese¹. Fino a questo momento, il rischio è stato parzialmente scongiurato dalla scelta degli arbitri di utilizzare altre disposizioni, meno sensibili sul piano politico, per tutelare gli investimenti esteri nei confronti del potere di regolazione statale.

Resta, tuttavia, il problema di risolvere la situazione di incertezza che caratterizza questo ambito normativo e che deriva, in parte, dall'impossibilità di addivenire a soluzioni aprioristiche per un problema che impone un'attenta valutazione delle condizioni concrete del caso, ma anche dalla mancanza di accordo su alcuni aspetti sistematici fondamentali. Le soluzioni elaborate in dottrina e nella prassi arbitrale recente non hanno ancora consentito di giungere ad una soluzione condivisa, lasciando irrisolte questioni essenziali.

¹ LOWE W., *Regulation or Expropriation?*, in *Curr. Leg. Probl.*, 55, 2002, 447-466. Si veda, inoltre, OECD *"Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law*, Working Papers On International Investment, No. 2004/4, September 2004

Il presente capitolo mira a ricostruire l'intero dibattito, mettendo in luce gli aspetti più problematici che riguardano il rapporto tra obblighi internazionali e sovranità statale in materia di investimenti infrastrutturali. La prima parte analizza la collocazione sistematica dell'espropriazione regolativa nel sistema internazionale di tutela, al fine di determinare l'applicabilità delle norme internazionali in materia di espropriazione diretta anche in questo contesto. Successivamente, vengono esaminati i diversi criteri utilizzati per la definizione del concetto, partendo dall'impostazione tradizionale che considera atti di espropriazione regolativa le misure statali che abbiano un impatto negativo sostanziale sull'investimento straniero, facendo salve le ipotesi che rientrano nel cd. *police power* statale. Infine, viene valutata l'opportunità di introdurre anche in questo ambito l'utilizzo di un test di bilanciamento o di principi, quale la tutela delle aspettative dell'investitore, che consentano di superare la rigidità dell'approccio tradizionale.

2. L'espropriazione regolativa nel diritto internazionale degli investimenti

2.1 L'espropriazione regolativa come forma di espropriazione indiretta: l'incertezza terminologica

La fattispecie dell'espropriazione regolativa non è esplicitamente prevista nei trattati internazionali in materia di investimenti², ma ad essa risultano applicabili le disposizioni previste in materia di espropriazione indiretta, della quale rappresenta una forma particolare. Il concetto identifica, infatti, le ipotesi nelle quali l'esercizio o il mancato esercizio di funzioni regolative da parte delle autorità nazionali limiti il controllo che l'investitore è in grado di esercitare sull'investimento o danneggi la consistenza economica dello stesso, pur senza comportare la modifica formale del titolo di proprietà³.

In realtà, l'utilizzo del termine fattone da alcuni tribunali arbitrali sembrerebbe suggerire la necessità di considerare la tipologia in esame come una categoria a sé

² Sul punto WÄLDE T., KOLO A., *Environmental Regulation, Investment Protection in International Law*, in Intl. & Comp. L. Quart., 50, 2001, 821

³ Per un'analisi approfondita del concetto NEWCOMBE A., *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, in ICSID Rev.-FILJ, 20(1), 2005, 1-57 e gli atti del

stante, suscettibile di un diverso trattamento in ambito internazionale. La dottrina, ha, però, escluso tale eventualità, osservando che, come si vedrà meglio in seguito, il diritto internazionale non prevede alcuna eccezione per gli atti espropriativi derivanti dall'adozione di misure di regolazione⁴. Inoltre, alcuni autori identificano questo tipo di espropriazione con il termine *consequential expropriation*, volendo in questo modo evidenziare come l'espropriazione in esame “consist[s] of the host state’s failure to create, maintain, and properly manage the legal, administrative, and regulatory framework contemplated by the relevant BIT [...]”⁵. L'utilizzo di questa diversa espressione non sembra apportare alcun contributo apprezzabile all'analisi in corso e, per tale ragione, si preferisce continuare a fare riferimento al concetto di espropriazione regolativa.

L'incertezza sulla collocazione sistematica e la confusione terminologica riguardano esclusivamente l'espropriazione regolativa, essendo questo un ambito nel quale si utilizzano una serie di termini diversi in modo poco rigoroso⁶. Le espressioni generalmente utilizzate sono quelle di espropriazione indiretta, *de facto*, strisciante o larvata, regolativa, dissimulata, costruttiva, consequenziale. Nonostante ciascuno di questi termini sembrerebbe individuare fenomeni diversi tra loro, gli sforzi profusi dalla dottrina per sistematizzare il loro utilizzo e per definire in modo più preciso i rapporti reciproci non hanno ancora ottenuto i risultati sperati e la tendenza prevalente è quella di utilizzare le diverse espressioni in modo intercambiabile⁷.

Parte della dottrina ha proposto, ad esempio, di distinguere le espropriazioni indirette o striscianti dalle espropriazioni *de facto*, sostenendo che solo le prime individuano “measures which, even if they are not aiming at transferring property

Colloquium on Regulatory Expropriation in International Law pubblicati su NY Univ. Environ. L. Journ., 11, 2003

⁴ COE J. Jr, RUBINS N.; *Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, 632-634

⁵ REISMAN R.W., SLOANE. R.D., *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*, in Brit. Yearb. Intl. L., 74, 2004, 128-129

⁶ In argomento KUNOY B., *Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration*, in Journ. World Investm. & Trade, 6(3), 2005, 474-476 il quale parla di “[a] heterogeneous typologic approach”. Si vedano, inoltre, COE J. Jr, RUBINS N., *op.cit.*, 604-605

⁷ In questo senso REINISCH A., *Expropriation*, in Trans. Disp. Manag., 2(5), November 2005, 15-16

rights, imply interference with the exercise of such rights equivalent to that of a measure of expropriation”⁸. Le altre ricorrerebbero, invece, nel caso in cui la misura statale privi l’investitore del godimento dei beni.

Questa impostazione non ha, però, trovato accoglimento nella prassi arbitrale recente. Nel caso *Tecmed*, ad esempio, il tribunale arbitrale ha sì affermato che “[...] a difference should be made between creeping expropriation and de facto expropriation [...]”, ma ha anche precisato che “they are usually included within the broader concept of indirect expropriation”⁹. Analogamente la decisione *LG&E* ha confermato che espropriazione strisciante ed espropriazione *de facto* rientrano entrambi nella più ampia categoria delle espropriazioni indirette e possono unicamente essere distinte perché la prima “shows itself in a gradual or growing form”, mentre l’altra “through a sole and unique action, or through actions being quite close in time or simultaneous [...]”¹⁰. L’impostazione seguita da questi tribunali ha trovato accoglimento anche in dottrina, dove, a differenza di quanto sostenuto dagli autori precedenti, espropriazioni striscianti e quelle *de facto* sono considerate *species* che appartengono al *genus* delle espropriazioni indirette e che possono essere distinte facendo riferimento ai tempi nei quali l’effetto espropriativo si realizza¹¹.

Altri autori, invece, ritengono che le espropriazioni striscianti dovrebbero essere distinte da tutte le altre tipologie, ritenendo che questa forma di espropriazione presupponga l’esistenza di una deliberata intenzione da parte dello Stato di nuocere all’investitore attraverso l’adozione di una serie di atti appositamente

⁸ SACERDOTI G., *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in RdC, tome 269, 1997, 383. In senso analogo HEISKANEN V., *The Doctrine of Indirect Expropriation in the Light of the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal*, in Trans. Disp. Manag., 3(5), December 2006, 6 il quale ritiene che l’espropriazione *de facto* non possa considerarsi una tipologia di espropriazione indiretta, essendo utilizzata anche in casi di “physical taking of property”

⁹ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003, para. 115

¹⁰ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, para 188. In senso conforme *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL Case, Partial Award of 13 September 2001, para. 604

¹¹ REISMAN R.W., SLOANE. R.D., *op. cit.*, 124 osservano che le espropriazioni striscianti si caratterizzano perché “[o]nly in retrospect will it become evident that those acts comprised part of an accretion of deleterious acts and omissions, which in aggregate expropriated the foreign investor’s property rights”. In senso analogo REINISCH A., *op. cit.*, 21

diretti a ridurre il valore dell'investimento¹². L'impostazione non trova però accoglimento nella prassi arbitrale e risulta minoritaria anche in dottrina. Nel caso *Generation Ukraine*, ad esempio, il tribunale ha affermato che “[c]reeping expropriation is a form of indirect expropriation with a distinctive temporal quality [...]”¹³, senza fare alcun riferimento alla necessità di dimostrare la volontà di nuocere da parte delle autorità pubbliche. In senso analogo, il *World Investment Report* del 2003, elaborato dall'UNCTAD sulla base di un'ampia ricognizione della prassi internazionale in materia, definisce questa forma di espropriazione semplicemente come “the slow and incremental encroachment on one or more of the ownership rights of a foreign investor that diminishes the value of the investment”¹⁴. L'effetto espropriativo può derivare da misure aventi natura diversa, quali, ad esempio, “[...] a cumulative series of regulatory acts or omissions [...]”¹⁵ e, dunque, anche in seguito al normale esercizio di poteri da parte delle autorità nazionali¹⁶.

Tale situazione di incertezza non ha, in realtà, alcuna conseguenza sul piano giuridico, visto che, come si vedrà meglio in seguito, il diritto internazionale prevede il medesimo trattamento per tutte le tipologie di espropriazione indiretta¹⁷. Alla luce di questa considerazione, appare, dunque, preferibile l'adozione dell'approccio pragmatico proposto da alcuni autori. Secondo tale impostazione, gli sforzi verso un uso più preciso delle diverse espressioni sono, in buona sostanza, inutili, posto che queste nozioni individuano “an expropriation which

¹² MANCIAUX S., *Investissement étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Dijon, 2004, 467; DOLZER R., *Indirect Expropriation of Alien Property*, in ICSID Rev.-FILJ, 1, 1986, 44

¹³ *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 September 2003, para. 20.22

¹⁴ UNCTAD, *FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, World Investment Report 2003, Geneva-New York, 2003

¹⁵ REISMAN R.W., SLOANE R.D., *op. cit.*, 129

¹⁶ In questo senso, per quanto riguarda la prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali, vedi *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award of 22 May 2007, paras. 244-245

¹⁷ SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge, 2004, 350 osserva che “[s]uch descriptions, while providing catchy labels for takings outside the obvious situation of direct taking of physical property, do little to further the identification of indirect takings which will attract the application of the international law on expropriation.” In senso analogo COE J. Jr, RUBINS N., *op. cit.*, 604 osservano che “Ultimately, though perplexing, the multiplicity and overlap in terms and the lack of an agreed-upon typology probably results in little harm.”

has no single appellation because it only exists in its effects”¹⁸. Tale situazione di incertezza definitoria è stata riconosciuta anche in alcuni lodi concernenti gli investimenti infrastrutturali, come nel caso *Lauder*, nel quale il tribunale, dopo aver osservato la confusione che caratterizza l’utilizzo delle diverse nozioni, ha concluso facendo semplicemente riferimento al fatto che “indirect (or “de facto” or “creeping”) expropriation is [...] a measure that does not involve an overt taking, but that effectively neutralizes the enjoyment of the property”¹⁹. L’effetto delle misure - e non la loro natura, il loro obiettivo o le loro modalità applicative - è l’elemento decisivo per determinare quale sia la disciplina ad esse applicabile e per definirle, distinguendole, per quanto riguarda l’espropriazione regolativa, dai casi di utilizzo legittimo dei poteri di regolazione da parte dello Stato.

Nel corso del capitolo, l’espressione “espropriazione regolativa” sarà considerata un sinonimo di espropriazione indiretta, costitutiva o *de facto* e coprirà anche i casi nei quali l’effetto espropriativo sia derivato dall’adozione di una serie di misure regolative successive, nessuna delle quali aventi portata espropriativa *per se*. Il suo utilizzo avrà, dunque, mera portata descrittiva e servirà ad individuare quei casi nei quali l’effetto ablativo è derivato dall’esercizio dei propri poteri di regolazione da parte dello Stato.

2.2 La disciplina internazionale dell’espropriazione regolativa: l’applicazione delle norme in materia di espropriazione diretta

La disciplina internazionale dell’espropriazione indiretta e, dunque, dell’espropriazione regolativa, coincide con quella dell’espropriazione diretta o formale. La sua liceità dipende, perciò, dal rispetto delle condizioni di natura consuetudinaria e pattizia che regolano l’esercizio del diritto di espropriare da parte degli Stati. Tale determinazione dipende, in particolare, dall’esistenza di un

¹⁸ KUNOY B., *op. cit.*, 474. In senso analogo NEWCOMBE A., *op. cit.*, 10; SCHREUER C., *The Concept of Expropriation Under the ECT and other Investment Protection Treaties*, in *Transn. Disp. Manag.*, 2(5), November 2005, 39; FRIGO M., *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*, Milano, 2000, 40-41

¹⁹ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNICTRAL Case, Award of 3 September 2001, para. 200. In senso conforme *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Decision on Jurisdiction of 13 September 2006, para. 63 dove si ritiene più utile “[...] looking at the substance of the measures in question rather than the label attached to them [...]”

interesse pubblico, dal suo carattere non discriminatorio, dalla corresponsione di un indennizzo al soggetto privato e dal rispetto dei principi del giusto processo²⁰.

L'applicabilità di tali limiti anche quando manchi il trasferimento formale del titolo di proprietà costituisce un dato ormai acquisito nel sistema internazionale degli investimenti²¹. E' stato osservato che questa estensione costituisce un elemento necessario per il raggiungimento dell'obiettivo del sistema, posto che “[...] ces traités ne rempliraient pas leur rôle si les règles protectrices prévues en cas d'expropriation ou de nationalisation pouvaient être tournées par l'édiction d'une mesure identique dans ses effets, mais différente par sa forme.”²²

i) L'assimilazione all'espropriazione diretta nella prassi convenzionale

L'equivalenza tra espropriazioni dirette ed indirette è stata costantemente ribadita già nei primi tentativi di codificazione della materia. L'articolo III dell'*Abs-Shawcross Draft Convention* del 1959 prevedeva che “[n]o Party shall take any measure against nationals of another Party to deprive them directly or indirectly of their property, except under due process of law and provided that such measures are not discriminatory or contrary to undertakings given by that Party and are accompanied by the payment of just and effective compensation.”²³. L'articolo 10 della *Harvard Draft Convention* del 1961 stabiliva che “[a] ‘taking of property’ includes not only a taking of property but also any such unreasonable interference with the use, enjoyment or disposal of property as to justify an inference that the owner thereof will not be able to use, enjoy, or dispose of the property within a reasonable period of time after the inception of such interference.[...]”²⁴. Analogamente l'articolo IV(1) nelle *Guidelines* della Banca mondiale del 1992 stabilisce che “[a] State may not expropriate or otherwise take in whole or in part

²⁰ Sul punto si veda, per tutti, SACERDOTI G., *Bilateral Treaties*, cit., 381

²¹ CHRISTIE G.C., *What Constitutes a Taking Under International Law?*, in *Brit Yearb. Intl. L.*, 38, 1962, 310-311. HIGGINS R., *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, in *RdC*, tome 176, 1983, 324 osserva che “[...] interferences which significantly deprive the owner of the use of his property amount to a taking of that property. This will be so even if he remains in physical possession of that property.”

²² MANCIAUX S., *op. cit.*, 462

²³ *Draft Convention on Investment Abroad*, elaborato nel 1959 da un gruppo di giuristi guidati da Lord Shawcross e H. Abs, il cui testo è disponibile in *Journal of Public Policy*, 9, 1960, 116-124

²⁴ *Draft Convention on International Responsibility of States for Injury to Aliens*, in SOHN L.B., BAXTER R.R., *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, in *Am. Journ Intl. L.*, 55, 1961, 545-547 Una formulazione del tutto analoga è stata adottata nell'art. 3 dell'*OECD, Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention*, Paris, 1967

a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in good faith of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation”²⁵.

Tale ultima formulazione mette bene in risalto come l’assimilazione tra le due tipologie si fondi sulla valutazione degli effetti dell’espropriazione indiretta. Come già accennato in precedenza, infatti, ciò che determina l’applicabilità delle condizioni poste dal diritto internazionale anche nei casi in cui l’interferenza dello Stato non comporti il formale trasferimento del titolo di proprietà è l’equivalenza tra gli effetti delle misure di espropriazione indiretta e quelli derivanti da un’espropriazione formale²⁶. Si deve precisare che gli effetti generalmente considerati rilevanti a tale proposito sono quelli prodotti dalla misura statale nei confronti della consistenza economica dell’investimento e della capacità dell’investitore di controllare e di beneficiare della propria attività imprenditoriale²⁷.

L’assimilazione delle due categorie di espropriazione è stata ribadita anche nei successivi testi normativi aventi carattere vincolante. Per quanto riguarda la dimensione multilaterale, l’articolo 11 della Convenzione MIGA del 1985²⁸ prevede la copertura assicurativa anche nei confronti di “any legislative action or administrative action or omission attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee of his ownership or control of, or a substantial benefit from, his investment [...]”.

Una scelta di questo tipo caratterizza anche i trattati regionali, come dimostra l’articolo 1101 del NAFTA, dove si prevede che “1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of another Party in its territory

²⁵ Adottate il 21 settembre 1992 dal *Development Committee* della Banca Mondiale e del Fondo Monetario Internazionale. Il testo è disponibile su ICSID Rev.– FILJ, 7, 1992, 297-398. La medesima formulazione era stata ripresa punto per punto da OECD Negotiating Group on the MAI, *The Multilateral Agreement on Investment. Draft Consolidated Text*, 22 April 1998, DAF/MAI(98)7/REV1

²⁶ In argomento SCHREUER C., *The Concept of Expropriation*, cit., 5; MANCIAUX S., *op. cit.*, 461-463; BROWNLIE I., *Principles of International Law*, 6th ed., Oxford, 2003, 534; FRIGO M., *Le limitazioni*, cit., 28-42

²⁷ Sulla possibile rilevanza di altri tipi di effetti, si vedano le considerazioni svolte *infra*

²⁸ Si vedano le considerazioni di ZIEGLER A.R., *Investment Guarantee: From a National to an International Perspective*, in Trans. Disp. Manag., vol. 2(5), November 2005, 19. Sulla MIGA in generale si veda il Capitolo I

or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such investment [...]”. Nello stesso modo, per quanto attiene alla dimensione settoriale, l’articolo 13(1) del Trattato sulla Carta dell’Energia stabilisce che “(1) Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation [...]”.

Il riferimento all’equivalenza degli effetti quale fattore che consente l’applicazione delle disposizioni che regolano l’espropriazione diretta anche rispetto alle ipotesi di espropriazione indiretta costituisce un elemento costante anche negli accordi bilaterali, anche se in tale ambito le formulazioni utilizzate non sono perfettamente coincidenti²⁹. L’articolo 6.2 del modello francese prevede che “Les Parties contractantes ne prennent pas de mesures d’expropriation ou de nationalisation ou toutes autres mesures dont l’effet est de déposséder, directement ou indirectement, les nationaux et sociétés de l’autre Partie des investissements leur appartenant, sur leur territoire et dans leur zone maritime [...]”³⁰. L’articolo VI.1 del BIT Argentina-Stati Uniti (1991) stabilisce, invece, che “Investments shall not be expropriated or nationalized either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization”, secondo una formulazione analoga a quella rinvenibile nell’articolo 6.1 del modello statunitense del 2004 e nell’articolo 13 del modello canadese dello stesso anno. Per quanto riguarda gli accordi italiani, una formulazione tipica della clausola è rinvenibile all’articolo 5.2 del BIT Italia-Marocco (1990), dove si stabilisce che “Gli investimenti di entrambe le Parti Contraenti o dei loro investitori non saranno direttamente o indirettamente nazionalizzati, espropriati, requisiti o soggetti a misure aventi analoghi effetti nel territorio dell’altra Parte”³¹.

ii) L’assimilazione all’espropriazione diretta nella giurisprudenza internazionale più risalente

L’applicabilità delle norme internazionali sull’espropriazione anche ai casi nei quali manchi un trasferimento formale del titolo di proprietà è stata ampiamente confermata anche nella giurisprudenza internazionale. Non tutte le controversie

²⁹ DOLZER R., STEVENS M., *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995, 99

³⁰ Testo disponibile su UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium, Regional Integration, Bilateral and Non-Governmental Instruments*, 30.05.2000, UNCTAD/DITE/2 (Vol.V)

³¹ In senso analogo art. 5.2 del BIT Giordania-Italia

rilevanti in questo ambito costituiscono esempi di quella che può essere definita “espropriazione regolativa”, visto che in alcuni casi l’effetto ablativo non è una conseguenza dell’esercizio dei normali poteri regolativi da parte delle autorità nazionali. Tale circostanza non inficia la loro rilevanza ai fini dell’analisi in corso, posto che, come si è già avuto modo di sottolineare, il diritto internazionale riserva un identico trattamento a tutte le forme di espropriazione.

Il principio in esame aveva trovato esplicito accoglimento già in alcune decisioni adottate all’inizio del secolo scorso. Si tratta, in particolare, della sentenza della Corte permanente di Arbitrato (CPA) nel caso *Norwegian Shipowners*³² e di quelle della Corte permanente di giustizia internazionale (CPGI) nei casi *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*³³, *Chorzow Factory*³⁴ e *Oscar Chinn*³⁵. Nel caso *Certain German Interests* la CPGI aveva affermato che l’espropriazione di uno stabilimento di nitrato situato a Chorzow, in Polonia, costituiva anche un’espropriazione indiretta dei brevetti detenuti da una società tedesca, sebbene da parte del governo polacco non vi fosse alcuna intenzione di colpire tali diritti. Questo perché “[...] rights of the Bayerische to the exploitation of the factory and to the remuneration fixed by the contract for the management of the exploitation and for the use of its patents, licences, experiments, etc., have been directly prejudiced by the taking over of the factory by Poland.”³⁶.

Dalle conclusioni della CPGI emergono già, almeno in potenza, i due elementi sui quali si fonda l’approccio adottato dalla giurisprudenza maggioritaria per determinare l’applicabilità della disciplina internazionale sull’espropriazione ai casi nei quali non vi sia l’adozione di un atto formalmente espropriativo da parte

³² *Norwegian Shipowners Claims*, in UNRIAA, vol. I, 307

³³ *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (The Merits)*, 25 May 1925, PCIJ, Ser. A., No. 7, 1926

³⁴ *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (The Chorzów Factory)*, 16 December 1927, PCIJ, Ser. A., No. 13, 1927

³⁵ *The Oscar Chinn Case* 12 December 1934, PCIJ, Ser. A./B., No. 63, 1934. Questa controversia è rilevante ai fini del presente lavoro di ricerca, rappresentando un esempio di espropriazione regolativa nel settore dei servizi pubblici infrastrutturali. In questo caso, la Gran Bretagna, agendo in protezione diplomatica del proprio cittadino, sosteneva che la decisione del governo belga di imporre una riduzione delle tariffe per il trasporto fluviale delle merci aveva, *inter alia*, interferito con l’attività del signor Chinn, violando i diritti riconosciuti allo stesso dal diritto internazionale. La Corte aveva, però, rigettato l’argomentazione, ritenendo che le modifiche imposte al quadro normativo dalle misure belghe rientrassero nel normale rischio commerciale assunto dall’investitore britannico nel momento in cui aveva deciso di intraprendere l’attività di trasporto. Per un’analisi del caso WEILER T., *Saving Oscar Chinn: Non-Discrimination in International Investment Law*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law*, cit., 557-595

dello Stato, vale a dire il riferimento all'effetto della misura ablativa quale criterio decisivo e l'irrelevanza dell'intenzione statale di espropriare lo straniero. L'analisi delle decisioni adottate da diversi tribunali internazionali rivela una convergenza importante, anche se non assoluta, in questo senso.

Dopo aver trovato accoglimento in alcuni casi decisi da commissioni istituite per conoscere di violazioni subite da cittadini statunitensi in seguito alle nazionalizzazioni intraprese nei Paesi dell'Europa orientale nel periodo immediatamente successivo alla seconda Guerra Mondiale³⁷, questo tipo di approccio è stato applicato anche dal Tribunale OPIC nel caso *Revere Copper*. La controversia costituisce un esempio di espropriazione regolativa, derivando dalla decisione del governo giamaicano di aumentare le *royalties* dovute dalle imprese che detenevano diritti di estrazione, nel quadro di un programma di liberalizzazione che interessava l'intero settore minerario. Il Tribunale ha statuito che le misure in esame dovessero considerarsi un atto di espropriazione poiché “the effects of Jamaican Government’s actions [...] have substantially the same impact on effective control over use and operation as if the properties were themselves conceded by a concession contract that was repudiated”³⁸.

Da ultimo, si deve osservare come il criterio dell'effetto sia considerato l'elemento decisivo per l'applicazione della disciplina sull'espropriazione ai casi di espropriazione indiretta anche nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Già nel 1982, infatti, la Corte europea aveva statuito che anche se “[...] expropriation permits left intact in law the owners’ right to use and dispose of their possessions, they nevertheless in practice reduced the possibility of its

³⁶ Caso *Certain German Interests, (The Merits)*, cit., 41-43

³⁷ Si vedano in particolare i casi *Jeno Hartmann* e *Albert Bela Reet* decisi nel 1958 dalla *United States Foreign Claims Commission*, originariamente istituita nel 1949 con l'*International Claims Settlement Act* (as amended, Pub. L. 455, 81st Congress, approved March 10, 1950, 64 Stat. 12 (22 U.S. C. 1621 et seq.) per decidere sulle controversie riguardanti l'URSS, la Jugoslavia, la Polonia, l'Ungheria, la Romania e la Bulgaria. Successivamente la competenza della *Commission* è stata estesa anche a controversie che riguardavano altri Paesi. Sui casi citati precedentemente si veda CHRISTIE G.C., *op. cit.*, 310-311. Sull'azione della *Commission* durante questa prima fase RE E.D., *The Foreign Claims Settlement Commission: Its Functions and Jurisdiction*, in Michigan L. Rev., 60(8), 1962, 1079-1102

³⁸ *In the Matter of Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, Award of 24 August 1978, Intl. L. Rev, 56, 1978, 268. Sul caso HIGGINS R., *op. cit.*, 331-337. L'impostazione è stata confermata in una recente decisione adottata dal Tribunale OPIC in *Memorandum of Determinations. Expropriation Claim of Ponderosa Assets, L.P. Argentina – Contract of Insurance No. D733*, Award of 2 August 2005, 5-6. Il caso derivava dalle misure di

exercise [...]” e, per tale ragione “[...] in the absence of a formal expropriation, that is to say a transfer of ownership, the Court [...] must look behind appearances and investigate the realities of the situation complained of [because] the Convention is intended to guarantee rights that are ‘practical and effective’”³⁹.

ii) Il contributo del Tribunale Iran-Stati Uniti e la giurisprudenza arbitrale recente

Un impulso decisivo per la definitiva affermazione dell’approccio in esame è stato fornito dal Tribunale Iran-Stati Uniti⁴⁰. Le decisioni in materia di espropriazione indiretta adottate da questo Tribunale hanno, infatti, avuto un’influenza spesso decisiva sulle scelte di altri organi giurisdizionali o arbitrali internazionali chiamati a pronunciarsi sulla questione. Alcuni autori ritengono, però, che l’applicazione delle conclusioni adottate dal Tribunale Iran-Stati Uniti al di fuori del contesto normativo e fattuale nel quale sono state elaborate sia poco corretto dal punto di vista sistematico⁴¹. L’argomentazione risulta indubbiamente condivisibile, ma non gode di grande seguito nella prassi arbitrale⁴², dove,

emergenza adottate dall’Argentina e riguardava il settore della distribuzione dell’energia nel Paese sudamericano.

³⁹ *Sporrong & Lönnroth v. Sweden*, 23 September, 1982, Series A, 52, paras. 60-63. L’impostazione è stata ribadita in numerosi casi successivi e costituisce ormai una giurisprudenza costante nell’ambito della tutela del diritto di proprietà ai sensi dell’art. 1 del Protocollo n. 1. Sul punto la dottrina è amplissima; per tutti si vedano ÇOBAN A.R., *Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights*, Aldershot, 2004, 186-194; RUIZ FABRI E., *The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for “Regulatory Expropriation” of the Property of Foreign Investors*, in N.Y. Univ. Environm. L. Journ., 11, 2002, 155-157

⁴⁰ Sull’azione del Tribunale si vedano BROWER C.H., BRUESCHKE J.D., *The Iran-United States Claims Tribunal*, The Hague, 1998; ALDRICH G.H., *Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, London, 1996

⁴¹ HEISKANEN V., *op. cit.*, 16-18 osserva che “[...] the Tribunal jurisprudence has to be placed in the extraordinary context in which the takings and deprivations claimed before the Tribunal took place [...]” e che “[a]nother aspect of the Tribunal’s nature as a special purpose tribunal has to be taken into account in assessing the relevance of its jurisprudence”. BROWER C.H., BRUESCHKE J.D., *op. cit.*, 644 osservano che “Loosely grouped, there are four main criticisms of the Tribunal as a potential source of public international law jurisprudence: the awards constitute *lex specialis* and therefore are not relevant beyond the Tribunal itself; the at times hostile nature of the relationship between the United States and Iran has so politicized the Tribunal that its decisions are suspect; the third-country Chairmen have been subjected, and have improperly yielded, to intense forms of pressure asserted by the State Party-appointed Members; and finally, the awards of the Tribunal are mere decisions in cases and therefore not worthy of being afforded any significant persuasive weight in international law.” Negli stessi termini, in riferimento al rapporto tra la giurisprudenza NAFTA e quella BIT, SORNARAJAH M., *The International Law*, *cit.*, 315-317; sul rapporto tra la giurisprudenza CEDU e l’arbitrato internazionale in materia di investimenti esteri: COE J. Jr, RUBINS N., *op. cit.*, 610-611

⁴² In *Fireman’s Fund Insurance Company v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/01/1, Award of 17 July 2006, para. 172 è stato osservato che “[i]t is true that arbitral awards do not constitute binding precedent. It is also true that a number of cases are factdriven and

soprattutto quando richiesto dalla necessità di rafforzare la tutela dell'investitore⁴³, il riferimento a decisioni precedenti adottate anche in contesti normativi diversi costituisce un meccanismo largamente utilizzato⁴⁴. Si deve, perciò, concludere, come riconosciuto anche dagli stessi autori che avevano sollevato perplessità sulla correttezza dell'operazione, che “the decisions of the Tribunal do constitute a very significant source of jurisprudential development of public international law”⁴⁵, soprattutto per quanto riguarda la disciplina dell'espropriazione indiretta⁴⁶.

La competenza del Tribunale a conoscere della questione è espressamente prevista dall'articolo II della Dichiarazione di Algeri⁴⁷, dove si prevede che “[a]n international arbitral tribunal is hereby established for the purpose of deciding claims of nationals of the United States against Iran and claims of nationals of Iran against the United States [...] which arise out [...] expropriations and other

that the findings in those cases cannot be transposed in and of themselves to other cases. It is further true that a number of cases are based on treaties that differ from the NAFTA in certain respects. However, cautious reliance on certain principles developed in a number of those cases, as persuasive authority, to the extent that they cover the same matters as the NAFTA, may advance the body of law, which in turn may serve predictability in the interest of both investors and host States.”

⁴³ Un chiaro di riferimento “selettivo” a precedenti decisioni arbitrali è stato fornito nei casi *Enron, cit.*, para. 258 e *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006, para. 363 nei quali è stato negato valore di precedente alle decisioni NAFTA che, applicando la Nota interpretativa adottata dalla FTC nel 2001, avevano interpretato l'obbligo di trattamento giusto ed equo in senso restrittivo. In entrambi i casi, i Tribunali avevano motivato la loro decisione in riferimento al diverso ambito normativo nel quale tale interpretazione era stata sviluppata.

⁴⁴ Per quanto riguarda l'utilizzo della giurisprudenza del Tribunale Iran-Stati Uniti negli arbitrati ICSID, DRAHOZAL C.R., *The Iran-US Tribunal and Investment Arbitration: A Citation Analysis*, in *Transn. Disp. Manag.*, 3(2), April 2006, 3 osserva che [t]his citation analysis finds significant citation of Tribunal precedent in ICSID arbitrations, with almost 45% of the ICSID awards that reach the merits of the dispute citing at least one Tribunal award”. Sul punto si vedano anche GIBSON C.S., DRAHOZAL C.R., *Iran-United States Claims Tribunal Precedents in Investor-State Arbitration*, in *Journ. Intl. Arb.*, 23(6), 2006, 521-546. In una prospettiva più ampia COMMISSION J.P., *Precedents in Investment Treaty Arbitration. A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence*, in *Journ. Intl. Arb.*, 24(2), 2007, 129-158 il quale mette in risalto come nei lodi recenti sia frequente il richiamo a decisioni adottate, oltre che da altri tribunali arbitrali, da “the Permanent Court of International Justice, the International Court of Justice, ad hoc and other arbitral tribunals, the World Trade Organization’s dispute settlement and appellate bodies, the European Court of Justice, the European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights, national courts”

⁴⁵ BROWER C:H., BRUESCHKE J.D., *op. cit.*, 655. In sens conforme HEISKANEN V., *op. cit.*, 19

⁴⁶ DRAHOZAL C.R., *op. cit.*, 3 osserva che “[n]ot surprisingly, the most frequently cited Tribunal awards are those dealing with expropriation and compensation standards”. In generale BRUNETTI M., *The Iran-United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation*, in *Chicago Journ. Intl. L.*, 2, 2001, 203-211

⁴⁷ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran, Algiers, 18 January 1981, in *Iran-US CTR*, 1, 3

measures affecting property rights”. La maggior parte dei ricorsi decisi sulla base di tale disposizione ha riguardato casi di espropriazione indiretta⁴⁸, derivando da misure adottate dal Governo iraniano che, senza intaccarne il titolo, avevano comportato il sostanziale svuotamento dei diritti di proprietà di cittadini o imprese statunitensi.

L’approccio adottato dal Tribunale ribadisce e rafforza l’impostazione già seguita nelle decisioni citate in precedenza. Da un lato, infatti, viene confermato che la mancanza di un formale trasferimento del titolo di proprietà non impedisce l’applicazione delle norme internazionali sull’espropriazione, quando le misure statali abbiano un effetto equivalente a quello di un’espropriazione formale. Dall’altro, viene definitivamente chiarita l’irrelevanza del dato soggettivo, vale a dire della dimostrazione di un intento espropriativo in capo alle autorità nazionali.

Il richiamo a questi due elementi ricorre in numerose decisioni: nel caso *Starrett*, ad esempio, è stato statuito che “[i]t is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them [...]”⁴⁹. Una formulazione ancora più netta del medesimo concetto è stata articolata nella decisione *Tippetts*, nella quale il Tribunale ha chiarito che “[t]he intent of the government is less important than the effect of the measures on the owner, and the form of the measures of control and interferences is less important than the reality of their impact”⁵⁰. La linea tracciata in queste due decisioni è stata

⁴⁸ Il contributo offerto dal Tribunale allo sviluppo della disciplina internazionale sull’espropriazione è importante anche da l punto di vista quantitativo, visto che in materia sono state adottate più di 60 sentenze in un arco temporale di quasi 20 anni. Tra queste, gli unici casi di espropriazione diretta avevano riguardato la nazionalizzazione delle imprese bancarie ed assicuratrici avvenuta con l’adozione di una legge nel 1979. Si vedano, ad esempio, *American International Group, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Award No. 93-2-3 of 19 December 1983, Iran-US CTR, 4, 96; *INA Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Award No. 184-161-1 of 13 August 1985, Iran-US, 8, 373

⁴⁹ *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Award No. ITL 32-24-1 of 19 December 1983, Iran-US CTR, 4, 154

⁵⁰ *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, Award No. 141-7-2 of 29 June 1984, Iran-US CTR, 5, 225-226. In *Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran*, Award No. 425-39-2 of 29 June 1989, Iran-US, 21, 115 il Tribunale ha affermato che “a government liability to compensate for expropriation of alien property does not depend on proof that the expropriation was intentional [...]”

seguita in modo scrupoloso nelle successive sentenze⁵¹, con un'unica eccezione che ha riguardato la rilevanza dell'elemento soggettivo. Nel caso *Sea Land*, infatti, il Tribunale ha rigettato il ricorso dell'impresa statunitense, osservando come “finding of expropriation would require, at the very least, that the Tribunal be satisfied that there was deliberate governmental interference with the conduct of the Sea-Land's operation, the effect of which was to deprive Sea-Land of the use and benefit of its investment”⁵².

Come già anticipato, la giurisprudenza del Tribunale Iran-Stati Uniti in materia di espropriazione indiretta ha avuto un impatto rilevante sull'evoluzione della disciplina internazionale, rappresentando un punto di riferimento per numerose decisioni arbitrali successive. Il fenomeno ha riguardato anche controversie nelle quali le misure statali costituivano esercizio dei propri poteri di regolazione da parte delle autorità nazionali.

Tale eventualità non ha impedito l'applicazione anche in queste circostanze delle norme sull'espropriazione posto che come osservato nel caso *Occidental* “expropriation does not involve the transfer of the title to a given property, which was the distinctive feature of traditional expropriation under international law. It may of course affect the economic value of an agreement. Taxes can result in expropriation as can other types of regulatory measures.”⁵³ Una posizione analoga era già stata espressa in *Metalclad*, un caso che riguardava l'adozione da parte delle autorità messicane di un decreto che, con l'obiettivo di tutelare l'ambiente, impediva all'investitore americano di sfruttare la discarica dallo stesso costruita nella città di Guadalcazar. In questa circostanza, il Tribunale NAFTA ha confermato che “[...] expropriation [...] includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, [...] but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or

⁵¹ *Harold Birnbaum v. Islamic Republic of Iran*, Award No. 549-967-2 of 6 July 1993, Iran-US CTR, 29, 267-268; *Thomas Earl Payne v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Award No. 245-335-2 of 8 August 1986, Iran-US CTR, 12, 11; *Foremost Teheran, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, et al., Award No. 220-37/231-1 of 11 April 1986, Iran-US CTR, 10, 249-252; *Phelps Dodge Corp., et al. v. Islamic Republic of Iran*, Award No. 217-99-2 of 19 March 1989, Iran-US CTR, 10, 129-130; *Sedco Inc. v. National Iranian Oil Co., et al.*, Award No. ITL 55-129-3 of 28 October 1985, Iran-US CTR, 9, 276-279

⁵² *Sea Land Service, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Award No. 135-33-1 of 22 June 1984, Iran-US CTR, 6, 166

⁵³ *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, Award of 1 July 2004, para. 85

in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit [...]”⁵⁴

Ai fini del presente lavoro, si deve rilevare come le decisioni arbitrali relative al settore degli investimenti infrastrutturali si pongano in una linea di continuità rispetto a tale impostazione giurisprudenziale. L’applicabilità delle condizioni dettate dal diritto internazionale anche in questo ambito è stata, infatti, ribadita a più riprese. Nel caso *CME*, relativo alla liberalizzazione del mercato televisivo ceco, il panel arbitrale investito della controversia ha statuito che “[d]e facto or in direct expropriations, i.e. measures that do not involve an overt taking but that effectively neutralize the benefit of the property of foreign owner, are subject to expropriation claim”⁵⁵. Una conclusione analoga è stata adottata anche nel caso *Telenor*, nel quale l’investitore norvegese sosteneva che l’imposizione dell’obbligo di contribuire ad un fondo per garantire il servizio universale nel settore delle telecomunicazioni imposto nei suoi confronti dal governo ungherese costituisca un atto di espropriazione del suo investimento. In tale circostanza, il Tribunale, sebbene abbia respinto il ricorso nel merito, ha comunque ammesso che “[e]xpropriations can take various forms. [They] may also be indirect, as where, without the taking of property, the measure of which complaint is made substantially deprive the investment of economic value.”⁵⁶ Da ultimo, nel caso *LG&E*, dopo aver riconosciuto la libertà dello Stato di utilizzare i suoi poteri sovrani per il perseguimento dell’interesse generale, il Tribunale ha sottolineato come “[h]owever, expropriation in any of its modalities requires due process and compensation under international law”⁵⁷.

L’uniformità che contraddistingue la giurisprudenza internazionale in materia si riflette anche in dottrina. Tutti gli autori, infatti, concordano sul fatto che, come affermato in uno dei primi studi sistematici sul tema, “i) [...] a State may expropriate property, when it interferes with it, even though the State expressly disclaims any such intention” e “ii) [...] even though a State may not purport to

⁵⁴ *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. (AF)/97/1, Award of 30 August 2000, para. 103. In senso conforme *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 6 February 2007, para. 245 nel quale il Tribunale ha riconosciuto come “[t]he Treaty refers to measures that have the effect of an expropriation; it does not refer to the intent of the State to expropriate.”

⁵⁵ Caso *CME*, *cit.*, para. 604

⁵⁶ Caso *Telenor*, *cit.*, para. 63

interfere with rights to property, it may, by its actions, render those rights so useless that it will be deemed to have expropriated them”⁵⁸. Proprio in ragione di tale marcata convergenza, l’equiparazione dell’espropriazione indiretta a quella diretta in ragione dell’equivalenza degli effetti tra queste due tipologie è oggi considerato “the orthodox approach”⁵⁹. Tuttavia l’applicazione di tale approccio in materia di espropriazione regolativa solleva alcuni problemi per quanto riguarda il bilanciamento tra rispetto della sovranità statale e tutela degli investitori stranieri. La questione è stata specificamente affrontata in alcune controversie concernenti gli investimenti infrastrutturali e merita, perciò, di essere analizzata nel dettaglio.

3. La distinzione tra espropriazione regolativa e regolazione: considerazioni metodologiche

3.1 Introduzione

Nei casi di espropriazione diretta il problema principale riguarda il rispetto da parte dello Stato delle condizioni poste dal diritto internazionale, tra le quali la più problematica è sempre stata la determinazione dell’indennizzo. Viceversa, le ipotesi di espropriazione indiretta impongono, prima di tutto, di verificare se le misure statali possano considerarsi un atto espropriativo⁶⁰. Solo nel caso in cui il quesito sia risolto in senso affermativo, dovrà valutarsi se l’espropriazione persegua un interesse generale, non sia discriminatoria, sia accompagnata dalla previsione di un equo indennizzo a favore del soggetto espropriato e, ove previsto dal trattato di riferimento, rispetti i principi dell’equo processo⁶¹.

Sebbene piuttosto chiara dal punto vista teorico, la distinzione tra questi due momenti risulta generalmente poco valorizzata nella prassi arbitrale, fatte salve alcune eccezioni rilevanti anche in materia di investimenti esteri⁶². Come

⁵⁷ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 186

⁵⁸ CHRISTIE G.C., *op. cit.*, 311

⁵⁹ In questo senso NEWCOMBE A., *op. cit.*, 9-20

⁶⁰ BEEN V., BEAUVAIS J.C., *The Global Fifth Amendment? NAFTA’s Investment Protections and the Misguided Quest for an International “Regulatory Takings” Doctrine*, in NY Univ. L. Rev., 78, 2003, 55

⁶¹ SCHREUER C., *The Concept of Expropriation*, *cit.*, 3. In senso analogo *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007, para. 283 dove si afferma che “[t]he question of indirect or creeping expropriation requires a more complex assessment”

⁶² Nel caso *LG&E*, *cit.*, para. 194 si osserva come “[i]t is important not to confound the State’s right to adopt policies with its power to take an expropriatory measure”

osservato da parte della dottrina, vi è, infatti, la tendenza a risolvere in modo congiunto la questione dell'esistenza di un atto espropriativo e quella della sua legittimità sul piano internazionale⁶³. La confusione tra i due livelli si ripropone in momenti diversi della definizione e, per tale ragione, sarà esaminata nel corso dell'analisi relativa a ciascuno di questi, mettendo anche in luce se questo incida sui tentativi di trovare un punto di equilibrio tra espropriazione e regolazione.

3.2 Il rapporto tra rispetto della sovranità statale e tutela degli investitori in materia di espropriazione regolativa: le statuizioni di principio

La necessità di fissare una linea di demarcazione tra espropriazione e regolazione assume un'urgenza particolare rispetto all'espropriazione regolativa, soprattutto in settori quali i servizi pubblici infrastrutturali⁶⁴. Come si è già avuto modo di ribadire a più riprese, in questi casi la capacità degli Stati di limitare l'esercizio dell'attività economica privata rappresenta uno degli attributi essenziali della sovranità interna. A tale proposito, è stato giustamente osservato che “ [...] è ovvio che non tutti i tipi di “interferenza” [...] possono essere considerati rilevanti ai fini della loro inclusione nella categoria delle misure ablativo alla quale ricollegare il rilievo delle norme internazionali che qui interessano.”⁶⁵ L'affermazione risulta ampiamente condivisa in dottrina, dove si riconosce che “[i]n principle there is widespread consensus that regulatory measures pursued for legitimate objectives cannot be regarded as indirect expropriation”⁶⁶.

⁶³ PAULSSON J., DOUGLAS Z., *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, in HORN N. (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, 148

⁶⁴ WÄLDE T. KOLO A., *op. cit.*, 812-813 sostengono che “[...] the question of what [regulatory] measures short of direct and formal taking of private property amount to expropriation [...] of foreign investment has bedevilled governments, international tribunals, and international lawyers. The debate is far from resolution. It is in fact likely to intensify following the privatization of many functions hitherto regarded as exclusively and naturally a public service”

⁶⁵ FRIGO M., *Le limitazioni*, *cit.*, 30

⁶⁶ REINISCH A., *op. cit.*, 27. REISMAN M.W., SLOANE R. D., *op. cit.*, 129 sostengono che “[...] this is not to say that every governmental adjustment to the normative framework of the host state that adversely affects foreign investment will constitute an expropriatory act.”. È interessante osservare come questo aspetto sia stato esplicitamente sottolineato anche dalla Dichiarazione ministeriale adottata in ambito OECD (OECD, *Ministerial statement on the Multilateral Agreement on Investment*, Paris, 27-28 1998, para. 15) per tentare di rivitalizzare i negoziati sul MAI, affermando che “[t]he MAI would establish mutually beneficial international rules which would not inhibit the normal non-discriminatory exercise of regulatory powers by governments and such exercise of regulatory powers would not amount to expropriation.”

Posizioni del tutto analoghe sono state adottate anche nella prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali, così come in altre decisioni adottate in settori diversi⁶⁷. Per quanto riguarda l'ambito che qui interessa maggiormente, il punto è stato espressamente affrontato nel caso *Azurix*, dove è stato riconosciuto che “[i]n the exercise of their public policy function, governments take all sort of measures that may affect the economic value of investments without such measures giving rise to a need to compensate”⁶⁸. In senso analogo, il lodo *Telenor* ha inteso sottolineare come “[i]t is well established that the mere exercise by government of regulatory powers that create impediments to business or entail the payment of taxes or other levies does not of itself constitute expropriation.”⁶⁹

D'altra parte, un'impostazione di segno diverso risulterebbe del tutto incompatibile con i principi fondamentali sui quali si fonda il sistema internazionale, imponendo limiti eccessivi alla sovranità statale. Infatti, nel caso in cui ogni interferenza con i diritti di proprietà degli investitori stranieri dovesse essere considerata un atto espropriativo, lo Stato sarebbe costretto ad indennizzare gli investitori stranieri anche in situazioni che rientrano nel normale esercizio dei suoi poteri sovrani⁷⁰.

Questo tipo di rischio non può, però, portare ad ritenere che qualsiasi misura di regolazione adottata dallo Stato non possa mai essere considerata un atto espropriativo⁷¹. Questo perché, attualmente la maggior parte dei ricorsi nei quali si lamenta un atto di espropriazione da parte dello Stato ospite riguarda l'esercizio di poteri regolativi⁷². La proposta di escludere l'obbligo di indennizzo nel caso in cui i limiti all'esercizio o al valore dell'investimento derivino da una misura di regolazione risulta, perciò, inaccettabile. A questo proposito, nel caso *Pope & Talbot*, è stato osservato che “a blanket exception for regulatory measures would

⁶⁷ Si veda, per tutti, *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002, para. 103

⁶⁸ Caso *Azurix*, *cit.*, para. 310

⁶⁹ Caso *Telenor*, *cit.*, para. 64

⁷⁰ Sul punto SCHREUER C., *The Concept of Expropriation*, *cit.*, 28; GANTZ D.A., *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement*, *Am. Univ. Intl. L. Rev.*, 19, 2004, 684; MANN H., *The Right of State to Regulate and International Investment Law*, in UNCTAD, *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, Geneva-New York, 2003, 211-223

⁷¹ La posizione è stata recentemente rigettata in *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 20 August 2007, para. 7.5.20

⁷² COE J.Jr., RUBINS N., *op. cit.*, 633

create a gaping loophole in international protection against expropriation”⁷³. Una scelta di questo tipo comporterebbe, infatti, una drastica riduzione dell’efficacia del sistema internazionale di tutela, offrendo agli Stati la possibilità di sottrarsi alle proprie responsabilità sul piano internazionale semplicemente invocando questa sorta di “regulatory exemption”⁷⁴.

Il semplice riferimento a queste statuizioni di principio mette già in luce come la definizione del concetto “espropriazione regolativa” costituisca un ambito nel quale la tensione tra il rispetto della sovranità statale e la tutela degli interessi dell’investitore assume un’intensità del tutto peculiare. Tale caratteristica emerge in modo ancora più evidente quando dal piano delle affermazioni si passa a quello delle soluzioni e, per questo motivo, non può sorprendere che l’argomento, nonostante ampiamente studiato in dottrina e giurisprudenza, risulti ancora oggi uno degli aspetti più controversi dell’intera materia.

3.3 La prevalenza di un approccio casistico per la definizione dell’espropriazione regolativa

i) La proposta di una lista di *legitimate regulatory purposes* ai quali fare riferimento per la definizione dell’espropriazione regolativa

La determinazione dell’esistenza di un’espropriazione regolativa, vale a dire della distinzione tra quest’ultima e le misure di regolazione che non importano un obbligo di indennizzo a carico dello Stato, è una questione che non si presta ad essere risolta in astratto, essendo necessaria un’attenta valutazione delle circostanze concrete. Risulta, perciò, poco praticabile la soluzione invocata da parte della dottrina di elaborare un elenco di *legitimate regulatory purposes* da utilizzare per distinguere tra regolazione ed espropriazione⁷⁵. Secondo tale impostazione, tale lista dovrebbe comprendere una serie di obiettivi di natura non economica ai quali gli Stati potrebbero fare riferimento per l’adozione di misure che, anche se limitative dell’attività economica privata, non potrebbero essere considerate atti espropriativi. Il punto di riferimento per l’elaborazione dell’elenco dovrebbe essere la prassi degli Stati, così come rilevabile dalle norme

⁷³ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, NAFTA Case, Interim Award of 26 June 2000, para. 99

⁷⁴ COE J.Jr., RUBINS N., *op. cit.*, 632-634

⁷⁵ WEINER A., *Indirect Expropriation: The Need for a Taxonomy of “Legitimate” Regulatory Purposes*, in *Intl. L. Forum dr. int.*, 5, 2003, 166-175

convenzionali e dalle posizioni da questi espresse in seno alle organizzazioni internazionali. Questi autori ritengono che l'analisi di tali strumenti riveli l'esistenza di un ampio consenso circa la legittimità delle misure che mirano alla tutela dei diritti dei lavoratori o dell'ambiente.

Nelle intenzioni dei proponenti, tale strumento dovrebbe contribuire ad una definizione della regolazione espropriativa più rispettosa delle prerogative sovrane degli Stati, impedendo che misure di interesse generale possano essere comprese nel suo ambito applicativo.

ii) La necessità di un approccio più attento alle circostanze del caso e il ruolo predominante degli organi arbitrali

La proposta, per quanto astrattamente interessante, sconta una serie di debolezze dal punto di vista pratico. Prima di tutto, appare quanto meno improbabile che si possa giungere ad un accordo su un punto tanto controverso, a meno che non ci si limiti a statuizioni di principio molto generali e, dunque, poco significative. Inoltre, non è chiaro in quale ambito dovrebbe essere esperito un tentativo tanto complesso, né in quale tipologia di atto l'elenco dovrebbe essere inserito: se in un vero e proprio trattato internazionale, in una dichiarazione non vincolante adottata da un'organizzazione internazionale, quale potrebbero essere l'UNCTAD e l'OECD, o in una proposta avanzata da un gruppo di giuristi internazionali, sulla scorta di quanto già avvenuto in passato. La proposta risulta impraticabile perché non tiene nella dovuta considerazione che il problema principale della distinzione tra regolazione ed espropriazione non riguarda l'astratta legittimità degli obiettivi perseguiti dallo Stato, quanto le modalità concrete utilizzate per il loro perseguimento. Facendo riferimento al caso dei servizi pubblici infrastrutturali, ad esempio, il fatto che la misura sia stata adottata a tutela del diritto di accesso, un obiettivo sicuramente legittimo, non esenta l'arbitro internazionale dal valutare se i mezzi utilizzati siano giustificati o se, al contrario, costituiscano un abuso da parte dello Stato.

Tali difficoltà sono state sottolineate in modo molto chiaro nel caso *Generation Ukraine*. Dapprima, il Tribunale ha riconosciuto che la possibilità di determinare *ex ante* i casi rientranti nell'ambito applicativo dell'espropriazione indiretta non sarebbe utile solo per la soluzione delle singole controversie, ma avrebbe ricadute positive di più ampia portata, contribuendo a rafforzare la legittimità dell'intero

sistema di tutela. Successivamente il medesimo organo arbitrale ha dovuto ammettere che, allo stato attuale, “[...] there is no checklist, no mechanical test to achieve that purpose” e che, per tale ragione “[t]he decisive considerations vary from case to case, depending not only on the specific facts of a grievance but also on the way the evidence is presented, and the legal bases pleaded. The outcome is a judgment, *i.e.* the product of discernment, and not the printout of a computer programme.”⁷⁶

Conclusioni analoghe erano già state adottate dalla dottrina più risalente, la quale aveva osservato che la determinazione di quali tipologie di interferenze, diverse dalle ipotesi di espropriazione formale, possano considerarsi un atto di espropriazione deve necessariamente avvenire in concreto, applicando un approccio eminentemente casistico, sul modello di quello sviluppato dai giudici di *common law*⁷⁷. La dottrina maggioritaria contemporanea appare su posizioni sostanzialmente analoghe, ritenendo che la ricerca di una “[...] magical formula, susceptible to mechanical application”⁷⁸ sia un esercizio futile e destinato al fallimento⁷⁹. Ai fini del presente lavoro è interessante osservare che tra le ragioni avanzate da questa parte della dottrina a supporto dell’approccio casistico vi è anche la necessità di garantire un adeguato spazio discrezionale agli Stati ospiti, specialmente in settori quali i servizi pubblici. A tale proposito si ritiene, infatti, che solo in questo modo il test utilizzato per l’espropriazione regolativa possa essere sufficientemente flessibile così da consentire un suo adattamento alle nuove esigenze poste proprio dagli “[...] investments in privatized public services as states retreat from their role as providers to assume a more regulatory function.”⁸⁰ Proprio in ragione di tale esigenza, la determinazione di quali misure rientrino nell’ambito dell’espropriazione regolativa è un compito che deve necessariamente essere svolto dagli organi arbitrali, gli unici in grado di adattare disposizioni

⁷⁶ Caso *Generation Ukraine*, *cit.*, para. 20.29

⁷⁷ CHRISTIE G.C., *op. cit.*, 309

⁷⁸ PAULSSON J., *Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk?*, in *Transn. Disp. Manag.*, 3(2), April 2006, 2

⁷⁹ REINISCH A., *op. cit.*, 27. Sul punto FORTIER Y.L., DRYMER S., *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, in *ICSID Review-FILJ*, 19(2), Fall 2004, 293-397

⁸⁰ PAULSSON J., DOUGLAS Z., *op. cit.*, 146

normative inevitabilmente astratte alle necessità del caso concreto⁸¹. L'intrinseca inadeguatezza degli strumenti normativi nella soluzione di questi tipi di problemi richiama quanto già osservato a proposito della definizione del trattamento giusto ed equo e, in questo caso, è stata almeno in parte riconosciuta anche dagli Stati in alcuni trattati internazionali recenti. L'Allegato 10-D dell'Accordo di libero scambio concluso nel 2005 tra gli Stati Uniti e il Cile prevede, ad esempio, che “[t]he determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry”⁸²

Nonostante l'approccio da ultimo analizzato sia il più utilizzato per la definizione di un concetto sfuggente quale quello di espropriazione indiretta, è difficile nascondere i rischi che questo comporta per la sovranità statale⁸³. Come già visto in precedenza, infatti, la tendenza prevalente nella prassi arbitrale è quella di estendere l'ambito protettivo degli strumenti di tutela, attraverso l'adozione di interpretazioni espansive di concetti aventi carattere aperto⁸⁴. Non sorprende, perciò, che, accanto al riconoscimento della necessità di un *case-by-case inquiry*, le disposizioni convenzionali da ultimo citate prevedano anche una serie di criteri guida che dovrebbero in qualche modo restringere la libertà di azione degli arbitri internazionali⁸⁵. La scelta non sembra, però, in grado di eliminare l'ampio spazio di discrezionalità implicito in concetti di questo tipo. Il problema del

⁸¹ FORTIER Y., *Caveat Investor: The Meaning of Expropriation and the Protection Afforded Investors under NAFTA*, ICSID News, 20(1), 2003, 1 osserva che “[...] it inevitably falls to the adjudicator to determine, in the light of the facts at issue, whether particular conduct by a State ‘crosses the line’ that separate valid regulatory activity from expropriation”

⁸² *United States-Chile Free Trade Agreement* (2005), Annex 10-D. para. 4(a). Formule analoghe sono state utilizzate anche in *United States-Australia Free Trade Agreement* (2004), Annex 11-2, para. 4(a); *Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement* (2004), Annex 10-C. para. 4(a); *United States-Singapore Free Trade Agreement* (2003), Exchange of Letters on Expropriation, 6 March 2003, para. 4(a). Sul punto si vedano EDSALL R.D., *Indirect Expropriation under NAFTA and DR-CAFTA: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulations*, in Boston Univ. L. Rev., 86, 2006, 938-939; SUBEDI S.P., *The Challenge of Reconciling the Competing Principles within the Law of Foreign Investment with Special Reference to the Recent Trend in the Interpretation of the Term “Expropriation”*, in The Intl. Lawyer, 40(1), 2006, 135-136

⁸³ In particolare sul punto BEEN V., BEAUVAIS J.C., *op. cit.*, 51-59 le quali sostengono che la mancata definizione del concetto in via legislativa costituisca una scelta consapevole dei redattori per consentire agli arbitri una maggiore libertà d'azione nel garantire la tutela dell'investimento

⁸⁴ Sul punto si vedano le considerazioni già svolte in precedenza e in particolare sull'interpretazione teleologica del concetto di espropriazione indiretta si vedano DOLZER R., *Indirect Expropriations: New Developments?*, in NY Univ. Env. L. Journ., 11(1), 2003, 73-74 e LOWE V., *Regulation or Expropriation?*, *cit.*, 452

⁸⁵ I diversi criteri saranno valutati nei paragrafi successivi

bilanciamento tra rispetto della sovranità statale e tutela degli investimenti esteri in materia di espropriazione regolativa è, dunque, una questione che, come altre già analizzate, deve necessariamente essere risolta dagli organi arbitrali.

4. L'impostazione tradizionale: l'impatto della misura sull'investimento quale criterio decisivo per la distinzione

4.1 Introduzione

L'adozione dell'approccio casistico non impedisce di estrapolare alcune linee di tendenza generali, dalle quali desumere i criteri generalmente utilizzati per tracciare il confine tra espropriazione e regolazione⁸⁶. Il criterio tradizionalmente più utilizzato per la distinzione tra espropriazione regolativa ed esercizio dei normali poteri di regolazione da parte dello Stato è quello dell'impatto della misura sull'investimento. Secondo quanto osservato in alcune decisioni arbitrali recenti, infatti, “[e]xpropriation tends to involve the deprivation of ownership rights, regulation a lesser interference”⁸⁷. Il punto è stato ribadito anche in materia di investimenti infrastrutturali, come nel caso *Nykomb*, dove il Tribunale ha statuito che “the decisive factor for drawing the border line towards expropriation must primarily be the degree of possession taking or control over the enterprise”⁸⁸. Secondo il criterio in esame si ha espropriazione regolativa qualora la misura statale abbia un impatto negativo sostanziale e non meramente temporaneo su alcuni degli attributi fondamentali del diritto di proprietà o sul valore economico dell'investimento.

L'approccio in esame, facendo riferimento in via esclusiva al criterio dell'effetto, rappresenta la trasposizione in questo ambito del ragionamento sul quale si fonda l'applicazione delle norme internazionali sull'espropriazione diretta alle ipotesi di espropriazione indiretta. Il punto risulta in modo evidente dall'analisi delle decisioni arbitrali e delle elaborazioni dottrinali in materia di espropriazione regolativa. In entrambi i contesti, infatti, la scelta di utilizzare il criterio dell'impatto della misura per la definizione dell'espropriazione regolativa è

⁸⁶ In argomento FRIGO M., *Le limitazioni*, cit., 30

⁸⁷ Caso *S:D. Myers*, cit., para. 282; caso *Tecmed*, cit., para. 115

⁸⁸ *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. Republic of Latvia*, Energy Charter Treaty Case, Arbitral Award of 16 December 2003, para. 4.3.1. In senso analogo caso *Vivendi II*, cit., para. 7.5.20

generalmente motivata facendo riferimento alle pronunce della Corte permanente di giustizia internazionale, della Corte internazionale di giustizia o del Tribunale Iran-Stati Uniti viste in precedenza. In uno degli studi sistematici recentemente dedicati alla materia è stato osservato che l'impostazione seguita in ultime pronunce per giustificare l'applicazione delle disposizioni internazionali sull'espropriazione alle ipotesi di espropriazione indiretta debba ormai considerarsi "dominant in international law" anche per quanto riguarda la distinzione tra espropriazione regolativa e regolazione⁸⁹.

Secondo parte della dottrina, questo modo di procedere rappresenta un esempio della *fusion fallacy* alla quale si è fatto riferimento in precedenza⁹⁰. Così facendo, infatti, arbitri e autori internazionali risolverebbero in un unico passaggio due questioni appartenenti a piani concettuali diversi, vale a dire la valutazione se la misura statale abbia comportato lo spossessamento dell'investitore, o un grave danno economico all'investimento, e la determinazione dell'esistenza di un obbligo di indennizzo a carico dello Stato sul piano internazionale. In questo modo, si avrebbe una "simultaneous and therefore ambiguous reference to both fact and legal consequences"⁹¹, con implicazioni negative per quanto riguarda la chiarezza analitica.

La critica rischia, però, di risultare eccessivamente astratta e, dunque, poco significativa sul piano pratico, posto che la soluzione di entrambe le questioni dipende dalla valutazione delle conseguenze negative che la misura ha avuto sull'investimento. Per quanto riguarda il primo momento, vale a dire la determinazione della sussistenza di un atto espropriativo, ciò che rileva, secondo l'impostazione in esame, è l'impatto che l'intervento regolativo statale ha avuto sull'attività economica dell'investitore straniero. Per quanto attiene al secondo momento, la possibilità di applicare anche in questo caso le norme relative all'espropriazione diretta, costringendo lo Stato al versamento di un indennizzo, l'elemento decisivo è, come visto in precedenza, l'effetto della misura statale. È evidente che, al di là delle differenze terminologiche, l'utilizzo di questi due

⁸⁹ NEWCOMBE A., *op. cit.*, 5 e 10-11. In senso analogo COE J. Jr, RUBINS N., *op. cit.*, 636 i quali, citando HIGGINS R., *op. cit.*, 324, osservano che "[...] the same approach applies equally to regulatory and non regulatory interference with property"

⁹⁰ Sul punto PAULSSON J., DOUGLAS Z., *op. cit.*, 150

criteri imponga all'interprete l'esame del medesimo aspetto. Nel caso in cui si adotti l'impostazione tradizionale per distinguere tra espropriazione e regolazione, ogni tentativo di distinguere le due dimensioni risulta, perciò, poca significativo. Al fine di valutare se la misura di regolazione statale abbia avuto un impatto negativo sostanziale sull'investimento e possa, dunque, considerarsi un caso di espropriazione regolativa, l'interprete è chiamato a prendere in considerazione due aspetti diversi: la durata dell'impatto e la sua intensità.

4.2 La dimensione temporale: la durata dell'impatto

Per quanto riguarda la durata dell'interferenza, il panel arbitrale in *LG&E* ha chiarito che “[...] the expropriation must be permanent, that is to say it cannot have a temporary nature”⁹² e ha successivamente escluso che nel caso di specie le misure argentine potessero considerarsi un atto di espropriazione perché, *inter alia*, “[...] the effect of the Argentine State’s actions has not been permanent on the value of the Claimants’ shares [...]”⁹³.

L'interpretazione restrittiva adottata nel caso da ultimo citato risulta conforme con una linea di tendenza consolidata nella prassi arbitrale internazionale⁹⁴. La possibilità di considerare un'interferenza temporanea come un elemento sufficiente per l'esistenza di un'espropriazione è stata ammessa in un numero estremamente limitato di casi e solo in via teorica. Nel caso *S.D. Myers*, ad esempio, il Tribunale ha prima ammesso che “[...] in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a deprivation as amounting to an expropriation even if it were partial and temporary”⁹⁵, salvo escludere che le misure canadesi in esame potessero considerarsi tali, avendo avuto queste una durata di appena sedici mesi⁹⁶.

L'esclusione delle interferenze che non abbiano il requisito della permanenza dall'ambito applicativo dell'espropriazione regolativa risulta, inoltre, condivisibile

⁹¹ WESTON B.H., “*Constructive Takings*” *Under International Law: A Modest Foray Into the Problem of “Creeping Expropriation”*, in *Virginia Journ. Intl. L.*, 16, 1975, 112

⁹² Caso *LG&E*, *cit.*, paras. 192-193

⁹³ *Ibid.*, para. 200. In senso analogo caso *Generation Ukraine*, *cit.*, para. 20.32

⁹⁴ Si veda, per tutti, caso *Tippetts*, *cit.*, para. 225. Sul punto NOUVEL Y., *Les mesures equivalent à une expropriation dans la pratique recente des tribunaux arbitraux*, in *Rev. gen. dr. int. publ.*, 1, 2002, 91

⁹⁵ Caso *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA) Case, Award of 30 December 2002, para. 283

⁹⁶ *Ibid.*, paras. 286-288

anche dal punto di vista del bilanciamento tra la tutela degli interessi privati e il rispetto della sovranità statale. Una scelta di segno diverso comporterebbe, infatti, l'impossibilità per lo Stato di imporre limitazioni temporanee all'esercizio dell'attività economica privata per il perseguimento di interessi generali, imponendo, perciò, una restrizione eccessiva alla sua capacità di azione in questo senso.

E' importante precisare che l'adozione di questo tipo di impostazione non deve intendersi nel senso di escludere che una misura temporanea possa essere considerata un'espropriazione. Ciò che rileva non è la durata dell'atto, quanto la persistenza degli effetti negativi sull'investimento⁹⁷. Nel caso *Consortium RFCC*, ad esempio, il Tribunale ha statuito che “[s]’il n’est pas nécessaire que cette disparition soit permanente, une mesure temporaire doit alors avoir des conséquences substantielles équivalentes à une perte définitive.”⁹⁸

Lo Stato non potrà, perciò, sottrarsi alle proprie responsabilità sul piano internazionale semplicemente sostenendo che le misure di regolazione adottate sono destinate ad avere una validità limitata nel tempo⁹⁹. Contrariamente a quanto osservato in precedenza, una soluzione di tal sorta rischierebbe, infatti, di limitare eccessivamente l'efficacia del sistema di tutela. Gli investitori stranieri non avrebbero alcun rimedio contro le misure statali che, sebbene comportino una limitazione della libertà imprenditoriale privata non consentita dal diritto internazionale, sfuggono alle sanzioni da questo previste perché inserite in atti di natura formalmente temporanea.

4.3 La dimensione sostanziale: l'intensità dell'impatto della misura

Il dibattito sull'intensità dell'impatto della misura presenta una situazione contraria rispetto a quanto rilevato in materia di durata: a fronte di una grande attenzione da parte della prassi internazionale, la questione non è ancora stata

⁹⁷ Tale considerazione è tratta da COE J. Jr., RUBINS N., *op. cit.*, 621

⁹⁸ *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc* ICSID Case No. ARB/00/6, Sentence arbitrale du 22 décembre 2003, para. 68

⁹⁹ Il rischio era già stato preconizzato da ALDRICH G., *What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-US Claims Tribunal*, in *Am. Journ. Intl. L.*, 88, 1994, 590 il quale osserva che “the deprivations were likely to be permanent, even termed ‘provisional’”. Questo tipo di posizione è stata ripetutamente assunta dall'Argentina: nel caso *Enron*, *cit.*, para. 238 il Tribunale riporta che “[t]he Respondent also asserts that temporary measures [...] do not qualify as expropriation [...]”. Il punto non è stato, però, considerato dal Tribunale nel rigettare le richieste avanzate sul punto dalla Enron

risolta in modo definitivo. Il problema principale riguarda l'esatta determinazione del *quantum* di interferenza necessario a far scattare l'obbligo di indennizzo a carico dello Stato¹⁰⁰.

i) L'ipotesi di espropriazione parziale

Uno degli aspetti più dibattuti a questo proposito è se possa aversi espropriazione regolativa solo nel caso in cui la misura statale abbia comportato la totale distruzione del valore economico dell'investimento o del diritto di proprietà, oppure sia sufficiente un'interferenza di proporzioni più limitate. Parte della dottrina, ha sostenuto che “[...] refuser de prendre en compe l’hypothèse de l’expropriation partielle aurait des consequences désastreuses.”¹⁰¹ In realtà, la prassi arbitrale ha assunto un atteggiamento decisamente più cauto¹⁰², anche se le soluzioni non appaiono sempre perfettamente concordanti. Per quanto riguarda la materia degli investimenti infrastrutturali, nel caso *Vivendi II* il Tribunale ha statuito che “[t]he weight of authority [...] appears to draw a distinction between only a partial deprivation of value (not an expropriation) and a complete or near complete deprivation of value (expropriation)”¹⁰³. Viceversa, nel lodo *Metalclad* la linea di demarcazione è stata fissata ad un livello più basso, ritenendo sufficiente una “covert or incidental interference with the use of the property which has the effect of depriving the owner, in whole or *in significant part* of the use [...]”¹⁰⁴.

Tale dicotomia non deve essere enfatizzata oltre misura, visto che l'evoluzione successiva ha portato all'adozione di soluzioni di compromesso che, sebbene non caratterizzate da estremo rigore analitico, hanno consentito il superamento di questa situazione di incertezza. La tendenza è evidente per quanto riguarda la materia degli investimenti infrastrutturali. In questo ambito, il riferimento a standard meno rigorosi ha quasi sempre carattere esclusivamente teorico, mentre è costante l'utilizzo da parte dei tribunali arbitrali dell'approccio più restrittivo nel momento della decisione finale. Questo modo di procedere è stato lucidamente

¹⁰⁰ COE J. Jr., RUBINS N., *op. cit.*, 621

¹⁰¹ MANCIAUX S., *op. cit.*, 477

¹⁰² Questa situazione è stata ammessa anche dagli stessi autori che sostengono la necessità di riconoscere piena cittadinanza anche alle ipotesi di interferenza parziale: MANCIAUX S., *op. cit.*, 478 osserva che “Si de lege ferenda, rien ne semble donc pouvoir s’opposer à l’existence du concept d’expropriation partielle [...] l’examen de la pratique arbitrale en la matière est plutôt décevant”

¹⁰³ Caso *Vivendi II*; *cit.*, para. 7-5.11. In senso analogo caso *Tecmed*, *cit.*, para. 116

¹⁰⁴ Caso *Metalclad*, *cit.*, para. 105 (corsivo aggiunto)

sottolineato nella decisione *Telenor*, dove si è osservato che “[t]here have been arbitral awards suggesting that deprivation of a substantial or significant part of the economic value of the investment may suffice to constitute expropriation. [...] However, these suggestions have typically been made in cases where the question of partial deprivation did not arise on the facts, and were no doubt designed to avoid excluding the possibility that partial deprivation might in an appropriate case constitute expropriation.”¹⁰⁵

La conferma di quanto espresso in *Telenor*, è fornito dalla decisione *CME*, caso nel quale alcune misure di regolazione, adottate nel quadro del processo di privatizzazione del settore televisivo ceco, sono state considerate un atto di espropriazione. La scelta del Tribunale di comprendere nell’ambito applicativo dell’espropriazione regolativa anche le situazioni di interferenza solo parziale sembra essere stata dettata dal fatto che tale riconoscimento avesse un mero valore teorico, visto che, in realtà, le misure contestate avevano completamente annullato la capacità produttiva dell’investimento.

ii) L’approccio rigoroso adottato in materia di investimenti infrastrutturali e il rispetto della sovranità statale

La tendenza prevalente nella prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali va nel senso di richiedere un’interferenza in genere molto elevata. Si ritiene, infatti, che “[t]he impact must be *substantial* in order that compensation may be claimed for the expropriation”¹⁰⁶. Il riferimento al carattere “sostanziale” dell’interferenza quale fattore decisivo ai fini della distinzione tra espropriazione regolativa e regolazione costituisce un elemento ormai costante nella prassi arbitrale recente nelle controversie che riguardano gli investimenti infrastrutturali¹⁰⁷. Parte della dottrina ritiene che la scelta sia poco felice dal punto di vista della certezza del diritto, posto che il termine ha un carattere intrinsecamente ambiguo e apre alla possibilità che anche interferenze di minore intensità possano essere ricomprese nell’ambito applicativo dell’espropriazione

¹⁰⁵ Caso *Telenor*, *cit.*, para. 66

¹⁰⁶ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 191 (corsivo aggiunto)

¹⁰⁷ Il riferimento al concetto di *substantial deprivation* è rinvenibile nel caso *Sempra*, *cit.*, para. 284; caso *Vivendi II*, *cit.*, para. 7.5.11, caso *Enron*, *cit.*, para. 245; caso *LG&E*, *cit.*, para. 191; caso *Telenor*, *cit.*, para. 65; caso *CMS*, *cit.*, para. 262. Si veda, inoltre OECD, “*Indirect Expropriation*”, *cit.*, 10-11 dove si osserva che “[t]here is broad support for the proposition that the interference has to be substantial in order to constitute expropriation”

regolativa¹⁰⁸. L'analisi della prassi arbitrale dimostra come, in realtà, tale rischio sia piuttosto remoto per quanto riguarda il settore degli investimenti infrastrutturali. In questo ambito, infatti, la necessità di un impatto sostanziale è stato tradizionalmente inteso in senso rigoroso, chiedendo all'investitore di dimostrare che le misure statali avevano comportato una totale privazione del diritto proprietà o la distruzione del valore economico dell'investimento¹⁰⁹.

Nel caso *Consortium RFCC*, è stato chiarito che per poter essere definita espropriativa, la misura statale deve avere “des effets substantiels d'une intensité certaine qui réduisent et/ou font disparaître les bénéfices légitimement attendus de l'exploitation des droits objets de ladite mesure à un point tel qu'ils rendent la détention de ces droits inutile”¹¹⁰.

Lo stesso tipo di lettura è stato adottato anche nella valutazione delle misure adottate nel 2000 dall'Argentina per contrastare la crisi finanziaria che aveva investito il Paese, le imponendo il congelamento delle tariffe di alcuni servizi pubblici e la loro “pesificazione”. Nel caso *CMS*, il Tribunale ha ritenuto che l'applicazione dello standard della “substantial deprivation” comportasse la necessità di valutare “[...] whether the enjoyment of the property has been effectively neutralized.”¹¹¹ In *LG&E* questo criterio è stato interpretato nel senso di escludere che si possa parlare di espropriazione se la misura, sebbene determini una contrazione nei profitti, lasci all'investimento la possibilità di operare, o, in altre parole, “[does not] deprive the investors of the right to enjoy their investment”¹¹². In *Enron*, è stato ribadito che “[s]ubstantial deprivation results in that light from depriving the investor of the control of the investment, managing the day-to-day operations of the company, arrest and detention of company officials or employees, supervision of the work of officials, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part”¹¹³. Da ultimo, nel caso *Sempra*, il Tribunale ha

¹⁰⁸ KUNOY B., *op. cit.*, 486

¹⁰⁹ Caso *Vivendi II*, *cit.*, para. 7.5.26 il Tribunale parla di “devastating effects on the economic viability of the concession”

¹¹⁰ Caso *RFCC*, *cit.*, para. 69

¹¹¹ Caso *CMS*, *cit.*, paras. 262-263

¹¹² Caso *LG&E*, *cit.*, para. 198

¹¹³ Caso *Enron*, *cit.*, para. 245

rimarcato come il requisito della “substantial deprivation of rights” richieda “more than adverse effect”, dovendolo ritenere soddisfatto solo quando “the investor no longer be in control of its business operation, or that the value of the business has been virtually annihilated [...]”¹¹⁴.

La scelta di ritenere che il termine *substantial* richieda il completo spossessamento dell’investitore o la neutralizzazione del valore dell’investimento è stato criticato da qualche autore, il quale ritiene questo tipo di assimilazione scorretta dal punto di vista terminologico¹¹⁵. In realtà, tale ultima impostazione appare eccessivamente formalistica e non tiene in considerazione che, al di là del termine utilizzato, “[...] the sense often conveyed is that interference must approach *total* impairment”¹¹⁶. La posizione prevalente nella prassi arbitrale risulta maggioritaria anche in dottrina, dove si ritiene che, per essere considerate atti di espropriazione, le misure di regolazione debbano avere un impatto negativo sostanziale, vale a dire un’intensità tale da eliminare in modo quasi completo la capacità produttiva dell’investimento, fino al punto di privarlo di ogni significato dal punto di vista economico¹¹⁷.

L’approccio rigoroso adottato dagli arbitri internazionali appare un’applicazione corretta del principio secondo cui non ogni limitazione imposta dalle autorità nazionali al diritto di proprietà o alle capacità produttive dell’investimento possa considerarsi un atto espropriativo. In caso contrario, il sistema internazionale di tutela e, in particolare, le norme sull’espropriazione, si tramuterebbero in polizze assicurative contro ogni tipo di rischio che gli investitori stranieri siano chiamati a fronteggiare nel corso della loro attività. Il risultato non sarebbe conforme con gli obiettivi del sistema, posto che, come sottolineato in alcune decisioni recenti, “BITs are not an insurance against business risk [...]”¹¹⁸, e costituirebbe un’indebita costrizione dei poteri sovrani statali.

L’investitore straniero non è solo tenuto ad assumersi i rischi commerciali insiti nell’attività d’impresa, ma anche a sopportare le perdite eventualmente imposte da

¹¹⁴ Caso *Sempra, cit.*, paras. 284-285

¹¹⁵ KUNOY B., *op. cit.*, 486

¹¹⁶ COE J.Jr., RUBINS N., *op. cit.*, 621

¹¹⁷ SCHREUER C., *The Concept of Expropriation, cit.*, 31. In senso analogo REINISCH A., *op. cit.*, 32-35. OECD, “*Indirect Expropriation*”, *cit.*, 11 ritiene che si ha *substantial deprivation* quando la misura “deprives the foreign investor of fundamental rights of ownership, or when it interferes with the investment for a significant period of time”

interventi dell'autorità pubblica che non raggiungano la soglia di intensità richiesta. Già nel caso *Oscar Chinn*¹¹⁹, la Corte permanente di giustizia internazionale aveva sottolineato come tale obbligo discendesse dal carattere mutevole del rapporto tra la situazione normativa e i risultati economici dell'attività economica. In alcuni casi, infatti, “[c]ertaines industries peuvent faire de grands profits dans une époque de prospérité générale ou bien en profitant d’un traité de commerce ou d’une modification des droits des douane”, ma, allo stesso tempo, “[...] elles sont ainsi exposées à ses ruiner et à s’eintendres à cause d’une situation différente”. Sebbene espresso in termini decisamente meno assoluti, il principio ha trovato conferma anche in decisioni arbitrali più recenti, nelle quali si è inteso sottolineare come le norme internazionali sugli investimenti esteri non abbiano l’obiettivo di porre al sicuro l’investitore da tutte le conseguenze negative derivanti dal loro rapporto con le autorità dello Stato ospite¹²⁰.

iii) Gli elementi presi in considerazione per la valutazione dell’impatto della misura

La valutazione dell’impatto della misura viene generalmente effettuata prendendo in considerazione una serie di elementi diversi, alcuni attinenti al diritto di proprietà, altri riguardanti la capacità produttiva dell’investimento. Rispetto a quanto avviene nei casi di espropriazione diretta, si ha, dunque, un ampliamento dell’ambito di tutela, posto che l’attenzione degli arbitri internazionali non si incentra unicamente sulla consistenza giuridica dell’investimento, ma considera altresì quella economica. L’evoluzione è coerente con l’impostazione secondo cui l’applicabilità delle norme internazionali sull’espropriazione alle ipotesi di espropriazione regolativa si giustifica in ragione dell’equivalenza tra le diverse tipologie dal punto di vista degli effetti. Trattandosi di attività economiche, è inevitabile che non siano considerati rilevanti solo gli atti che importino un effetto negativo apprezzabile sul piano giuridico.

L’identificazione dei diversi elementi che compongono le due categorie alle quali si è fatto riferimento in precedenza non varia in modo sensibile da decisione a decisione. Per quanto riguarda la prima dimensione, gli aspetti fondamentali sono

¹¹⁸ *MTD Equity v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004, para. 178

¹¹⁹ Caso *Oscar Chinn*, *cit.*, para. 88. Sul punto NOUVEL Y., *op. cit.*, 84

¹²⁰ Caso *Feldman*, *cit.*, para. 112; *Robert Azinian, Kenneth Daivitian, & Ellen Baca v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award of 1 November 1999, para. 112

il controllo esercitabile dall'investitore, la gestione dell'attività imprenditoriale, la libertà d'azione di manager e dipendenti, la possibilità di distribuire i dividendi e il godimento delle facoltà connesse al diritto di proprietà¹²¹. La consistenza economica dell'investimento e la sua capacità di produrre profitti rappresentano, invece, i caratteri essenziali per determinare se l'impatto economico della misura è stato sufficientemente grave da poterla considerare un atto di espropriazione¹²².

Per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali, si deve osservare come la dimensione giuridica dell'impatto sia stata maggiormente valorizzata rispetto a quella economica. Nel caso *Nykomb*, ad esempio, si è sottolineato che “[t]he decisive factor for drawing the border line towards expropriation must primarily be the degree of possession taking or control over the enterprise [...]”¹²³. Analogamente, il lodo *CMS* ha osservato che “[t]he essential question is therefore whether the enjoyment of property has been effectively neutralized”¹²⁴. La tendenza a riconoscere una maggiore rilevanza agli aspetti di carattere giuridico è confermata anche nei casi nei quali entrambe le dimensioni vengono considerate. In *LG&E*, ad esempio, dopo aver rilevato che “the investment economic value” rappresentava un elemento fondamentale per la definizione della fattispecie in esame, al momento di adottare la decisione il panel arbitrale ha escluso che le misure argentine adottate per contrastare la crisi finanziaria potessero considerarsi un atto di espropriazione facendo esclusivo riferimento al fatto che “[...] it cannot be said that Claimants lost control over their shares [...] or that they were unable to direct the day-to-day operations of the licencees [...]”¹²⁵.

E' interessante notare che le uniche eccezioni a questo tipo di approccio si ritrovano proprio nei casi nei quali una misura di regolazione adottata nel settore dei servizi pubblici infrastrutturali sia stata considerata un atto di espropriazione.

¹²¹ Il caso *PSEG, cit.*, para. 278 prevede che “[...] there must be some form of deprivation of the investor in the control of the investment, the management of day-to-day operations of the company, interfering in the administration, impeding the distribution of dividends, interfering in the appointment of officials and managers, or depriving the company of its property or control in total or in part.”. Sul punto si vedano anche le considerazioni svolte nel caso *Sempre, cit.*, para. 284 e nel caso *Vivendi II, cit.*, para. 7.5.24

¹²² Nel caso *CME, cit.*, para. 606 si fa riferimento alla definizione di espropriazione regolativa adottata in *Metalclad* e si ritiene che l'elemento decisivo sia la privazione “[...] in whole or in part, of the use or reasonably to be expected economic benefit of property [...]”

¹²³ Caso *Nykomb, cit.*, para. 4.3.1

¹²⁴ Caso *CMS, cit.*, para. 262

¹²⁵ Caso *LG&E, cit.*, para. 199

Nel caso *CME*, ad esempio, l'elemento fondamentale sul quale si è fondata la decisione è stata la privazione della capacità dell'investimento di generare i profitti legittimamente preventivati dall'investitore¹²⁶. Analogamente nel caso *Vivendi II*, il Tribunale ha ritenuto che le misure adottate dall'organo di regolazione argentino nei confronti delle tariffe applicabili dal concessionario francese dovessero ritenersi atti di espropriazione, posto che queste "had a devastating effect on the economic viability of the concession"¹²⁷. La situazione non è una coincidenza fortuita, ma discende da una decisione consapevole da parte degli arbitri internazionali. La scelta di considerare la consistenza economica dell'investimento un elemento rilevante ai fini della definizione dell'espropriazione regolativa implica, infatti, una maggiore probabilità che l'intervento statale possa essere ritenuto un atto espropriativo. Nella quasi totalità dei casi, gli atti con i quali le autorità pubbliche mirano a regolare l'attività economica privata in settori quali i servizi pubblici infrastrutturali toccano aspetti legati alla capacità produttiva dell'investimento e non riguardano il rapporto tra l'investitore e i beni. Per tale ragione, la scelta effettuata nella maggioranza delle decisioni di limitare il proprio scrutinio a elementi quali il mantenimento del controllo da parte dell'operatore o l'interferenza con la gestione dell'impresa può essere letta come il segno di un atteggiamento di favore nei confronti delle ragioni dello Stato. Tale considerazione risulta confermata dal fatto che in tutti i casi nei quali questa scelta è stata effettuata, il tribunale arbitrale ha sempre escluso che le misure di regolazione avessero superato il limite che le divide dall'espropriazione regolativa.

iv) Criterio dell'impatto e sovranità statale: valutazioni critiche e possibili correttivi

Al termine di questa parte dell'analisi occorre valutare se l'utilizzo del criterio in esame sia in grado di fornire risposte soddisfacenti alla necessità che le norme in materia di espropriazione non limitino indebitamente la capacità degli Stati di perseguire obiettivi di carattere generale attraverso l'adozione di misure di regolazione.

¹²⁶ Caso *CME*, *cit.*, para. 606

¹²⁷ Caso *Vivendi II*, *cit.*, para. 7.5.26. Lo stesso approccio è stato applicato anche nel caso *Metalclad*, il quale rappresenta una delle rare occasioni nella quale misure statali adottate per ragioni di carattere ambientale sono state considerate un atto di espropriazione regolativa

Nonostante qualche autore ritenga che “indirect expropriation can only be examined in the light of its effects, as the contrary proposition would render the notion illusory”¹²⁸, vi è chi critica l’applicazione di tale approccio nei casi di espropriazione regolativa, sostenendo che si tratti di un metodo eccessivamente rigido per risolvere una questione che richiede una maggiore considerazione per le ragioni dello Stato¹²⁹.

Il numero estremamente limitato di casi nei quali misure statali di regolazione sono state considerate atti di espropriazione sembrerebbe, però, smentire questo tipo di critiche. Come si è già avuto modo di notare, ad oggi sono solo due i casi riguardanti gli investimenti infrastrutturali nei quali è stato ritenuto che l’intervento statale superasse la soglia dell’espropriazione regolativa¹³⁰. La situazione è dovuta alla scelta degli arbitri di fissare il limite tra espropriazione e regolazione ad un livello molto elevato, preferendo fare riferimento ad altre norme del trattato per garantire la tutela della posizione dell’investitore. A questo proposito, è stato osservato che l’approccio adottato dagli arbitri in materia di espropriazione regolativa miri, in un certo senso, a bilanciare l’interpretazione estensiva delle norme sul trattamento giusto ed equo. I tribunali cercherebbero, in questo modo, di “[...] confort[ing] losing respondents – “giving them something” – by declaring that there was no expropriation.”¹³¹

Questo tipo di impostazione, essendo fondata su considerazioni di natura politica più che su ragioni di carattere giuridico, non soddisfa dal punto di vista sistematico. L’esclusivo riferimento al criterio dell’impatto¹³² e la conseguente mancata considerazione dell’obiettivo perseguito dallo Stato appare, infatti, troppo rigido e non consente di valorizzare in modo adeguato l’importanza dei valori non economici potenzialmente contrastanti con gli interessi dell’investitore. Inoltre, questo modo di procedere risulta incompatibile con il principio secondo cui non tutte le misure statali possono essere comprese nell’ambito applicativo delle norme internazionali sull’espropriazione. Per ovviare a tali incongruenze,

¹²⁸ KUNOY B., *op. cit.*, 472

¹²⁹ LOWE V., *Regulation or Expropriation ?*, *cit.*, 459; MANN H., VON MOLTKE K., *Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA’s Chapter 11*, Background Paper to the ILSD Tri-National Policy Workshop, Winnipeg, 2002, 15-18

¹³⁰ Si tratta del caso *CME*, *cit.*, paras. 591-609

¹³¹ PAULSSON J., *Indirect Expropriation*, *cit.*, 7

dottrina e giurisprudenza hanno fatto riferimento ad istituti che, prescindendo dall'effetto negativo della misura sull'investimento, consentano di esentare lo Stato dall'obbligo di indennizzo quando il suo intervento persegua determinati obiettivi considerati prevalenti rispetto alla tutela dell'investitore. In particolare, si è fatto riferimento alla cd. *police power doctrine*, un istituto derivante dal diritto statunitense e che ha trovato accoglimento anche nella prassi convenzionale ed arbitrale internazionale¹³³.

In alcuni casi recenti, il criterio dell'effetto è stato utilizzato unitamente a test di bilanciamento che richiamano quelli elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte suprema statunitense. Questi strumenti mirano a definire il carattere espropriativo della misura facendo riferimento al rapporto tra la misura, o *rectius* l'impatto negativo da questa determinato, e l'obiettivo generale perseguito dallo Stato¹³⁴. L'evoluzione non ha comportato il superamento delle impostazioni tradizionali, ma ha dato vita a soluzioni di sintesi che, sebbene non sempre improntate ad estremo rigore analitico, appaiono promettenti dal punto di vista dei risultati.

5. L'esclusione di talune misure statali dall'obbligo di indennizzo: la cd. *police power doctrine*

5.1 Introduzione

L'ampio consenso che si registra sia in dottrina sia nella prassi arbitrale sul principio secondo cui una misura statale di regolazione che persegua legittimi obiettivi di interesse pubblico non possa considerarsi un atto espropriativo¹³⁵ non risolve il problema dell'individuazione di quali misure possano considerarsi facenti parte di tale gruppo. Per colmare la lacuna parte della dottrina e della prassi arbitrale fanno riferimento alla cd. *police power doctrine*, un concetto derivato dal diritto statunitense che ha trovato accoglimento nel diritto internazionale degli investimenti soprattutto grazie all'influenza della dottrina nordamericana.

¹³² DOLZER R., *Indirect Expropriations, cit.*, 79 definisce questo approccio *sole-effect doctrine*, dal momento che “[it] focus[es] on the effect [as] the only and exclusive relevant criterion [...]”

¹³³ Il punto sarà analizzato nel paragrafo successivo

¹³⁴ L'utilizzo dei test di proporzionalità sarà esaminato *infra*

¹³⁵ REINISCH A., *op. cit.*, 27.

Nell'ambito in esame, il concetto è generalmente utilizzato per individuare le misure statali che, sebbene limitino l'attività privata, non possono considerarsi atti di espropriazione e, dunque, non comportano il pagamento di un indennizzo a favore del privato. Secondo l'istituto in esame rientrano in tale gruppo le misure che, perseguendo obiettivi considerati fondamentali, rappresentano un esercizio di funzioni sovrane essenziali. La *police power doctrine* rappresenta, perciò, l'esatto contrario dell'impostazione analizzata in precedenza, la quale nega ogni rilevanza alle motivazioni che hanno determinato l'intervento statale.

L'introduzione di tale eccezione mira, in effetti, a garantire una più adeguata considerazione della posizione dello Stato, offrendo a quest'ultimo la possibilità di esercitare la sua sovranità in materia economica senza dover indennizzare gli investitori privati eventualmente danneggiati. Tuttavia, la trasposizione dell'istituto nell'ordinamento internazionale solleva alcuni problemi che riducono sensibilmente la sua capacità di contribuire al raggiungimento di un miglior bilanciamento tra la salvaguardia della sovranità statale e la tutela degli investimenti esteri. Questi riguardano la definizione dell'istituto, la sua compatibilità con la disciplina internazionale in materia di espropriazione e la sua rigidità.

5.2 La police power doctrine nel diritto statunitense

i) Le origini del concetto

Nel diritto statunitense, la *police power doctrine* è da tempo utilizzata quale criterio per individuare le misure statali che non rientrano tra le ipotesi di espropriazione regolativa per le quali il Quinto Emendamento della Costituzione prevede il pagamento di una "just compensation"¹³⁶. A dispetto della copiosa giurisprudenza venutasi a creare sul punto e dei numerosi studi di dottrina dedicati all'argomento, si deve, però, rilevare che l'affermazione coniata cento anni fa secondo cui "[n]o phrase is more frequently used and at the same time less

¹³⁶ Il Quinto Emendamento della Costituzione Americana prevede che "[n]o person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation."

understood”¹³⁷ continua ad essere valida ancora oggi. Si ritiene che tale situazione di incertezza sia in parte inevitabile, posto che, come sottolineato dalla Corte Suprema già nel 1926, “[t]he line which in this field separates the illegitimate assumption of power is not capable of precise delineation. It varies with circumstances and conditions”¹³⁸. La dottrina ha messo in evidenza come la confusione sia stata ulteriormente alimentata da una giurisprudenza che ha utilizzato il concetto in modo poco rigoroso, modificandone l’ambito applicativo a seconda delle condizioni politiche prevalenti in un dato momento storico¹³⁹. La mancanza di chiarezza ha avuto conseguenze negative in termini di certezza del diritto, comportando un aumento di litigiosità¹⁴⁰ in tale ambito e lasciando le parti in una situazione di incertezza circa i limiti che l’esercizio dei poteri regolativi da parte dello Stato possa imporre nei confronti dei loro diritti di proprietà¹⁴¹.

L’obiettivo di questa sezione dell’indagine non è la ricostruzione dettagliata del ruolo che la *police power doctrine* ha avuto e continua ad avere nel diritto statunitense, ma semplicemente prendere in considerazione alcuni aspetti fondamentali del concetto, i quali risultano rilevanti anche nell’ambito del diritto internazionale degli investimenti.

Un primo punto che merita attenzione riguarda l’origine del concetto, il quale è stato introdotto per la prima volta dalla Corte Suprema nell’ambito dei cd. *federalist cases* della prima metà del 1800¹⁴². L’oggetto del contendere in questo caso non riguardava la tutela del diritto di proprietà, quanto la delimitazione delle competenze tra il livello federale e quello statale. Il *police power* era utilizzato per individuare gli ambiti nei quali gli Stati federati avevano mantenuto la loro potestà normativa libera da ogni limite derivante dalla Costituzione federale. In questo

¹³⁷ WHEELER COOK W., *What is the Police Power?*, in *Columb. L. Rev.*, 7, 1907, 322

¹³⁸ *Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 US 365, 386 (1926). A questo proposito KARKKAINEN B.C., *The Police Power Revisited: Phantom Incorporation and the Roots of the Takings “Muddle”*, in *Minnesota L. Rev.*, 90, 2006, 894 sottolinea che “[i]ndeterminacy was both the police power’s greatest virtue and its greatest vice.”

¹³⁹ Per una ricostruzione completa di tale evoluzione si veda BARROS B.D., *The Police Power and the Takings Clause*, in *Univ. Miami L. Rev.*, 58(2), 2004, 471-524

¹⁴⁰ Questo aspetto era già stato sottolineato da FREUND E., *The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights*, Chicago, 1904, 65 il quale osservava che “there is hardly any important police legislation which is not questioned in the Supreme Court as violating the Fourteenth Amendment”

¹⁴¹ KARKKAINEN B.C., *op. cit.*, 894

¹⁴² Il primo caso nel quale il concetto è stato utilizzato in modo esplicito in *Brown v. Maryland*, 25 US (12 Whet.), 419 (1827)

contesto, il concetto aveva una portata molto ampia, visto che all'epoca il termine *police* veniva utilizzato in un'accezione molto ampia, tanto da poterlo considerare un sinonimo dell'odierna nozione di *public policy*¹⁴³. Di fatto, perciò, esso coincideva con l'intero ambito dei poteri sovrani che, non essendo stati espressamente concessi alla Federazione, erano stati mantenuti al livello statale¹⁴⁴. Questo insieme amplissimo era anche individuato attraverso l'espressione "residuary sovereignty"¹⁴⁵, per indicare come questo ricomprendesse "everything within the territory of a State, not surrendered to the general government"¹⁴⁶.

L'utilizzo dell'istituto in esame come strumento per il riparto di competenze tra diversi livelli di governo risulta particolarmente interessante ai fini dell'analisi in corso, soprattutto alla luce della scelta di considerare il concetto di sovranità come una funzione del potere decisionale detenuto dallo Stato dopo l'assunzione di obblighi sul piano internazionale. Il parallelismo tra i due ambiti è reso possibile perché anche nel sistema americano vige il principio secondo cui il potere di intervento spetta presuntivamente allo Stato, a meno che una specifica norma non preveda che questo sia attribuito al governo federale. Con questo non si vuole affermare che la concezione di *police power* prevalente nel diritto costituzionale statunitense delle origini possa essere applicata *sic et simpliciter* per risolvere le controversie odierne in materia di investimenti esteri. D'altra parte, come si vedrà meglio in seguito, l'impostazione estensiva adottata nelle prime decisioni è stata successivamente limitata, o addirittura superata, dalla stessa Corte Suprema, la quale ha voluto in questo modo adattare l'istituto alle mutate esigenze della società americana.

ii) *Police power* e regolazione statale

L'idea secondo cui il *police power* debba ritenersi in buona sostanza un sinonimo del potere di regolazione degli Stati costituisce un'evoluzione successiva cominciata a partire dalla metà del 1800 e definitivamente affermata nel corso del secolo successivo. Il mutamento di concezione è in larga parte ascrivibile al

¹⁴³ BARROS B.D., *op. cit.*, 475

¹⁴⁴ In *Licences Cases*, 46 US (5 How.), 583 (1847) il Chief Justice Taney statuiva che "[the police powers of a State] are nothing more or less than the powers of government inherent in every sovereignty to the extent of its dominions"

¹⁴⁵ L'espressione era stata utilizzata da James Madison, il "padre" della Costituzione americana, così come riportato da CAREY G.W., MCLELLAN J (eds.), *The Federalist No. 43*, 2001, 228

cambiamento del ruolo dello Stato nel sistema economico e, in particolare, all'accresciuta invasività delle misure statali di regolazione nei confronti della proprietà privata¹⁴⁷. A partire da questo momento il concetto in esame ha, perciò, assunto un ruolo centrale in riferimento a casi di *regulatory taking*.

In origine, il settore nel quale la necessità di tale modifica venne avvertita con maggiore forza fu quello del commercio delle bevande alcoliche, nel quale attività che, anche se fortemente regolamentate, erano state sempre considerate perfettamente legali, nel breve volgere di pochi mesi erano state proibite. Questo aveva causato ingenti perdite economiche agli operatori¹⁴⁸ e, dal punto di vista sistematico, “transformed traditional understandings of the scope of legislation, the nature of rights, and the locus of public powers”¹⁴⁹. Il *police power* era sempre più spesso invocato da parte del potere esecutivo per giustificare qualsiasi intervento in via autoritativa con il quale si intendesse perseguire un obiettivo di interesse generale¹⁵⁰.

La risposta degli organi giurisdizionali fu l'adozione di una concezione più limitata del concetto di *police power* e l'elaborazione di una serie di criteri con i quali circoscriverne l'applicazione da parte degli Stati. Uno dei metodi più diffusamente applicati a questo fine fu quello di limitare la possibilità dello Stato di invocare la *police power doctrine* nei soli casi in cui il suo esercizio perseguisse determinati obiettivi prestabiliti. L'approccio trovò la sua definitiva consacrazione nel caso *Lochner v. New York*, nel quale la Corte Suprema affermò che i *police powers* “[...] relate to the safety, health, morals and general welfare of the public”, sottolineando come la necessità di fissare dei limiti al valido esercizio di tali poteri mirasse ad evitare che lo Stato potesse utilizzarli come “[...] another

¹⁴⁶ *Gibbons v. Ogden*, 22 US (9 Wheat.), 203 (1824). In senso analogo, *Prygg v. Pennsylvania*, 41 US (16 Pet.), 539 (1842); *Mayor of New York v. Miln*, 36 US (11 Pet.), 102 (1837)

¹⁴⁷ Sul punto, per tutti, HART J., *Land Use Law in the Early Republic and the Original Meaning of the Takings Clause*, in Newark Univ. L. Rev., 94, 2000, 1107-1131

¹⁴⁸ COOLEY T., *A Treatise on Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, 7th ed., Boston, 1903 (reprinted in 2006), 583-584 osserva che “[t]he trade in alcoholic drinks being lawful, and the capital employed in it fully protected by the law, the legislature then steps in, and by enactment based on general reasons of public utility, annihilates the traffic, destroys altogether the employment, and reduces to a nominal value the property at hand”

¹⁴⁹ NOVAK W., *The People's Welfare: Law and Regulation in Nineteenth-century America*, North Carolina, 1996, 177-188

¹⁵⁰ *Ibid.*, 243

and elusive name for the supreme sovereignty of the State to be exercised free from constitutional restraint”¹⁵¹.

Il passo successivo fu l’elaborazione di test con i quali valutare la legittimità dell’esercizio dei *police power* rispetto all’obiettivo dichiarato. Si riteneva, infatti, che lo Stato potesse invocare la *doctrine* solo nel caso in cui le misure adottate fossero ragionevoli e non arbitrarie, o, in altre parole, giustificate alla luce del fine perseguito. Nel caso *Euclid*, ad esempio, la Corte Suprema osservò che “[...] it must be said, before the ordinance can be declared unconstitutional, that such provisions are clearly arbitrary and unreasonable, having no substantial relation to the end sought”¹⁵². L’approccio in esame mirava a ricostruire la portata del *police power* attraverso l’applicazione nei confronti degli Stati federati dei limiti derivanti dalla *Substantive Due Process Clause* contenuta nel Quattordicesimo Emendamento¹⁵³. La questione era distinta dai casi riguardanti la cd. *Takings Clause* del Quinto Emendamento, la quale, secondo tale impostazione, trovava applicazione solo in un momento successivo, vale a dire quando la misura, non costituendo un valido esercizio dei *police powers*, fosse considerata un atto di espropriazione¹⁵⁴.

La distinzione tra i due piani non poneva dubbi circa il fatto che una misura di regolazione rientrante nei *police powers* non potesse comportare per lo Stato l’obbligo di riconoscere un indennizzo a favore del soggetto privato. Nel caso *Mugler*, ad esempio, la Corte Suprema aveva sottolineato come “the power which the states have of prohibiting such use by individuals of their property , as will be prejudicial to the health, the morals, or the safety of the public, is not, and, consistently with the existence and safety of organized society, cannot be

¹⁵¹ *Lochner v. City of New York*, 198 US 45, 64 (1905)

¹⁵² Caso *Euclid*, *cit.*, 385

¹⁵³ La clausola è prevista nella Section 1 del Quattordicesimo Emendamento che recita “[a]ll persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”

¹⁵⁴ Si noti, inoltre, che i limiti previsti dal Quinto Emendamento si rivolgono in modo esplicito solo nei confronti degli atti adottati dal governo federale. Solo recentemente l’applicazione della disposizione è stata estesa anche nei confronti degli Stati, utilizzando il Quattordicesimo Emendamento come testa di ponte. Il passaggio è stato esplicitamente sanzionato in *Penn Central Transp. Co. v. New York City*, 438 US 104, 122 (1978) dove si afferma che “the Fifth Amendment [...] is made applicable to the States through the Fourteenth Amendment”

burdened with the condition that the state must compensate such individual owners for pecuniary losses [...]”¹⁵⁵.

L’impostazione sembrerebbe, però, essere stata superata dalla decisione della medesima Corte in *Pennsylvania Coal v. Mahon*, nella quale il giudice Holmes aveva concluso che l’obbligo di indennizzo scattava nel momento in cui “a regulation goes too far [...]”¹⁵⁶. La sentenza è stata considerata il primo caso nel quale sarebbe stata riconosciuta la possibilità di prevedere un obbligo di indennizzo anche per un atto rientrante nel *police power*¹⁵⁷. In realtà, autorevole dottrina ha messo in luce come la conclusione costituisca una forzatura di quanto effettivamente affermato nella decisione. L’analisi della sentenza dimostra, infatti, che il giudice Holmes non intendeva in alcun modo superare il principio secondo cui da un valido esercizio del *police power* non può mai derivare alcun obbligo di indennizzo¹⁵⁸. Il riferimento all’effetto della misura era stato semplicemente utilizzato quale criterio per individuare i limiti del *police power*. Secondo il ragionamento del giudice Holmes, una misura che “vada troppo in là” non potrebbe più essere considerato un valido esercizio del *police power*, rientrando, perciò, tra gli atti che richiedono un indennizzo ai sensi del Quinto Emendamento.

iii) La confusione tra valido esercizio del *police power* e legittimità dell’espropriazione

L’evoluzione successiva ha, però, portato all’affermazione dell’impostazione criticata in precedenza, cristallizzando la confusione tra la determinazione dell’esistenza di un atto espropriativo e la valutazione del rispetto delle condizioni previste dalla *Taking Clause* per la legittimità di un’espropriazione. Inoltre, soprattutto nel periodo successivo alle due guerre mondiali, si è assistito ad un uso eccessivamente estensivo del concetto in esame¹⁵⁹, il quale è stato utilizzato anche a sproposito per giustificare il massiccio intervento statale nell’economia. Così, nel caso *Berman v. Parker*¹⁶⁰, la Corte Suprema aveva prima assimilato il *police*

¹⁵⁵ *Mugler v. Kansas*, 123 US 623, 669 (1887)

¹⁵⁶ *Pennsylvania Coal v. Mahon*, 260 US 393, 416 (1922)

¹⁵⁷ In questo senso, ad esempio, *Tahoe Sierra Pres. Council v. Tahoe Regulatory Planning Agency*, 535 US 302, 325 (2002); *Lucas v. S.C. Coastal Council*, 505 US 1003, 1014 (1992)

¹⁵⁸ BARROS B.D., *op. cit.*, 518. In senso analogo KARKKAINEN B.C., *op. cit.*, 862-874

¹⁵⁹ Si veda, ad esempio *Nebbia v. City of New York*, 291 US 502 (1934) nel quale la Corte Suprema “endorsed the broad conception of the police power as coterminous with state sovereignty articulated in the federalism cases [...]”, in questo senso BARROS B.D., *op. cit.*, 490

¹⁶⁰ *Berman v. Parker*, 348 US 26 (1954)

power al requisito del *public use* previsto nel Quinto Emendamento¹⁶¹ e, successivamente, aveva sancito che i due concetti dovessero essere interpretati in senso ampio, lasciando alle autorità politiche il compito di determinarne il contenuto¹⁶². Una lettura di questo tipo riduceva sensibilmente l'utilità dell'istituto, il quale perdeva la sua funzione di limite intrinseco alla proprietà privata per la tutela di interessi preminenti, trasformandosi in uno strumento nelle mani del potere pubblico per il raggiungimento dei propri obiettivi¹⁶³.

Il mutamento delle condizioni politiche portò una modifica nella concezione dell'istituto, senza, però, eliminare la confusione tra i diversi piani concettuali. Uno degli esempi dello stato di scarsa chiarezza nel quale versava, e versa a tutt'ora, la giurisprudenza statunitense in materia è offerto dal celebre *Penn Central v. New York City*¹⁶⁴. In questo caso, la Corte Suprema ritenne che le questioni poste dal Quattordicesimo e dal Quinto emendamento fossero assimilabili¹⁶⁵, aprendo così alla possibilità di prevedere un obbligo di indennizzo anche nel caso in cui l'atto rientrasse nel *police power*. Questo modo di procedere ha snaturato l'istituto, trasformandolo in un elemento per la valutazione delle motivazioni dell'intervento da parte dell'autorità pubblica e, dunque, per la determinazione della sua legittimità. L'impostazione è stata seguita in numerosi casi successivi, nei quali il concetto di *police power* è stato considerato un sinonimo del requisito dell'uso pubblico previsto dalla *Taking Clause* ed è stato preso in considerazione, facendo riferimento al "carattere" della misura, nei test di proporzionalità elaborati per determinare la legittimità dell'atto espropriativo¹⁶⁶.

¹⁶¹ *Ibid.*, 28-29

¹⁶² *Ibid.*, 32-33

¹⁶³ SAX J.L., *Takings and the Police Power*, in *Yale L. Journ.*, 74, 1964, 36 aveva addirittura proposto, in modo provocatorio, di eliminare la possibilità per gli Stati di invocare questo tipo di eccezione nei casi riguardanti atti di espropriazione. La critica, per quanto condivisibile alla luce dell'uso inflazionato dell'istituto, rivela come, anche in questo caso, la *police power doctrine* sia considerata un'eccezione agli obblighi posti dalla Takings Clause, rappresentando, perciò, un esempio della confusione tra i due piani. In questo senso KARKKAINEN B.C., *op. cit.*, 900

¹⁶⁴ Caso *Penn Central*, *cit.*. Per un'analisi fortemente critica della decisione in riferimento al tema in esame KARKKAINEN B.C., *op. cit.*, 875-878

¹⁶⁵ In argomento vedi *supra*

¹⁶⁶ *Eastern Enterprises v. Apfel*, 524 US 687, 530-531 (1994); *Dolan v. City of Tigard*, 512 US 374, 384-385 (1994); *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 US 825, 834 (1987); *Hawaii Housing Auth v. Midkiff*, 467 US 229, 240 (1984); *Agins v. Tiburon*, 447 US 255, 260 (1980). L'utilizzo del test di proporzionalità nel contesto della disciplina sull'espropriazione sarà analizzata nei prossimi paragrafi.

L'evoluzione è stata fortemente avversata in dottrina, dove si è messo in luce come l'incorporazione dell'istituto nella valutazione della legittimità dell'espropriazione riduca sensibilmente l'efficacia della tutela da questo offerta nei confronti delle misure di regolazione statale. Ammettere che anche un valido esercizio del *police power* possa essere considerato un atto espropriativo, fa sì che la *police power doctrine* non costituisca più uno strumento efficace a disposizione dell'autorità pubblica per giustificare il suo intervento¹⁶⁷. Sempre secondo questi autori, per correggere questa distorsione sarebbe necessario tornare a distinguere tra il momento in cui si deve determinare se la misura statale costituisca un atto di espropriazione, attraverso l'applicazione della *police power doctrine*, e se l'espropriazione sia legittima, facendo riferimento alle condizioni fissate nel Quinto Emendamento. Si ribadisce, infatti, che il *police power* non debba essere inteso come una giustificazione per il mancato rispetto dei requisiti da ultimi citati, ma come un limite all'esistenza di un diritto di proprietà rilevante ai sensi della *Taking Clause*. Questo perché "private property rights simply [end] where the state's police power [begins]"¹⁶⁸

Gli aspetti sottolineati saranno rilevanti per valutare se la *police power doctrine* possa svolgere un ruolo anche nell'ambito della disciplina internazionale sull'espropriazione regolativa. In tale contesto, la situazione appare ancora meno definita rispetto all'ordinamento statunitense, anche a causa del numero relativamente limitato di autori e decisioni che si sono occupati della questione.

5.3 La police power doctrine nel diritto internazionale degli investimenti

i) La police power doctrine nella prassi convenzionale e nella giurisprudenza più risalente

Nel diritto internazionale degli investimenti la *police power doctrine* è utilizzata per individuare le ipotesi nelle quali lo Stato è legittimato ad adottare misure di regolazione statale che abbiano effetti negativi sugli investimenti esteri senza dover corrispondere alcun indennizzo a favore del soggetto privato. L'istituto costituisce, secondo la dottrina che sostiene la sua applicazione anche

¹⁶⁷ KARKKAINEN B.C., *op. cit.*, 888 (corsivo nell'originale)

¹⁶⁸ *Ibid.*, 889

nell'ordinamento internazionale, un attributo della sovranità statale¹⁶⁹ e contribuisce alla definizione del concetto di proprietà. Anche in questo ambito, così come in tutti gli ordinamenti nazionali, il diritto di proprietà non può essere inteso in senso assoluto, ma deve essere letto alla luce dei limiti derivanti dalla funzione sociale che è chiamato a svolgere¹⁷⁰. Secondo questa impostazione, l'esercizio del *police power* costituisce semplicemente l'esplicazione di tali limiti che, essendo impliciti già nel concetto stesso di proprietà, non possono dar vita ad alcun diritto di indennizzo a favore del privato.

L'origine statunitense della *doctrine* è evidente anche dalle fonti di diritto internazionale la prevedono. L'istituto, infatti, ha trovato esplicito riconoscimento principalmente in accordi conclusi dagli Stati Uniti o in pronunce giurisprudenziali che riguardavano, in modo più o meno diretto, questo Paese. Solo di recente, si è assistito ad una maggiore attenzione nei suoi confronti anche in altri contesti, ma la diffusione del concetto è in parte ostacolata dai problemi di definizione e di collocazione sistematica che saranno presi in considerazione successivamente. La sua forte connotazione geografica costituisce un dato importante ai fini dell'indagine, dal momento che, come si vedrà meglio in seguito, alcune delle difficoltà relative alla sua applicazione derivano dalla difficoltà di trasporre l'istituto in un contesto diverso da quello di origine¹⁷¹.

Ai fini dell'indagine, occorre prima di tutto sottolineare come la *doctrine* sia stata codificata in modo solo indiretto e in un numero limitato di accordi internazionali sugli investimenti. L'articolo 11(a)(ii) della Convenzione MIGA¹⁷² prevede, ad esempio, l'obbligo di indennizzo “with the exception of non-discriminatory measures of general application which governments normally take for the purpose of regulating economic activity in their territories”, senza menzionare in modo esplicito il concetto di *police power*. Formulazioni analoghe sono state anche introdotte negli accordi bilaterali e nei trattati di libero scambio recentemente

¹⁶⁹ FREEMAN E., *Regulatory Expropriation Under NAFTA Chapter 11: Some Lessons From the European Court of Human Rights*, in Columbia Journ. Transn. L., 42, 2003, 207

¹⁷⁰ NEWCOMBE A., *op. cit.*, 27

¹⁷¹ Le difficoltà a trasporre in ambito internazionalistico un istituto nato e sviluppatosi in un ordinamento giuridico specifico hanno carattere, prima di tutto, terminologico come dimostrato dalle considerazioni sul punto di NOUVEL Y., *op. cit.*, 93, il quale osserva che “[c]et ensemble recoupe approximativement celui de loi de police en droit international privé [...]. Mais ici, l'effet recherché n'est pas d'écarter l'application d'une loi étrangère, mais la règle d'équivalence fixée par le droit international.”

conclusi dagli Stati Uniti con diversi Paesi¹⁷³. L'allegato B del modello BIT del 2004 prevede, infatti, che la disposizione sull'espropriazione debba essere interpretata tenendo in considerazione che "[e]xcept in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations."¹⁷⁴

Una parte della dottrina, di formazione o provenienza nordamericana, ritiene che abbia assunto rango consuetudinario il principio secondo cui lo Stato non è tenuto ad indennizzare il privato danneggiato da una misura di regolazione se questa rientri nell'ambito del *police power*¹⁷⁵. L'affermazione è generalmente motivata facendo riferimento ad elementi fortemente connessi alla prassi internazionale degli Stati Uniti. Tra questi, spicca il richiamo al paragrafo 712(1) del *Third Restatement*, dove è previsto che "[a] State is not responsible for loss of property or for any other disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture of crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states [...]"¹⁷⁶. Si deve osservare che lo strumento citato costituisce un tentativo di sistematizzazione delle norme internazionali consuetudinarie condotto dall'*American Law Institute* e che, per quanto indubbiamente autorevole, non può considerarsi una prova definitiva della portata universale del precetto.

Altri elementi citati a supporto sono alcune decisioni adottate da commissioni arbitrali create all'inizio del secolo scorso¹⁷⁷ o talune sentenze del Tribunale Iran-Stati Uniti. Per quanto riguarda quest'ultimo ambito, la *doctrine* è stata

¹⁷² Sulla MIGA si vedano le considerazioni già svolte nel primo capitolo e dottrina ivi citata

¹⁷³ Un'impostazione analoga è rinvenibile anche nella prassi canadese (vd. Annex B.13 Canada FIPA 2004, sul quale si vedano le considerazioni svolte *infra*)

¹⁷⁴ Art. 4(b), Annex B US Model BIT 2004. Si vedano, *inter alios*, art. 3(b) Annex 11-B Korea-US FTA (2007); art. 4(b) Annex 10-C CAFTA-DR (2005); art. 4(b) Annex 11-B Australia-US FTA (2004); art. 4(b) Exchange of Letters on Expropriation Singapore-US FTA (2003); art. 4(b) Annex 10-d Chile-US FTA (2002)

¹⁷⁵ MANN H., VON MOLTKE K., *op. cit.*, 16; SAMPLINER G.H., *op. cit.*, 9-10; WEINER A.S., *op. cit.*, 167; STANLEY J.A., *Keeping Big Brother Out of Our Backyard: Regulatory Takings as Defined in International Law and Compared to American Fifth Amendment Jurisprudence*, in Emory Intl. L. Rev., 15, 2001, 373; WHITE G., *Nationalization of Foreign Property*, London, 1961, 145. *Contra* NOUVEL Y., *op. cit.*, 94

¹⁷⁶ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, 1987, para. 712(1)

¹⁷⁷ *Chazen v. United Mexican States*, 1930, UNRIAA, IV(6), 586; *Parson case (Great Britain v. United States)*, Award of 30 November 1925, UNRIAA, 6, 165

menzionata nel caso *Sedco*, nel quale il Tribunale, riprendendo la formulazione utilizzata nel *Restatement*, ha affermato che “[it is] an accepted principle of international law that a state is not liable for economic injury which is a consequence of bona fide ‘regulation’ within the accepted police power of states”¹⁷⁸.

ii) La *police power doctrine* nella prassi arbitrale recente e il suo ruolo in materia di investimenti infrastrutturali

La correttezza dell'impostazione proposta dagli autori visti in precedenza sembrerebbe confermata da alcune decisioni arbitrali recenti, nelle quali si fa espresso riferimento al carattere consuetudinario del principio in esame. L'impostazione è stata seguita soprattutto in ambito NAFTA, un elemento che conferma la forte connotazione “statunitense” dell'istituto. Il caso *Methanex* rappresenta uno degli esempi più rilevanti in questo senso, avendo il Tribunale statuito che “[...] as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable”¹⁷⁹. Una posizione simile era già stata espressa in *S.D. Myers*, nel quale il tribunale aveva fatto riferimento al concetto di “managing of public affairs”¹⁸⁰ che, secondo la dottrina, deve considerarsi equivalente a quello di *police power*¹⁸¹.

L'evoluzione recente della prassi arbitrale ha consentito alla *doctrine* di superare, almeno in parte, i limiti geografici che ne avevano caratterizzato l'applicazione in origine. Il principio ha, infatti, trovato accoglimento anche in lodi che non riguardavano trattati conclusi dagli Stati Uniti, quale, ad esempio, la decisione adottata nel caso *Saluka*¹⁸². Qui il Tribunale, facendo ampi riferimenti alle decisioni citate in precedenza, ha concluso che “[...] the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a

¹⁷⁸ Caso *Sedco*, *cit.*, 275. Formule analoghe sono state utilizzate anche in *Emanuel Too v. United States of America*, Award No. 460-880-2 of 29 December 1989, Iran-US CTR, 23, 387; *Arthur Fritz & Co. v. Cooperative Society of Construction Companies*, Award No. 426-276-3 of 30 June 1989, Iran-US CTR, 180-181. In argomento BRUNETTI M., *op. cit.*, 203

¹⁷⁹ *Methanex Corp. v. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA) Case, Award of 3 August 2005, para. 7, Part IV, Chapter D

¹⁸⁰ Caso *S.D. Myers*, *cit.*, para. 287

¹⁸¹ CLOUGH D., *Regulatory Expropriation and Competition under NAFTA*, in Journ. World Trade & Investm., 6(4), 2005, 567

dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are “commonly accepted as within the police power of States” forms part of customary international law today.”¹⁸³

Rispetto ad altri ambiti, quale soprattutto la tutela ambientale, l'utilizzo dell'istituto risulta più limitato in materia di investimenti infrastrutturali. Il principio secondo cui “[p]arties are not liable for economic injury that is the consequence of bona fide regulation within the accepted police powers of the State”¹⁸⁴ è stato espressamente riconosciuto solo nei casi *Lauder* e *LG&E*¹⁸⁵, entrambi riguardanti ricorsi presentati sulla base di trattati bilaterali conclusi dagli Stati Uniti con, rispettivamente, Repubblica ceca e Argentina. In altre decisioni, i Tribunali hanno usato formule diverse per esprimere concetti simili, ma non del tutto coincidenti. In *Azurix*, ad esempio, si è ribadito che “[...] in the exercise of their public policy function, governments take all sorts of measures that may affect the economic value of investments without such measures giving rise to a need to compensate”¹⁸⁶. Negli altri casi i panel arbitrali hanno evitato di affrontare la questione, nonostante lo Stato convenuto avesse espressamente chiesto di prendere in considerazione “if such measures are adopted under the police power of the State [...]” per valutare la loro legittimità ai sensi del trattato¹⁸⁷. In generale, si deve rilevare come, anche nei casi in cui sia stato menzionato, il principio abbia giocato sempre un ruolo piuttosto marginale nell'economia della decisione finale. In questo ambito, si registra la tendenza a considerare prevalenti altri criteri, quali l'effetto della misura o il rapporto di proporzionalità tra l'impatto negativo dell'atto statale e l'obiettivo perseguito¹⁸⁸.

¹⁸² La decisione verteva sul BIT Paesi Bassi-Repubblica Ceca (1991)

¹⁸³ *Saluka Investments BV (The Netherlands) v. Czech Republic*, UNCITRAL Case, Award of 7 September 2006, para. 262. Si veda, inoltre, caso *Tecmed*, *cit.*, para. 119 dove si afferma che “[t]he principle that the State’s exercise of its sovereign powers within the framework of its police power may cause economic damage to those subject to its powers as administrator without entitling them to any compensation whatsoever is undisputable.”

¹⁸⁴ Caso *Lauder*, *cit.*, para. 198

¹⁸⁵ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 196. In questo caso la *police power doctrine* è utilizzata congiuntamente al test di proporzionalità, il quale sarà analizzato in modo più dettagliato nel corso dell'ultimo paragrafo del presente capitolo

¹⁸⁶ Caso *Azurix*, *cit.*, para. 310

¹⁸⁷ Posizione espressa dall'Argentina nel caso *Enron*, *cit.*, para. 239 e completamente ignorata dal Tribunale, il quale ha, in ogni caso, rigettato la richiesta dell'investitore sul punto, facendo esclusivamente riferimento al criterio dell'impatto. La stessa situazione si è verificata anche nel caso *Sempra*, *cit.*, paras. 277-289

¹⁸⁸ Questo aspetto sarà analizzato nei paragrafi successivi

La riluttanza degli arbitri internazionali ad utilizzare l'eccezione in esame nel contesto degli investimenti infrastrutturali sembra dovuta a due ordini principali di motivi. Il primo attiene alla difficoltà di determinare in modo sufficientemente preciso quali siano gli ambiti compresi nel *police power* e se, in particolare, le regolazioni adottate in materia di servizi pubblici infrastrutturali ne facciano parte. Il secondo riguarda la difficile coesistenza tra l'istituto in esame e le norme internazionali sull'espropriazione, le quali, come noto, non escludono un obbligo di indennizzo per il semplice fatto che l'azione statale persegua un interesse generale.

5.4 L'incerta definizione della police power doctrine in materia di investimenti infrastrutturali.

i) L'utilizzo di un approccio casistico per l'individuazione delle misure comprese nel *police power*

L'utilizzo della *doctrine* nel diritto internazionale degli investimenti non ha contribuito a chiarire quali misure rientrino nel suo ambito applicativo, ma, al contrario, la molteplicità di soluzioni offerte a questo problema hanno addirittura aggravato l'incertezza sul punto. La situazione è stata esplicitamente riconosciuta anche da quella parte di dottrina che ritiene l'istituto un criterio utile per distinguere tra regolazione ed espropriazione, tanto da ammettere che l'istituto rischia di rilevarsi poco utile nella pratica, generando ulteriore confusione¹⁸⁹. Come si è già avuto modo di osservare nel contesto statunitense, la difficoltà a delinearne in modo netto i confini dell'istituto è considerata un corollario del carattere intrinsecamente flessibile del concetto. La caratteristica costituisce, da un lato, un punto di forza del concetto, consentendo di adattarlo alle mutevoli condizioni concrete; dall'altro, però, si deve rilevare che la mancanza di una definizione condivisa rischia di ridurre la valenza, consentendo interpretazioni discordanti.

Lo stato di incertezza non riguarda solo gli investimenti infrastrutturali, ma in questo ambito è particolarmente acuta. A livello generale, si deve osservare come gli arbitri internazionali si siano sempre astenuti da ogni tentativo di definizione esaustiva, limitandosi a determinare se la misura in esame rientrasse o meno

nell'ambito del *police power*. L'atteggiamento è da condividere, risultando pienamente conforme alla funzione che gli organi arbitrali sono chiamati a svolgere, vale a dire dirimere la singola controversia e non risolvere i problemi generali aventi portata sistematica.

Questo compito spetterebbe, invece, alla dottrina, la quale, però, non è ancora riuscita ad elaborare una definizione sufficientemente ampia e condivisa dell'eccezione in esame. Anche gli autori tendono, infatti, ad affrontare la questione attraverso l'elaborazione di liste non esaustive nelle quali sono ricompresi gli obiettivi perseguibili dallo Stato nell'esercizio del *police power*. Inoltre, i diversi elenchi proposti non sempre coincidono nella loro estensione, dal momento che vi è chi ritiene che l'eccezione copra tutte le possibili misure di regolazione che lo Stato adotti nell'esercizio delle sue funzioni sovrane, mentre altri sostengono la necessità di un'approccio più restrittivo. Gli autori rientranti nella prima categoria racchiudono nell'ambito del *police power* una serie ampia di obiettivi, quali, ad esempio, l'ambiente, la salute pubblica, l'ordine pubblico, la morale pubblica, i diritti dei consumatori, la concorrenza, la pianificazione del territorio e la politica sociale¹⁹⁰. Secondo questa parte della dottrina, l'istituto "has a meaning that refers to the fundamental role of government as an agency for the advancement of the interests of its society."¹⁹¹

Il rischio derivante da una lettura così ampia del concetto è di inflazionare l'istituto, il quale, potendo essere invocato per giustificare pressoché ogni tipo di intervento statale, perderebbe molto del suo valore quale criterio per distinguere tra regolazione ed espropriazione¹⁹². Paradossalmente, una soluzione di questo tipo condurrebbe, perciò, a risultati opposti a quelli perseguiti dai suoi sostenitori, per i quali l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'istituto mira al rafforzamento della posizione statale, riducendo i casi nei quali può essere previsto l'obbligo di indennizzo.

¹⁸⁹ NEWCOMBE A., *op. cit.*, 26. In questo senso; SAMPLINER G.H., *op. cit.*, 10; RUBIN S., *Private Foreign Investment. Legal and Economic Realities*, Baltimore, 1956, 34-35

¹⁹⁰ In questo senso MANN H., *The Final Decision on Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles*, Winnipeg, August 2005, 6; BANKS K., *NAFTA's Article 1110 – Can Regulation Be Expropriation?*, in *NAFTA L. & Bus. Rev. of the Am.*, 5, 1999, 510

¹⁹¹ CLOUGH. D., *op. cit.*, 563

¹⁹² COE J. Jr., RUBINS N., *op. cit.*, 639

Per questi motivi, sembrerebbe preferibile l'impostazione assunta dalla dottrina maggioritaria, la quale restringe l'ambito del *police power* alle sole misure adottate dallo Stato "to protect essential public interests from certain types of harms"¹⁹³. Si ritiene che soddisfino questa caratteristica la tutela dell'ambiente, della salute, dell'ordine pubblico e della moralità pubblica¹⁹⁴. Questo tipo di impostazione informa anche la recente prassi convenzionale di Paesi quali gli Stati Uniti e il Canada, i quali, consci dell'incertezza che caratterizza la definizione dell'eccezione in esame, hanno inteso individuare le tipologie di misure da ritenersi in via presuntiva non aventi carattere espropriativo. Si tratta, in particolare, degli atti "[...] designed and applied to protect legitimate welfare objectives, such as public health, safety and the environment [...]"¹⁹⁵. L'evoluzione rappresenta un aspetto del generale cambiamento di strategia che ha interessato la politica estera di questi Paesi in materia di investimenti e che è già stato analizzato in merito alle disposizioni sull'arbitrato diretto e sul trattamento giusto ed equo. Anche in questa circostanza, infatti, l'obiettivo è quello di ridurre lo spazio discrezionale degli arbitri internazionali e rafforzare la posizione dello Stato nelle controversie che lo vedono contrapposto ad investitori stranieri.

Si ritiene che le misure adottate dagli Stati per la regolazione dei servizi pubblici infrastrutturali a fini sociali siano ricomprese in quelle previste da tali formulazioni. In prima battuta, la garanzia dell'accesso universale ai servizi pubblici o il loro livello qualitativo costituiscono, senza dubbio, "legitimate welfare objectives" essendo queste funzioni essenziali dello Stato moderno¹⁹⁶. Inoltre, le liste citate in precedenza hanno mero carattere esemplificativo e non esaustivo, come dimostrato dall'utilizzo della locuzione "such as". La caratteristica lascia agli organi arbitrali la possibilità di adattare l'eccezione alle nuove necessità sociali, ma risulta poco comprensibile alla luce dell'obiettivo perseguito dai suoi redattori, vale a dire ridurre l'incertezza normativa sul punto.

¹⁹³ NEWCOMBE A., *op. cit.*, 26. In senso analogo COE J. Jr., RUBINS N., *op. cit.*, 637-640; LEVESQUE C., *Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international*, in *Rev. gen. dr.*, 33, 2003, 70

¹⁹⁴ Oltre alle misure generali di politica fiscale, così come previsto anche dal *Third Restatement*, *cit.*, para. 712(b)

¹⁹⁵ Art. 4(b) US Model BIT 2004, Annex B; Annex B.13(1) Canada Model FIPA 2004

¹⁹⁶ In questo senso FREEMAN E., *op. cit.*, 208

ii) L'individuazione dei limiti concreti all'esercizio del *police power* e il passaggio ad un approccio più flessibile

In realtà, i dubbi su quali misure rientrino nel *police power* hanno un impatto marginale sulla distinzione tra regolazione ed espropriazione. Pretendere di distinguere *a priori* tra misure “vietate” e misure “consentite” è un approccio eccessivamente rigido che solleva dubbi già sul piano teorico, ma che, in ogni caso, perde di significato a contatto con la realtà. Come si è già avuto modo di ribadire a più riprese, la determinazione di cosa debba intendersi per espropriazione regolativa è un'operazione che implica il bilanciamento tra le ragioni dello Stato e la tutela dell'investitore alla luce delle circostanze concrete del caso. Procedendo in questo modo, l'esclusione dell'obbligo di indennizzo non dipende dalla circostanza che l'obiettivo perseguito dalla misura sia compreso o meno in un'ipotetica lista, ma dalle modalità attraverso le quali essa è stata adottata ed attuata.

La considerazione trova conferma nella prassi convenzionale ed arbitrale in materia ed è condivisa anche in dottrina¹⁹⁷. In tutti questi casi, infatti, è evidente come il problema principale sia l'individuazione dei limiti concreti all'esercizio del *police power* e non se la misura possa essere astrattamente compresa nel suo ambito applicativo.

A questo proposito, un primo punto sul quale si registra amplissima convergenza è che, in ogni caso, l'eccezione non potrà essere invocata nel caso in cui la misura abbia carattere discriminatorio o manifestamente arbitrario. A questo proposito basti osservare come il limite sia esplicitamente previsto in tutti i testi convenzionali che disciplinano l'istituto, quali la Convenzione MIGA o i trattati recentemente conclusi dal Canada e dagli Stati Uniti. Questi ultimi riprendono la formulazione del Modello BIT statunitense del 2004, dove è previsto che “[...] non-discriminatory regulatory actions by a Party [...] do not constitute indirect expropriation”. L'impostazione adottata dai redattori della disposizione riprende quanto già espresso nel *Third Restatement*, nel quale si afferma che l'istituto del *police power* esclude la responsabilità statale sul piano internazionale solo “[...] if it is non-discriminatory”. Parte della dottrina ritiene che questo tipo di impostazione costituisca un corollario della regola secondo cui la protezione

¹⁹⁷ NEWCOMBE A, *op. cit.*, 38-39; SAMPLINER G.H., *op. cit.*, 11-15

contro gli atti espropriativi prevista dal diritto internazionale consuetudinario deve considerarsi un aspetto dello standard minimo di trattamento¹⁹⁸. Questi autori ritengono, infatti, che la regola sia applicabile anche in questo ambito impedendo, dunque, allo Stato di invocare l'eccezione del *police power* se il suo esercizio si sia concretato in un trattamento che “is arbitrary grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety”¹⁹⁹.

Non sembra, però, che il riferimento allo standard minimo internazionale esaurisca i limiti che lo Stato è tenuto a rispettare per potersi avvalere dell'eccezione. Il punto era già stato sottolineato dalla dottrina più risalente, la quale aveva sottolineato come “[a] State’s declaration that a particular interference with an alien’s enjoyment of his property is justified by the so-called ‘police power’ does not preclude an international tribunal from making its own independent determination of this issue”²⁰⁰. La considerazione lasciava già intravedere la necessità che la misura statale fosse valutata non in termini assoluti, ma in rapporto all’obiettivo perseguito. L’impostazione ha trovato conferma nella prassi successiva, la quale sembra ormai aver definitivamente accettato che lo Stato possa essere esentato dall’obbligo di indennizzo solo se la misura adottata costituisca una risposta ragionevole rispetto all’obiettivo perseguito²⁰¹. L’argomento sarà affrontato più nel dettaglio nel corso del prossimo paragrafo e per il momento è sufficiente rilevare come questo tipo di necessità sia stata esplicitamente codificata nel modello di accordo sugli investimenti elaborato dal Canada nel 2004.

L’utilizzo di un test di bilanciamento per la distinzione tra regolazione ed espropriazione comporta il superamento dell’approccio fondato sulla dicotomia tra misure consentite e misure espropriatorie derivante dall’applicazione della versione tradizionale della *police power doctrine*. L’evoluzione potrebbe considerarsi un passo indietro sia in termini di certezza del diritto sia per quanto

¹⁹⁸ NEWCOMBE A., *op. cit.*, 37-38

¹⁹⁹ *Ibid.*, 37 citando la definizione, a dire il vero piuttosto restrittiva, di standard minimo internazionale utilizzata nel caso *Waste Management, cit.*, para. 98

²⁰⁰ CHRISTIE G., *op. cit.*, 332

²⁰¹ COE J. Jr., RUBINS N., *op. cit.*, 635

riguarda la salvaguardia delle prerogative dello Stato, consentendo agli arbitri di sindacarne le scelte di politica economica. In realtà, il passaggio ad un approccio più flessibile ed attento alle condizioni reali risulta necessario alla luce dell'impossibilità di tracciare il confine tra espropriazione e regolazione in termini rigidi ed assoluti come preteso dalla versione tradizionale della *police power doctrine*.

5.5 Profili di incompatibilità tra la *police power doctrine* e la disciplina dell'espropriazione nel diritto internazionale consuetudinario

Un altro aspetto di difficoltà relativo all'utilizzo della *police power doctrine* in ambito internazionale è legato al rapporto tra l'istituto in esame e le condizioni poste dal diritto internazionale consuetudinario in materia di espropriazione. Come si è già avuto modo di affermare, il diritto internazionale non nega l'esistenza di un diritto sovrano degli Stati di adottare misure espropriative quale forma di regolazione del loro ambito economico, ma si limita a disciplinare il concreto esercizio di tale diritto²⁰². È, infatti, richiesto che la misura sia adottata per un interesse pubblico, non sia discriminatoria, rispetti i principi del giusto processo²⁰³ e preveda la corresponsione di un indennizzo a favore del soggetto privato.

I vari requisiti sono previsti in senso cumulativo e, dunque, l'aver agito per il perseguimento di un interesse generale non esenta lo Stato dall'obbligo di indennizzo²⁰⁴. E' evidente che l'introduzione in un contesto normativo di questo tipo della *police power doctrine* risulti quanto meno problematica, posto che l'istituto è utilizzato per individuare gli ambiti nei quali gli Stati possono regolare l'attività economica privata, senza essere tenuti a compensare gli eventuali danni causati agli operatori²⁰⁵.

La confusione generata dall'incompatibilità tra le condizioni poste dal diritto internazionale e l'eccezione del *police power* è stata sottolineata con forza da

²⁰² In questo senso, per tutti FRIGO M, *Le limitazioni, cit.*, 77-148

²⁰³ Il principio è previsto da un numero crescente di testi convenzionali, ma non è chiaro se abbia acquisito carattere consuetudinario

²⁰⁴ SCHREUER C., *The Concept of Expropriation, cit.*, 28 afferma che "the existence of a public purpose is a requirement for the expropriation's legality in addition to compensation". L'impostazione è stata ribadita in modo netto nel caso *Vivendi II, cit.*, para. 7.5.21

²⁰⁵ SAMPLINER G.H., *op. cit.*, 9

parte della dottrina, la quale ha concluso che la loro applicazione congiunta non sia corretta né dal punto di vista logico²⁰⁶, né da uno sistematico. Secondo questi autori è preferibile prendere in considerazione il rapporto tra l'effetto della misura e l'obiettivo perseguito, al fine di determinare l'esistenza di un obbligo di indennizzo a carico dello Stato. L'impostazione è stata successivamente accolta anche dalla prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali. In *Azurix*, il Tribunale ha osservato che l'utilizzo della *police power doctrine* contrasta con i principi dell'ordinamento internazionale e risulta "somehow contradictory". La sua applicazione, infatti, porta ad una situazione nella quale il diritto internazionale "[...] would require that investments not be expropriated except for a public purpose and that there be compensation if such expropriation takes place and, at the same time, regulatory measures that may be tantamount to expropriation would not give rise to a claim for compensation if taken for a public purpose"²⁰⁷. Anche in questo caso, la proposta per uscire dall'*impasse* è l'utilizzo di un test di proporzionalità che consenta di prendere in considerazione il rapporto tra l'effetto della misura e l'obiettivo per il quale è stata adottata²⁰⁸.

Gli autori che sostengono la necessità di individuare le misure escluse dall'obbligo di indennizzo attraverso l'applicazione della versione tradizionale della *police power doctrine* ritengono che questo tipo di critiche siano il frutto di un'impostazione scorretta dal punto di vista sistematico²⁰⁹. Questa parte della dottrina, riprendendo il ragionamento già analizzato in riferimento all'ordinamento statunitense, sostiene, infatti, che la confusione derivi dalla mancata distinzione tra il momento della determinazione dell'esistenza di un atto espropriativo e quello della valutazione della legittimità di tale atto alla luce delle norme di diritto internazionale. La *police power doctrine* si applicherebbe esclusivamente durante la prima fase del processo analitico, mentre i requisiti dell'interesse pubblico e dell'indennizzo troverebbero eventualmente spazio nella seconda. Infatti, se una misura di regolazione costituisce un esercizio del *police*

²⁰⁶ HIGGINS R., *op. cit.*, 330-331

²⁰⁷ Caso *Azurix*, *cit.*, para. 311. In argomento sia consentito il richiamo a COSTAMAGNA F., *Legitimate Regulation vs. Regulatory Expropriation in Public Infrastructure Investments after Azurix: A Case Study*, in *Transn. Disp. Manag.*, 4(2), April 2007, 11-13

²⁰⁸ Caso *Azurix*, *cit.*, para. 311. Sul punto si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo successivo del presente capitolo

²⁰⁹ CLOUGH D., *op. cit.*, 568-571; PAULSSON J., DOUGLAS Z., *op. cit.*, 148-150

power, questa non potrà mai essere considerata un atto espropriativo e, di conseguenza, non si porrà neppure il problema di valutare l'esistenza di un obbligo di indennizzo a carico dello Stato²¹⁰.

Sul punto non possono che ripetersi le considerazioni già svolte in precedenza, quando la medesima questione è stata analizzata rispetto all'utilizzo del criterio dell'impatto. L'approccio, per quanto indubbiamente corretto dal punto di vista analitico, risulta, però, difficilmente applicabile dal punto di vista pratico. La distinzione tra i due piani comporta, secondo le parole dei suoi sostenitori, di "determining whether a type of regulation is pursuant to the fundamental role of government in promoting the interests of society (and is therefore within the commonly accepted police powers) and the question as to whether the government engages in particularly regulatory conduct for a public purpose"²¹¹. Appare evidente che la distinzione risulti piuttosto complessa, se non del tutto arbitraria, soprattutto in settori quali i servizi pubblici infrastrutturali, nei quali l'intervento regolativo statale per il perseguimento di un interesse pubblico costituisce, al tempo stesso, esercizio di una sua funzione essenziale.

Il migliore esempio della situazione di incertezza determinata dal riferimento all'istituto in esame è fornito da una delle decisioni più frequentemente citate dai sostenitori della *police power doctrine* a conferma dell'avvenuto accoglimento di tale istituto nella prassi arbitrale internazionale. Si tratta del già citato lodo *Methanex*, nel quale il Tribunale ha escluso che le misure adottate dal governatore della California potessero considerarsi "expropriatory and compensable" trattandosi di "[...] a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process [...]"²¹². In questo caso, dunque, le condizioni previste dal diritto internazionale per la legittimità dell'espropriazione sono state considerate rilevanti anche per determinare se l'atto statale facesse sorgere l'obbligo di indennizzo. Il medesimo stato di incertezza è rinvenibile anche in dottrina, dove si sostiene che "[a] successful exercise of a state's police power depends on the existence of both a public purpose and a bona fide regulatory measure"²¹³.

²¹⁰ *Ibid.*, 570 osserva che "[i]f there is no taking, the next step never arises"

²¹¹ *Ibid.*, 569

²¹² Caso *Methanex*, *cit.*, para. 7, Part IV-Chapter D

²¹³ FREEMAN E., *op. cit.*, 208. In senso analogo BANKS K., *op. cit.*, 510

Le difficoltà di ordine sistematico costituiscono un altro elemento che, insieme alle difficoltà di definizione e alla connessa eccessiva rigidità, porta a ritenere che la *police power doctrine* non possa essere considerato un criterio decisivo per distinguere tra espropriazione e regolazione. Al contrario, vi è il rischio che l'utilizzo di un istituto sviluppatosi in un contesto normativo sensibilmente diverso rispetto a quello in esame possa rappresentare un'ulteriore fattore di confusione in un quadro già poco definito dal punto di vista analitico. A questo proposito devono condividersi le osservazioni espresse da parte della dottrina, secondo cui la trasposizione nell'ordinamento internazionale di concetti elaborati dalle corti nazionali richiede sempre grande cautela, soprattutto quando si tratti di ambiti, quali la tutela del diritto di proprietà, fortemente influenzati dalle scelte di politica economica e sociale adottate dal governo nazionale²¹⁴. In questi casi, il richiamo ad istituti giuridici specifici rischia di rivelarsi controproducente, essendo questi chiamati ad operare in un contesto diverso da quello che ne aveva determinato l'elaborazione.

6. La definizione dell'espropriazione regolativa attraverso la valutazione del rapporto tra l'impatto della misura e l'obiettivo perseguito dallo Stato

6.1 Considerazioni sistematiche

i) Le ragioni dell'adozione del test di bilanciamento

La recente prassi convenzionale ed arbitrare in materia di espropriazione regolativa è caratterizzata da alcuni tentativi di definire il concetto facendo riferimento al rapporto tra l'impatto della misura sull'investimento e l'obiettivo perseguito dallo Stato²¹⁵. Più precisamente, l'impostazione ritiene che una misura di regolazione possa ritenersi atto di espropriazione nel momento in cui le limitazioni che impone nei confronti dell'attività dell'investitore non siano giustificate alla luce dell'interesse perseguito. Questi tentativi hanno ancora carattere episodico e non sistematico; tuttavia, essi meritano attenzione perché potenzialmente forieri di novità positive sul piano dei risultati.

²¹⁴ LOWE V., *Regulation or Expropriation?*, cit., 463

²¹⁵ Sul punto, in particolare DOLZER R., *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, in NY Univ. Journ. Intl. L. & Pol., 27, 2005, 959

L'evoluzione costituisce la risposta all'inadeguatezza degli approcci fondati sul criterio dell'effetto e sull'eccezione della *police power doctrine*. Entrambe le impostazioni palesano, infatti, una rigidità poco adatta per affrontare una questione che coinvolge il delicato equilibrio tra il rispetto della sovranità statale e la tutela degli investimenti esteri. Da un lato, il rifiuto di riconoscere alcuna rilevanza ai motivi sottostanti all'intervento statale, corollario della cd. *sole-effect doctrine*, non consente un'adeguata considerazione degli interessi non aventi carattere economico che contrastano con quelli dell'investitore, appiattendosi su valutazioni esclusivamente quantitative. Dall'altro, il tentativo di escludere alcune tipologie di misure statali dall'obbligo di indennizzo attraverso il riferimento alla *police power doctrine* risulta difficilmente praticabile nella realtà e rischia, addirittura, di confondere ulteriormente la situazione. Il passaggio verso un approccio più flessibile riguarda l'intero ambito normativo, ma risulta particolarmente apprezzabile rispetto alle misure di regolazione adottate in materia ambientale e nei settori dei servizi pubblici infrastrutturali. Tutto ciò non è affatto sorprendente, trattandosi di contesti nei quali l'intervento di regolazione statale ha assunto un ruolo e una frequenza decisamente superiori rispetto agli altri.

L'introduzione del test di bilanciamento non può, però, considerarsi una panacea in grado di risolvere la situazione di incertezza che caratterizza la disciplina internazionale dell'espropriazione indiretta. La possibilità di giungere a risposte positive dipende da come lo strumento è applicato in concreto, vale a dire dal peso dato a ciascuno dei fattori considerati e dalla severità con cui viene valutato il loro rapporto. A tale proposito, si deve osservare come l'adozione di strumenti di questo tipo rafforzi il ruolo degli organi di soluzione delle controversie, posto che il bilanciamento tra i diversi fattori non può che avvenire in riferimento alle circostanze del caso concreto²¹⁶. L'evoluzione sembrerebbe, dunque, andare contro gli interessi dello Stato, visto che, come già osservato a più riprese, gli arbitri tendono ad adottare soluzioni che rafforzano la capacità di tutela del sistema, anche a discapito di valutazioni di segno contrario. La prassi

²¹⁶ SACERDOTI G., *The Admission and Treatment of Foreign Investment under Recent Bilateral and Regional Treaties*, in *Journ. World Investm.*, 1, 2000, 121 osserva che la determinazione dell'esistenza di un obbligo di indennizzo dipende da "the application [...] of general principles of fairness, equality and balancing of interest that are neither immutable nor universal"

convenzionale recente di Paesi come Canada e Stati Uniti smentisce, però, questa osservazione, visto che entrambi i modelli di accordi sugli investimenti adottati nel 2004 impongono l'utilizzo di un test di ragionevolezza per determinare il carattere espropriativo della misura. Evidentemente, si è ritenuto che lo strumento garantisca una migliore salvaguardia delle loro potestà sovrane, rispetto all'utilizzo da parte degli arbitri degli strumenti analitici visti in precedenza. In questo caso, come si avrà modo di apprezzare meglio in seguito, l'attenzione degli Stati era concentrata sulla cd. *sole-effect doctrine*, ma è possibile estendere questo tipo di considerazioni anche all'eccezione del *police power*.

ii) Il rapporto con gli strumenti analitici tradizionali

L'adozione del test di bilanciamento non comporta l'accantonamento dei criteri tradizionalmente utilizzati, ma mira semplicemente a moderarne la rigidità. L'impatto della misura sull'investimento e la possibilità di escludere l'obbligo di indennizzo in ragione dell'importanza dell'obiettivo perseguito continuano, infatti, ad essere criteri rilevanti e spesso decisivi²¹⁷. Ciò che cambia è la modalità con cui questi fattori vengono considerati: non più in modo disgiunto, ma ponendoli in rapporto gli uni con gli altri. Il test di bilanciamento deve essere visto, dunque, come un fattore di completamento della disciplina tradizionale. La possibilità di esaminare fattori aventi natura diversa all'interno di un unico quadro analitico rappresenta uno dei principali punti di forza di questo approccio, consentendo agli arbitri di affrontare la questione attraverso la ponderazione di elementi di natura quantitativa, il danno sofferto dall'investitore, e qualitativa, la giustificazione dell'atto di regolazione.

Talvolta, la necessità di procedere ad un bilanciamento tra gli interessi in gioco è considerato un elemento utile per correggere le distorsioni di un approccio basato sul solo effetto della misura. I modelli di accordo canadese e statunitense prevedono, ad esempio, che la determinazione del carattere espropriativo di una misura di regolazione debba avvenire attraverso la valutazione del rapporto tra fattori quali l'effetto della misura, la violazione delle aspettative generate dall'investimento e il carattere della misura. La disposizione precisa che la

²¹⁷ A questo proposito DOLZER R., *Indirect Expropriations, cit.*, 90 osserva che “[t]he strong role of the effect is not questioned by these cases, but the effect is placed into a broader framework which allows a weighting and balancing of other factors”

necessità di considerare altri elementi oltre all’impatto deriva dal fatto che “i) [...] the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred”²¹⁸. Se inteso in questo modo, l’introduzione del test mira al rafforzamento della posizione dello Stato attraverso il superamento di uno degli aspetti fondamentali della *sole-effect doctrine*, vale a dire l’irrelevanza dell’intenzione statale.

In altre situazioni, il test di bilanciamento è considerato uno strumento applicabile per superare le incertezze e i rischi derivanti da una lettura eccessivamente ampia della *police power doctrine*. L’allegato B.13 del modello canadese di accordo prevede, ad esempio, che l’eccezione in esame valga per le misure non discriminatorie che perseguano un obiettivo di politica generale, fatto salvo il caso in cui tale atto “[...] is so severe *in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed* as having being adopted and applied in good faith [...]”²¹⁹.

Questo tipo di impostazione risulta prevalente nella prassi arbitrale. Per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali, la considerazione è confermata dall’analisi dei casi *Azurix* e *LG&E*. Nel primo, il Tribunale ha prima osservato che “[t]he public purpose criterion as an additional criterion to the effect of the measures under consideration needs to be complemented”, e ha successivamente concluso che il test di proporzionalità utilizzato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo rappresenti uno strumento significativo per determinare la sussistenza di un’espropriazione e il conseguente obbligo di indennizzo a carico dello Stato²²⁰. Analogamente, in *LG&E* è stato affermato che è possibile escludere l’obbligo di indennizzo per talune misure che perseguano un interesse sociale fondamentale “[...] except in cases where the State’s action is obviously disproportionate to the need being addressed”²²¹. Si noti che l’introduzione del test di proporzionalità va oltre ai limiti tradizionali della *police power doctrine*, vale a dire non discriminatorietà e non arbitrarietà, consentendo agli arbitri di esercitare un controllo molto più incisivo sulle ragioni addotte dallo Stato a giustificazione del suo intervento.

²¹⁸ Art. 4(b) US Model BIT 2004, Annex B; Annex B.13(1) Canada Model FIPA 2004

²¹⁹ Corsivo aggiunto

²²⁰ Caso *Azurix*, *cit.*, para. 311-312

²²¹ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 195

In definitiva, considerare il test di bilanciamento quale limite per il criterio dell'impatto o per l'eccezione del *police power* ha conseguenze limitate dal punto di vista analitico. In entrambi i casi l'applicazione del test impone, infatti, di valutare se l'impatto della misura statale sull'investimento possa essere giustificata alla luce dell'interesse perseguito.

Con questo non si vuole affermare che la scelta di introdurre il test in riferimento all'uno o all'altro criterio sia irrilevante. Il primo approccio è indice, infatti, di un atteggiamento di maggior favore verso la posizione dello Stato, accogliendo le preoccupazioni di coloro che ritengono il criterio dell'effetto poco rispettoso delle ragioni della sovranità. Partendo da tali presupposti, il test di proporzionalità è considerato uno strumento atto a contrastare un criterio considerato troppo favorevole per la parte privata. Viceversa, il secondo lascia trasparire un'attenzione più marcata nei confronti della necessità di garantire una tutela efficace agli investimenti esteri. L'obiettivo, in questo caso, è ridurre la possibilità che lo Stato possa sfuggire all'obbligo di indennizzo utilizzando lo schermo della sovranità.

iii) I modelli seguiti nella prassi internazionale: cenni

L'utilizzo di un test di bilanciamento per distinguere tra le ipotesi di espropriazione regolativa e quelle di normale regolazione non costituisce una peculiarità del sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri. Viceversa, esso rappresenta una prassi ormai consolidata in diversi sistemi giuridici nazionali e in alcuni settori dell'ordinamento internazionale.

In particolare, i modelli che hanno esercitato l'influenza più marcata sull'evoluzione in esame sono quelli utilizzati nell'ordinamento statunitense e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si tratta, in entrambi i casi, di modelli elaborati in via giurisprudenziale, attraverso le successive decisioni adottate dalla Corte Suprema in materia di Quinto Emendamento e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in casi riguardanti il Primo Protocollo Addizionale²²². La differenza principale tra i due esempi riguarda l'atteggiamento dei giudici nei confronti dell'atto adottato dalle autorità pubbliche. In via generale, la Corte europea riconosce, infatti, un margine di discrezionalità più

²²² Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Parigi, 20 Marzo 1952, CETS no. 009

ampio rispetto a quanto avviene nel contesto statunitense. Il diverso approccio appare pienamente giustificato, trattandosi, da una parte, di un organo giurisdizionale internazionale e dall'altro del supremo organo giurisdizionale di uno Stato sovrano. Ai fini del presente lavoro ciò che rileva maggiormente è, però, il comune tentativo di definire l'ambito dell'espropriazione regolativa non limitandosi ad un unico fattore, ma prendendo in considerazione gli interessi di entrambe le parti.

I rari esempi della prassi convenzionale nei quali questo tipo di approccio è stato codificato hanno fatto riferimento al modello statunitense. La prassi arbitrale, invece, ha fatto riferimento in modo poco organico ad elementi di entrambi i modelli, combinandoli tra loro, e, allo stesso tempo, tralasciando alcuni aspetti fondamentali di entrambi. Questo approccio eclettico, in larga parte addebitabile alla mancanza di una solida giurisprudenza sul punto, rischia di confondere ulteriormente il quadro e richiede, dunque, un'analisi approfondita.

6.2 Il test di bilanciamento nella prassi convenzionale recente: l'adozione del modello elaborato dalla Corte Suprema statunitense

Tradizionalmente i trattati internazionali in materia di investimenti esteri non considerano il rapporto tra la misura adottata e l'obiettivo perseguito un elemento rilevante per determinare se lo Stato sia tenuto al pagamento di un indennizzo a favore del soggetto danneggiato dal suo intervento. Come si è già avuto modo di osservare, i trattati internazionali prevedono in genere che tale obbligo sorga nel momento in cui l'effetto della misura di regolazione sia equiparabile a quello di un atto di espropriazione formale.

Di recente si è, però, assistito ad un mutamento nella prassi convenzionale sul punto, soprattutto, come si è già avuto modo di rilevare, grazie all'iniziativa di Paesi quali il Canada e gli Stati Uniti. Nel quadro di un più ampio mutamento di strategia, questi Stati hanno inteso offrire agli arbitri internazionali alcune linee guida vincolanti, per evitare interpretazioni delle disposizioni in materia di espropriazione eccessivamente favorevoli agli investitori stranieri e, di conseguenza, indebitamente restrittive delle loro potestà sovrane.

La disposizione rilevante ai fini della presente sezione è quella secondo cui la determinazione del carattere espropriativo di un atto statale deve avvenire valutando fattori quali: "(i) the economic impact of the government action [...];

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and (iii) the character of the government action.”. Questa formulazione, inserita nel modello statunitense, in quello canadese²²³ e anche in alcuni trattati conclusi da altri Paesi²²⁴, riprende quanto espresso dalla Corte Suprema nel caso *Penn Central*²²⁵. In questa occasione, il giudice Brennan aveva, infatti, affermato che per determinare se le misure della città di New York costituissero un caso di espropriazione regolativa, era necessario bilanciare tra loro tre elementi, vale a dire il carattere della misura, l’eventuale violazione delle aspettative generate in capo al privato dall’investimento e la diminuzione di valore inferta nei confronti del bene.

Penn Central costituisce solo il primo di una lunga serie di casi nei quali la Corte Suprema ha utilizzato il test di bilanciamento in materia di espropriazione regolativa²²⁶. Nel corso di tale processo, il test è stato modificato a più riprese, nel tentativo da parte della Corte di definire in modo più preciso un approccio che, avendo natura casistica, risulta poco prevedibile dal punto di vista dei risultati²²⁷. A questo fine, in *Lucas*, la Corte ha stabilito che nel caso in cui la misura statale privi la proprietà di ogni valore, vi è una presunzione di espropriazione, superabile solo qualora l’atto miri ad evitare un uso della proprietà contrario a “existing rules or understandings” o in violazione della cd. “nuisance exception”²²⁸. La decisione sancisce, dunque, l’applicabilità del test di proporzionalità solo nei casi in cui la misura statale riduca, ma senza annullare del tutto, il valore dell’investimento. Le ipotesi di *total deprivation* devono, infatti, considerarsi atti di espropriazione

²²³ A questo proposito è stato osservato che in questo modo il Canada utilizza nelle proprie relazioni esterne un modello che non gli appartiene sul piano interno. In questo senso GAGNÉ G., MORIN J-F., *The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT*, in Journ. Intl. Econ. L., 9(2), 2006, 371. L

²²⁴ Art. 10.5 Republic of Korea-Chile FTA

²²⁵ Caso *Penn Central*, 438 US 104 (1978), para. 124

²²⁶ L’approccio è stato confermato anche in *Lingle v. Chevron USA, Inc.*, 125 S. Ct. 2074, 2081 (2005). Per un’analisi dell’evoluzione giurisprudenziale sul punto WÄLDE T. KOLO A., *op. cit.*, 828-830; STANLEY J.A., *op. cit.*, 368-370; ROSE-ACKERMAN S., ROSSI J., *Disentangling Regulatory Takings*, in Virginia L. Rev., 86, 2000 1444-1449

²²⁷ Il problema della *predictability* nella giurisprudenza sul Quinto Emendamento è stato lungamente dibattuto nella dottrina d’oltreoceano. Alcuni autori hanno espresso giudizi fortemente negativi sul carattere *ad hoc* dell’impostazione seguita dalla Corte; sul punto ROSE-ACKERMAN S., ROSSI J., *op. cit.*, 1444-1448; PETERSON A., *The Takings Clause: In Search of Underlying Principles. Part I – A Critique of Current takings Clause Doctrine*, in California L. Rev., 77, 1989, 1305-1341; ROSE-ACKERMAN S., *Against Ad Hocery: A Comment on Michelman*, in Columbia L. Rev., 88, 1988, 1967

regolativa *per se*, senza necessità di prendere in considerazione il fine perseguito dallo Stato²²⁹.

Il limite non è, però, stato recepito nei trattati internazionali in esame e si deve, quindi, ritenere che esso non trovi applicazione in questo contesto. Se la lettura proposta è corretta, è possibile affermare che, almeno per quanto riguarda questo aspetto, il diritto internazionale convenzionale preveda un trattamento meno favorevole per l'investitore rispetto alla disciplina alla quale esso si ispira. La situazione non è affatto sorprendente, posto che le disposizioni in esame costituiscono un tentativo di risposta alla percezione, condivisa dalla dottrina maggioritaria²³⁰, secondo cui la protezione offerta dal sistema internazionale, e in particolare dal NAFTA, è superiore rispetto a quella prevista dal diritto interno statunitense. La preoccupazione per la possibilità che gli Stati Uniti si vedano costretti ad assicurare un miglior trattamento agli investitori stranieri rispetto a quello garantito ai propri cittadini è stata espressa anche nello *US Trade Act* del 2002, il quale ha dato mandato ai negoziatori statunitensi di “ensuring that foreign investors in the United States are not accorded greater substantive rights with respect to investment protections than United States investors in the United States”²³¹.

6.3 Il test di bilanciamento nella prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali

i) Il riferimento al test di proporzionalità elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo

L'utilizzo da parte degli arbitri internazionali di un test di bilanciamento per tracciare la linea di distinzione tra espropriazione e regolazione costituisce un'evoluzione recente e ancora poco sviluppata, soprattutto se posta a confronto con altri ordinamenti. Per il momento essa ha, infatti, riguardato un numero

²²⁸ *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 US 1003 (1992), 1027-1030. Per un'analisi critica FISHER W.W., *The Trouble with Lucas*, in *Stanford L. Rev.*, 45, 1993, 1393.

²²⁹ Sul punto in particolare BEEN V., BEAUVAIS J.C., *op. cit.*, 60-61

²³⁰ Questa dottrina fa riferimento ad altri aspetti della disciplina internazionale in materia di espropriazione regolativa, quali l'estensione del concetto di proprietà protetta, il livello dell'indennizzo e la mancanza di alcun limite di carattere procedurale. In questo senso PORTERFIELD M., *International Expropriation Rules and Federalism*, in *Stanford Env. L. Journ.*, 23(1), 2004, 3-90; BEEN V., *Does an International "Regulatory Takings" Doctrine Make Sense?*, in *NY Univ. Env. L. Journ.*, 11, 2003, 49-63; BEEN V., BEAUVAIS J.C., *op. cit.*, 30-143. *Contra* STANLEY J.A., *op. cit.*, 349-389

estremamente limitato di casi, i quali si sono per lo più limitati a riferimenti fugaci senza affrontare nel dettaglio molti degli aspetti più controversi. Nonostante questi limiti, resta comunque la necessità di esaminare quelli che sembrano essere i primi segnali di un processo che potrebbe portare all'adozione, anche da parte degli arbitri internazionali, di uno strumento analitico largamente utilizzato in materia di espropriazione regolativa in numerosi contesti normativi diversi da quello in esame²³². Nel corso della presente sezione vi sarà il tentativo di andare oltre al ruolo limitato riservato al test di bilanciamento dagli arbitri internazionali, proponendo soluzioni innovative basate su quanto già elaborato in altri ordinamenti.

I principali modelli di riferimento sono, anche in questo caso, quello statunitense e quello della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultimo sembra esercitare una considerevole influenza sugli arbitri internazionali, come dimostrano i lodi *Tecmed*²³³ e, per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali, *Azurix*, nei quali è stato espressamente richiamato²³⁴. Come si è già avuto modo di osservare, in quest'ultima decisione, il Tribunale arbitrale ha ritenuto che “the case law of the European Court of Human Rights” e, in particolare, il test di proporzionalità da questa elaborato nel caso *James* “provides useful guidance for purposes of determining whether regulatory actions would be expropriatory and give rise to compensation”²³⁵.

Il riferimento appare pienamente giustificato, posto che, a differenza di quanto osservato a proposito della prassi arbitrale in materia di investimenti esteri, il test di proporzionalità costituisce uno dei capisaldi della giurisprudenza della Corte

²³¹ Trade Act of 2002. Pub. L. No. 107-210, para. 2102(b)(3), 116 Stat. 933, 955 (2002)

²³² A questo proposito REINISCH A., *op. cit.*, 44 ritiene che “such a balancing approach may be regarded as inherent in the tests relied upon by many investment arbitral tribunals”. Sul punto si vedano anche le considerazioni svolte da WÄLDE T., KOLO A., *op. cit.*, 827-835

²³³ Caso *Tecmed*, *cit.*, para. 121-122

²³⁴ Sul punto COSTAMAGNA F., *op. cit.*, 14-16

²³⁵ Caso *Azurix*, *cit.*, paras. 311-312. A questo proposito LIBERTI L., *Investissements et droits de l'homme*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 813 osserva che l'utilizzo la giurisprudenza della Corte europea in materia di I Protocollo per la soluzione di controversie relative agli investimenti esteri è giustificato, nonostante le innegabili differenze tra i due ambiti normativi, dal fatto che entrambi i sistemi “partagent en ce domaine le même objectif, c'est-à-dire la protection du droit de propriété”

europea dei diritti dell'uomo²³⁶, anche per quanto riguarda la tutela del diritto di proprietà. A tale proposito, è stato sottolineato come in questo ambito la Corte abbia tradizionalmente adottato una versione del test meno rigorosa che in altre circostanze, quasi a conferma della minore considerazione di cui gode un diritto che non era stato incluso nella versione originaria della Convenzione²³⁷.

A prescindere dalla questione dell'importanza del diritto di proprietà nella tradizione giuridica europea²³⁸, occorre osservare che il requisito della proporzionalità costituisce una delle condizioni richieste dalla Corte per la legittimità dell'interferenza imposta dalla misura statale. Questo tipo di lettura è stata costantemente seguita a partire dalla sentenza *Sporrong and Lönnroth*, dove era stato affermato che la tutela del pacifico godimento del diritto di proprietà previsto dal primo comma dell'articolo 1 implica un giusto bilanciamento “between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. The search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1”²³⁹. Il caso *James* aveva ribadito il concetto, affermando che “not only must a measure depriving a person of his property pursue [...] a legitimate aim “in the public interest” but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”²⁴⁰.

Ad ulteriore conferma del ruolo fondamentale ricoperto da tale strumento, basti osservare che proprio attraverso il suo utilizzo la Corte è giunta a determinare l'esistenza di un obbligo di indennizzo in capo allo Stato, sebbene questo non sia

²³⁶ Non è possibile dar conto in questa sede della sterminata dottrina sul punto. Per tutti, si vedano, CANNIZZARO E., *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, 39-96; EISSEN M-A., *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in MACDONALD R. St., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, London, 1993, 125-146

²³⁷ ÇOBAN A.R., *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Aldershot, 2004, 206; MCBRIDE P., *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in ELLIS E., *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, 23-35; SCHERMERS H., *The International Protection of the Right of Property*, in MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard Wiarda*, Köln, 1988, 578-580

²³⁸ DE SALVIA M., *La giurisprudenza degli organi della Convenzione e i diritti patrimoniali*, in Riv. int. dir. uomo, 1995, 282

²³⁹ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 September 1982, Series A, No. 52, paras. 69-73

²⁴⁰ *James and Others v. United Kingdom*, 21 February 1986, Series A, No. 98, para. 50

espressamente previsto dalla lettera dell'articolo 1²⁴¹. E' stato, infatti, ritenuto che un'interferenza sulla proprietà privata che non preveda la corresponsione di un'adeguata compensazione del soggetto passivo non possa ritenersi proporzionata, imponendo un sacrificio eccessivo in capo alla parte privata. La considerazione permette di apprezzare una prima sostanziale differenza tra l'utilizzo del test di proporzionalità invalso nel contesto europeo e quello che si sta sviluppando nel sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri. In tale ultimo ambito, infatti, il test è utilizzato quale strumento per l'individuazione delle misure escluse dall'obbligo di indennizzo.

ii) Test di bilanciamento e rispetto dell'autonomia statale nella valutazione dell'interesse pubblico

La formulazione adottata nel caso *James* mette bene in evidenza come il requisito vada ad aggiungersi a quelli espressamente previsti dall'articolo 1 del Protocollo Addizionale, vale a dire l'esistenza di un interesse pubblico²⁴² e la conformità della misura alla legge nazionale e ai principi del diritto internazionale. In particolare, l'utilizzo del test può considerarsi un correttivo all'ampio margine di apprezzamento²⁴³ riconosciuto agli Stati nella determinazione della sussistenza dell'interesse pubblico²⁴⁴. Attraverso tale strumento, la Corte è, infatti, in grado di esercitare il proprio controllo sulle misure nazionali che interferiscano con il diritto di proprietà, senza formalmente ingerirsi in valutazioni che, come riconosciuto dagli stessi giudici di Strasburgo, spettano in prima battuta alle

²⁴¹ Sul punto ÇOBAN A.R., *op. cit.*, 210-211; RUIZ FABRI H., *op. cit.*, 163-164; FRIGO M: *Le limitazioni*, *cit.*, 182-183

²⁴² Il concetto è considerato un sinonimo di quello di "interesse generale" utilizzato nel secondo comma del medesimo articolo. In questo senso caso *James*, *cit.*, paras. 40-41

²⁴³ Sul punto in senso generale MATSCHER F., *Methods of Interpretation of the Convention*, in MACDONALD R. St., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *op. cit.*, 79. Il punto è analizzato con grande attenzione in ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York, 2002, in particolare si veda pagina 14 dove l'A. afferma che "[i]t is possible to consider the application of the proportionality principle as the other side of the margin of appreciation"

²⁴⁴ Sul punto WINISDOEFFER Y., *Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1*, in Hum. Rights L. Journ., 19(1), 1998, 18; MACDONALD R. St., *The Margin of Appreciation*, in MACDONALD R. St., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *op. cit.*, 108-118. Tuttavia FRIGO M.: *Le limitazioni*, *cit.*, 169 osserva come "[...] almeno in alcune sentenze più recenti, la Corte ha mostrato la tendenza a concedere uno spazio decisamente più ridotto al margine di apprezzamento statale in relazione alla corrispondenza all'interesse pubblico in ipotesi di espropriazioni"

autorità nazionali in ragione della loro maggiore prossimità alla situazione reale e ai bisogni della società²⁴⁵.

Il punto è rilevante anche per quanto riguarda il sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri, dove il principio secondo cui la valutazione della sussistenza dell'interesse pubblico spetti al governo ospite appare ormai un dato acquisito. Già nel caso *Oscar Chinn*, deciso nel 1934, la Corte permanente di giustizia internazionale aveva sottolineato che “[t]he Belgian Government was the sole judge of this critical situation and of the remedies that it called for subject of course to its duty of respecting its international obligations”²⁴⁶. Un atteggiamento analogamente deferenziale ha caratterizzato la maggior parte delle decisioni successive²⁴⁷, tanto che deve condividersi l'opinione espressa da parte della dottrina, secondo la quale il requisito dell'interesse pubblico “sia suscettibile di valutazione limitatamente alle ipotesi in cui sia ravvisabile una sorta di macroscopico abuso, ovvero di palese arbitrarietà nel provvedimento espropriativo”²⁴⁸.

E' evidente come un simile atteggiamento si presti ad abusi da parte degli Stati, riducendo la possibilità per gli investitori di contrastare le argomentazioni avanzate dell'autorità pubblica per giustificare il proprio intervento. L'introduzione del test di bilanciamento anche nella disciplina internazionale dell'espropriazione regolativa sembra tuttavia di far fronte a tale eventualità, come dimostrato dall'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Attraverso il suo utilizzo gli arbitri sarebbero, infatti, in grado di evitare che gli Stati possano

²⁴⁵ In questo senso, *inter alios*, caso *James, cit.*, para. 46 dove si osserva che “because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is ‘in the public interest’”. In senso conforme *Lithgow v. United Kingdom*, 8 July 1986, Serie A, No. 102. Su queste decisioni si veda SAPIENZA R., *Espropriazione di beni e indennizzo nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le sentenze nei casi James e Lithgow*, in Riv. dir. int., 1987, 309. Se inteso in questo senso, il riconoscimento del margine di apprezzamento costituisce l'applicazione da parte della Corte del principio di sussidiarietà; sul punto PETZOLD H., *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in MACDONALD R. St., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *op. cit.*, 41-62

²⁴⁶ Caso *Oscar Chinn, cit.*, 78

²⁴⁷ Si veda, per tutte, *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic*, in ILM, 17, 1978, para. 367

²⁴⁸ FRIGO M., *Le limitazioni, cit.*, 94. STERN B., *Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in Dr. prat. comm. int., 1991, 410 sostiene l'esistenza di una sorte di “présomption de conformité à l'intérêt général”

utilizzare il richiamo all'interesse generale in modo pretestuoso, senza, però, doversi ingerire in valutazioni che esulano dalla loro competenza.

iii) Severità del test di bilanciamento

Il test di bilanciamento è uno strumento che può condurre a risultati diversi, a seconda della severità con la quale si valuta il rapporto tra la misura e l'obiettivo. Le diverse forme che il test può assumere si prestano ad essere ordinate su una scala crescente che va dalla semplice ragionevolezza al requisito della stretta necessità. Nel caso in cui si adotti lo standard meno severo, la misura statale soddisfa il test qualora lo Stato sia semplicemente in grado di dimostrare che il suo intervento trova un fondamento ragionevole nell'obiettivo perseguito o, in altre parole, non appaia del tutto inidoneo al suo raggiungimento. Viceversa, la versione più rigorosa del test impone alle autorità nazionali di dimostrare che la misura adottata era assolutamente necessaria per raggiungere l'obiettivo, non essendo possibile avvalersi di un mezzo meno restrittivo del diritto in questione²⁴⁹.

Nonostante sia evidentemente decisivo per il risultato dell'intero processo di controllo, questo aspetto non è ancora stato affrontato in modo dettagliato nella prassi arbitrale internazionale. La scelta della tipologia di test da utilizzare non può essere fatta in astratto, ma dipende dalle circostanze del caso concreto, lasciando, dunque, ampia discrezionalità agli arbitri internazionali. Questo aspetto risulta in modo evidente dall'analisi della giurisprudenza della Corte europea, la quale ha sempre adottato un approccio estremamente flessibile al riguardo, riservandosi un ampio spazio di manovra nella scelta della severità del test. Parte della dottrina ha criticato tale atteggiamento, sottolineandone le conseguenze estremamente negative in termini di certezza del diritto, sia per gli Stati che per i soggetti sottoposti alla loro giurisdizione²⁵⁰.

Si ritiene, però, che le critiche siano eccessivamente severe e non tengano nella dovuta considerazione le caratteristiche di uno strumento che non si presta a soluzioni precostituite²⁵¹. Il test di proporzionalità implica, infatti, un'attenta valutazione delle condizioni concrete e non può essere risolto attraverso

²⁴⁹ Sul punto CANNIZZARO E., *op. cit.*, 4

²⁵⁰ KASTANAS E., *Unité et diversité: notions autonomes at marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996, 159-160; STERN B., *op. cit.*, 411

²⁵¹ In questo senso RUIZ FABRI H., *op. cit.*, 163; FRIGO M., *Le limitazioni*, *cit.*, 177-179

l'applicazione di criteri eccessivamente rigidi, a pena di ridurne sensibilmente l'efficacia. L'approccio flessibile adottato dalla Corte deve, perciò, ritenersi un modo corretto di utilizzare il test di proporzionalità, fatti salvi i casi nei quali i giudici abusino del suo carattere aperto, giungendo a soluzioni manifestamente arbitrarie.

La severità del test di proporzionalità è legata a doppio filo con l'ampiezza del margine di apprezzamento concesso alle autorità nazionali nella determinazione dell'interesse generale. Come sottolineato dalla dottrina che si è occupata in modo più attento della questione : “[t]he more intense the standard of proportionality becomes, the narrower the margin allowed to national authorities”²⁵². I due criteri costituiscono, infatti, due facce della stessa medaglia e la configurazione da questi assunta nel caso concreto dipende dagli stessi elementi. I giudici di Strasburgo tendono, infatti, ad adottare un test meno severo nel caso in cui la natura degli interessi coinvolti o la tipologia di interferenza derivante dalla misura statale portino a ritenere che le autorità nazionali si trovino in una posizione più favorevole rispetto al giudice internazionale nella determinazione della sussistenza e dell'importanza dell'interesse pubblico.

Per quanto riguarda il primo dei due fattori, la Corte europea ha ribadito a più riprese che quando la misura statale implichi scelte politiche di carattere generale che riguardano settori fondamentali dell'economia nazionale allo Stato deve essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento per quanto riguarda la valutazione dell'interesse pubblico²⁵³. Il riconoscimento è sempre stato accompagnato dall'utilizzo di un test affievolito di proporzionalità, essendo semplicemente richiesta la dimostrazione della sussistenza di un collegamento ragionevole tra il mezzo utilizzato e l'obiettivo perseguito²⁵⁴.

Gli organi di controllo della Convenzione europea adottano un ragionamento analogo in riferimento alla natura dell'interferenza, distinguendo i casi di formale espropriazione da quelli di semplice regolazione dell'uso dei beni. Nonostante, infatti, le due ipotesi non costituiscano regole distinte, ma siano sottoposte ad un

²⁵² ARAI-TAKAHASHI Y., *op. cit.*, 14

²⁵³ *Katte Klitsche de la Grange v. Italy*, Commission's Report of 6 April 1993, Series A, No. 293-B, para. 79

unico regime giuridico²⁵⁵, la Corte applica un approccio diverso a seconda dell'intensità dell'interferenza²⁵⁶. Nei casi di regolazione dei beni, vi è il riconoscimento di un margine di apprezzamento più ampio nella determinazione dell'interesse pubblico e, parallelamente, l'utilizzo di un test meno severo per la valutazione del rapporto tra questo e la misura adottata. Nel caso *Mellacher*²⁵⁷, ad esempio, la Corte ha escluso che l'esistenza di alternative meno restrittive potesse considerarsi un fattore sufficiente per ritenere che la misura statale non fosse proporzionata. La conclusione è stata dettata dal fatto che, trattandosi di una semplice restrizione dell'uso dei beni, la Corte ha ritenuto che il suo compito fosse quello di controllare se l'azione dello Stato rientrasse nei limiti del suo margine di apprezzamento e non valutare se la misura adottata fosse la migliore per il raggiungimento del fine. Considerazioni analoghe sono state espresse in molti altri casi²⁵⁸, nei quali i giudici di Strasburgo hanno costantemente fatto riferimento all'ampiezza del margine di apprezzamento per giustificare l'adozione di un test di proporzionalità non particolarmente invasivo.

Alcuni autori²⁵⁹ ritengono che questo tipo di ragionamento svilisca una delle funzioni tradizionalmente riconosciute al test di proporzionalità, vale a dire evitare che gli Stati possano abusare dell'ampio margine di apprezzamento concesso loro dalla Corte. In realtà, il parallelismo tra l'ampiezza del margine di apprezzamento e la severità del test appare condivisibile dal punto di vista della coerenza

²⁵⁴ *Katte Klitsche de la Grange v. Italy*, 27 October 1993, Series A, No. 293-B nel quale la Corte, rigettando le conclusioni alle quali era giunta la Commissione, ha ritenuto che il requisito della proporzionalità fosse soddisfatto senza spingere il suo scrutinio in profondità

²⁵⁵ Nella sentenza *Sporrong and Lönnroth*, *cit.*, para. 24 la Corte ha affermato che l'art. 1 del Protocollo Addizionale si compone di tre regole distinte: "[t]he first rule, which is of a general nature, enounces the principle of peaceful enjoyment of property; it is set out in the first sentence of the first paragraph. The second rule covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; it appears in the second sentence in the same paragraph. The third rule recognises that the States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose; it is contained in the second paragraph" Nel successivo caso *James*, *cit.*, paras. 29-30 è stato chiarito che le tre regole non devono intendersi come separate tra loro, essendo tutte sottoposte, come osservato in dottrina, ad un unico regime giuridico; in questo senso FRIGO M., *Le limitazioni*, *cit.*, 164-169

²⁵⁶ Il punto è stato chiarito in modo netto dalla Commissione in *Gillow v. UK*, Commission Report of 3 October 1984, Series A, No. 109, paras. 148-154. In argomento si veda, in particolare, SERMET L., *The European Convention on Human Rights and Property Rights*, Strasbourg, 1998, 36

²⁵⁷ *Mellacher et Others v. Austria*, 19 December 1989, Series A, No. 169, para. 53

²⁵⁸ *Spadea and Scalabrino v. Italy*, 28 September 1995, Series A, No. 315-B; *Heinrich v. France*, 4 May 1993, Series A, No. 296-A, para. 113; *Tre Traktörer AB v. Sweden*, 7 July 1989, Series A, No. 159, para. 62

²⁵⁹ COBAN A.R., *op. cit.*, 207

sistematica e, in un certo senso, inevitabile. Come visto in precedenza, infatti, entrambe le determinazioni impongono la valutazione di fattori analoghi e non è, dunque, immaginabile che la Corte possa giungere a soluzioni di segno opposto.

Le considerazioni svolte risultano particolarmente rilevanti per quanto riguarda gli investimenti infrastrutturali. In questo ambito, infatti, gli arbitri sono generalmente chiamati a valutare la proporzionalità di misure che mirano alla regolazione dell'uso del bene, l'infrastruttura, o della gestione del servizio e che sono adottate per il perseguimento di interessi fondamentali da un punto di vista sociale ed economico. Si ritiene, pertanto, che la cautela tradizionalmente utilizzata dalla Corte europea debba trovare applicazione anche in questo contesto. Questo tipo di approccio dovrebbe, perciò, portare all'utilizzo di un test di bilanciamento che si limiti a valutare la ragionevolezza della misura, piuttosto che richiedere allo Stato la dimostrazione che l'atto adottato fosse strettamente necessario per il raggiungimento dell'obiettivo.

Un'impostazione di questo tipo non è giustificata solo sul piano sostanziale, ma risulta opportuna anche dal punto di vista sistematico. L'adozione di un atteggiamento più rigoroso da parte degli arbitri internazionali potrebbe, infatti, considerarsi un'indebita interferenza nella sfera sovrana del Paese ospite, andando oltre quanto avviene in un contesto, quale quello europeo, sicuramente caratterizzato da un maggior di livello di integrazione tra gli Stati.

E' interessante notare come questo tipo di conclusione risulti pienamente in linea con la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense per quanto riguarda l'applicazione della *takings clause* in materia di *utilities*²⁶⁰. A partire dagli anni '40²⁶¹, il supremo organo giurisdizionale degli Stati Uniti ha sempre adottato un atteggiamento di spiccata deferenza nei confronti delle decisioni adottate dalle autorità pubbliche in materia di servizi pubblici, soprattutto per quanto riguarda la

²⁶⁰ Sul punto in generale ROSE-ACKERMANN S., ROSSI J., *op. cit.*, 1451-1457

²⁶¹ La tendenza è stata inaugurata in *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*, 320 US 591 (1944), para. 602 e costituisce una risposta alla precedente impostazione assunta dalla Corte nel caso *Lochner*, *cit.*, secondo la quale i giudici si erano riservati la possibilità di esercitare un controllo nel merito sulle decisioni adottate dagli organi politici. Per una recente analisi di questo tipo di impostazione si vedano ROGERS J.R., VANBERG G., *Resurrecting Lochner: A Defence of Unprincipled Judicial Activism*, in *Journ. of L. Econ. & Organiz.*, 23(2), 2007, 442-468

fissazione delle tariffe per l'utenza²⁶². Questa impostazione, improntata ad un tasso di *judicial activism* sicuramente inferiore rispetto a quanto avviene in altri settori, è giustificata facendo riferimento a motivi diversi, quali l'elevata complessità tecnica di tali questioni o, di maggiore rilevanza ai fini della presente indagine, la necessità di garantire un adeguato rispetto per le decisioni adottate dalle competenti autorità²⁶³. E' bene precisare che la maggiore cautela non deve confondersi con la rinuncia da parte della Corte all'esercizio di qualsivoglia controllo, soprattutto nel caso in cui le decisioni degli organi politici mettano a rischio l'integrità finanziaria dell'impresa²⁶⁴.

Una parte della dottrina più recente ritiene che una corretta applicazione del ragionamento dovrebbe condurre ad escludere *in toto* l'applicazione del test di bilanciamento nel caso in cui l'intervento statale sia necessario per la tutela di un diritto fondamentale, quale il diritto di accesso ad una quantità minima di acqua. Secondo questi autori, la conclusione si giustifica proprio in riferimento alla particolare importanza dell'obiettivo perseguito dalle autorità nazionali.

Le argomentazioni utilizzate per sostenere tale impostazione sono principalmente due. Da un lato vi è chi²⁶⁵, facendo riferimento ad un rapporto dell'Alto Commissario ONU per i diritti umani²⁶⁶, ritiene che, in queste circostanze, il diritto del singolo ad accedere ad un servizio essenziale e i diritti dell'investitore non possano essere posti sullo stesso piano, essendo qualitativamente diversi. Il primo costituisce, infatti, un elemento essenziale della dignità dell'individuo, mentre i secondi hanno una mera dimensione economica. Altri autori²⁶⁷, invece, derivano l'impossibilità di procedere ad un bilanciamento tra gli opposti interessi dal fatto che l'intervento dello Stato teso a garantire l'accesso ad una quantità sufficiente di acqua potabile è imposto da una norma internazionale di *ius cogens* e, dunque, assolutamente prevalente rispetto agli obblighi che discendono da un

²⁶² Si vedano, ad esempio, *Duquesne Light Co. V. Barasch*, 488 US 299 (1989); *Permian Basin Rate Cases*, 390 US 747 (1968); *Market Street Railways v. Railroad Commission*, 324 US 548 (1945)

²⁶³ PIERCE R.J., *Public Utility Regulatory Takings: Should the Judiciary Attempt to Police the Political Institutions?*, in Georgia L. Journ., 77, 1989, 2046

²⁶⁴ Caso *Duquesne*, *cit.*, para. 312

²⁶⁵ ORELLANA M.A., *Science, Risk and Uncertainty: Public Health Measures and Investment Disciplines*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *op. cit.*, 720

²⁶⁶ *Human Rights, Trade and Investment*, Report of the High Commissioner for Human Rights, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/9 (2003), para. 24

²⁶⁷ LIBERTI L., *op. cit.*, 826-828

trattato internazionale in materia di investimenti. Questi autori fanno ampio riferimento a quanto espresso dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali nel Commento generale sugli articoli 11 e 12 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali²⁶⁸, dove si afferma che il diritto all'acqua è un diritto essenziale di ogni individuo e che, per tale ragione, gli Stati hanno il dovere di adottare tutte le misure necessarie per la sua piena realizzazione²⁶⁹. Per quanto rileva maggiormente ai fini del presente lavoro, il Comitato afferma che, nel caso in cui il servizio sia affidato ad un operatore privato, lo Stato ha comunque l'obbligo di assicurare che questo non impedisca l'accesso, ad un costo abbordabile e non discriminatorio, ad una quantità minima di acqua potabile²⁷⁰.

Nonostante le argomentazioni non godano di unanime consenso nella dottrina internazionalistica²⁷¹, la soluzione proposta da questi autori appare conforme alla logica del sistema e deve essere, perciò, condivisa. Si ritiene, infatti, che l'utilizzo del test di bilanciamento in situazioni nelle quali l'intervento abbia quale obiettivo la garanzia di un diritto essenziale dell'individuo porrebbe il sistema internazionale di tutela in contrasto con valori fondamentali dell'odierna Comunità internazionale²⁷². È bene precisare, però, che l'impostazione può trovare applicazione solo nei casi in cui l'intervento statale sia davvero necessario per la tutela del diritto di accesso ad una quantità essenziale di acqua e non in tutte le circostanze nelle quali le misure statali riguardino il settore dei servizi idrici in generale.

²⁶⁸ UN Economic and Social Council, *The Right to Water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, General Comment no. 15 (2002), E/C.12/2002/11, 20 January 2003,

²⁶⁹ *Ibid.*, para. 20 osserva che “[t]he right to water, like any human right, imposes three types of obligations on States parties: obligations to respect, obligations to protect and obligations to fulfil.”

²⁷⁰ *Ibid.*, para., 24 statuisce che “Where water services (such as piped water networks, water tankers, access to rivers and wells) are operated or controlled by third parties, States parties must prevent them from compromising equal, affordable, and physical access to sufficient, safe and acceptable water. To prevent such abuses an effective regulatory system must be established, in conformity with the Covenant and this General Comment, which includes independent monitoring, genuine public participation and imposition of penalties for non-compliance.”

²⁷¹ Non è questa la sede per un'analisi approfondita delle diverse posizioni dottrinarie sul diritto all'acqua nell'ordinamento internazionale. Per una sua ricostruzione e alcune indicazioni bibliografiche si veda il Capitolo I

²⁷² ORELLANA M.A., *op. cit.*, 741. Sui valori fondamentali e sulla loro tutela nel diritto internazionale si veda IOVANE M., *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000

iv) Il criterio del “giusto equilibrio” tra il perseguimento dell’interesse generale e la posizione dell’investitore straniero: la questione dell’indennizzo

La determinazione della proporzionalità della misura statale di regolazione rispetto all’obiettivo perseguito impone la valutazione del rapporto tra le ragioni dell’interesse generale e l’onere che l’investitore straniero è chiamato a sopportare per il suo raggiungimento. Il punto, centrale per l’analisi in corso, assume una rilevanza peculiare in materia di investimenti infrastrutturali, un settore nel quale il problema della ripartizione dei costi per il raggiungimento di risultati di cui dovrebbe beneficiare l’intera popolazione è avvertito in modo più netto che in altri ambiti. Non sorprende, perciò, che il problema sia stato sollevato in *Azurix*, il quale rappresenta, ad oggi, il caso relativo agli investimenti infrastrutturali nel quale il test di proporzionalità ha trovato più ampia applicazione. Tuttavia, la decisione ha riservato alla questione un’attenzione non adeguata, limitandosi a brevi cenni. Si ritiene, però, che il punto meriti di essere affrontato più in dettaglio, facendo riferimento, anche in questo caso, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo.

In questo contesto normativo il requisito del *fair balance*, vale a dire l’esistenza di un giusto equilibrio tra esigenze collettive ed esigenze individuali costituisce un aspetto fondamentale del test di proporzionalità, anche per quanto riguarda i casi relativi al diritto di proprietà²⁷³. A questo proposito, autorevole dottrina ha sottolineato che la Corte fa riferimento a giusto equilibrio e proporzionalità come se fossero sinonimi²⁷⁴. In effetti, l’identità tra i due criteri risulta in modo evidente sin dal caso *Sporrong and Lönrroth*, vale a dire in quello che è considerato il *leading case* per l’applicazione del test di proporzionalità in materia di tutela del diritto di proprietà. L’impostazione ha trovato applicazione anche in numerose sentenze successive²⁷⁵ e deve quindi condividersi l’opinione secondo cui “criterio

²⁷³ In argomento ÇOBAN A.R., *op. cit.*, 204-210

²⁷⁴ CONDORELLI L., *Premier Protocole Additionnel. Article 1*, in PETTITI L-E., DECAUX E., IMBERT P-H. (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l’homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, 980

²⁷⁵ *The Former King of Greece and Others v. Greece*, 23 November 2000, ECHR 2000-XII, 119, para. 89; *Pressos Compania Naviera SA and Others v. Belgium*, 20 November 1995, Series A, No. 332, para. 38. *Agrotexin and Others v. Greece*, 24 October 1995, Series A, No. 330-A, paras. 77-78;

del giusto equilibrio [...] e/o della proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito [rivestono] una posizione centrale nell'interpretazione dell'art.1²⁷⁶.

In *Sporrong and Lönrroth*, i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che “[t]he search for this balance is inherent in the whole of the Convention and is also reflected in the structure of Article 1”. In particolare, il principio del pacifico godimento di tale diritto contenuto nell'articolo 1 del Protocollo Addizionale impone di trovare un giusto equilibrio “[...] between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights”²⁷⁷. Il requisito non può dirsi soddisfatto se il soggetto passivo è costretto a sopportare “an individual and excessive burden”²⁷⁸.

Occorre ribadire che attraverso tale criterio la Corte è giunta a colmare la lacuna derivante dalla mancata previsione di un obbligo di indennizzo nell'articolo 1 del Protocollo Addizionale²⁷⁹. Come chiarito in *Lithgow*, “compensation terms are material to the assessment whether a fair balance has been struck between the various interests at stake and, notably, whether or not a disproportionate burden has been imposed on the person who has been deprived of his possessions”²⁸⁰.

Senza voler affrontare in questa sede la questione dell'obbligo di indennizzo nel sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo²⁸¹, vale, però, la pena di sottolineare due aspetti ulteriori che riguardano il suo rapporto con il criterio in esame. In prima battuta, si deve notare che il giusto equilibrio non opera solo nel momento in cui si debba determinare l'esistenza di un obbligo di indennizzo, ma anche per la quantificazione dello stesso²⁸². A questo proposito è stato osservato che “as

²⁷⁶ FRIGO M., *Le limitazioni*, cit., 157

²⁷⁷ Caso *Sporrong and Lönrroth*, cit., para. 69

²⁷⁸ *Ibid.*, para. 73

²⁷⁹ Per un'analisi delle ragioni che avevano portato a tale esclusione FROWEIN J., *The Protection of Property*, in MACDONALD R. St., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), cit., 523; BARIATTI S., *Genesi ed interpretazione dell'art. 1 del Protocollo Addizionale alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, in Riv. int. dir. uomo, 1989, 215-220

²⁸⁰ Caso *Lithgow*, cit., para. 110

²⁸¹ In argomento ALLEN T., *Compensation for Property under the European Convention on Human Rights*, Working Paper 1875 Bepress Legal Series, 2006; ÇOBAN A.R., *op. cit.*, 210-213; FRIGO M., *Le limitazioni*, cit., 179-184

²⁸² RUIZ FABRI H., *op. cit.*, 165-166; CONDORELLI L., *op. cit.*, 191-192. Il problema della compatibilità tra le disposizioni nazionali che determinano il *quantum* di indennizzo e il requisito del giusto equilibrio è stata analizzata in modo dettagliato nei numerosi casi in materia di occupazione acquisitiva che hanno riguardato l'Italia nel corso degli ultimi anni. L'argomento è piuttosto complesso e meriterebbe un'attenzione decisamente superiore rispetto a quanto è possibile fare nel presente lavoro. Per una sua ricostruzione minuziosa ed accurata CONTI R., *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006

regards deprivation, the requirement of a fair balance is made more flexible with the idea of reasonable relationship”²⁸³. Ancora una volta, la scelta della Corte di utilizzare una versione affievolita del test è accompagnata dal riconoscimento di un “wide margin of appreciation in the determination of the level of compensation”²⁸⁴. Anche in questo caso la Corte è, dunque, tendenzialmente propensa ad accettare la determinazione effettuata a livello nazionale anche se questa non corrisponda al *fair market value*²⁸⁵ del bene, fatti salvi i casi in cui sia manifestamente sproporzionata.

Inoltre, il fatto che l’indennizzo sia considerato un fattore decisivo ai fini della sussistenza di un giusto equilibrio ha portato la Corte ad ammettere la possibilità di esentare gli Stati dall’obbligo solo in presenza di circostanze eccezionali. Per lungo tempo il riconoscimento di una simile eventualità era avvenuto solo in teoria, visto che, sul piano pratico, la Corte non era mai giunta a riconoscere l’esistenza di tali condizioni²⁸⁶. Solo di recente, nel caso *Jahn*²⁸⁷, la Grande Camera ha concluso che la mancata previsione dell’indennizzo da parte del governo tedesco non potesse considerarsi una violazione del principio del giusto equilibrio in ragione delle circostanze eccezionali nelle quali era maturato il provvedimento statale²⁸⁸. Si trattava, infatti, di una legge adottata immediatamente dopo la riunificazione che consentiva ai Ländern orientali di correggere le distorsioni derivanti dal periodo socialista, dando loro il potere di riappropriarsi delle terre non più utilizzate dagli eredi degli originali assegnatari senza dover prevedere il pagamento di alcun indennizzo a loro favore. Si deve osservare che le

²⁸³ RUIZ FABRI H., *op. cit.*, 165. In senso analogo SUDRE F., *Droit international at européen des droits de l’homme*, Paris, 1989, 325

²⁸⁴ RUIZ FABRI H., *op. cit.*, 165. In senso analogo ÇOBAN A.R., *op. cit.*, 211. Questo non esclude però che le determinazioni fatte dalle autorità nazionali vadano esenti da ogni scrutinio come dimostrano *Katikaridis and Tsomtos v. Greece*, 15 November 1996, ECHR Rep. 1996-V; *Hakansson and Sturensen v. Sweden*, 21 February 1990, Series A, No. 171-A

²⁸⁵ Nel caso *James, cit.*, para. 54 la Corte ha affermato che “[l]egitimate objectives of ‘public interest’ such as those pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the fair market value”

²⁸⁶ Al contrario, la Corte aveva ritenuto sussistere un obbligo di indennizzo anche in presenza di interessi pubblici particolarmente importanti come in *Stan Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, Series A., No. 61, para. 87. Si vedano, inoltre, caso *The Former King of Greece, cit.*, para. 78; caso *Pressos Compania Naviera, cit.*, para. 39; *Holy Monasteries v. Greece*, 9 December 1994, Series A, No. 301-A, paras. 94-95

²⁸⁷ Per un’analisi approfondita del caso DEUTSCH U., *Expropriation without Compensation – The European Court of Human Rights Sanctions German Legislation Expropriating the Heirs of “New Farmers”*, in *Germ. L. Journ.*, 6(10), 2005, 1367-1380

conclusioni della Grande Camera vanno oltre a quanto sostenuto dalla Camera nel medesimo caso. Quest'ultima aveva, infatti, ammesso solo una riduzione dell'indennizzo, negando che la situazione alla quale il governo tedesco aveva dovuto far fronte dopo la riunificazione integrasse un'ipotesi di esclusione dell'obbligo²⁸⁹.

La disciplina elaborata dalla Corte europea circa il rapporto tra equo bilanciamento ed indennizzo costituisce un utile punto di partenza anche per il diritto internazionale degli investimenti, sebbene non possa essere trasposta *sic et simpliciter*. Il punto che merita maggiore attenzione è l'approccio particolarmente rigoroso adottato dalla Corte in materia di esclusione dell'obbligo di indennizzo. L'impostazione appare, infatti, conforme alle finalità di un sistema che mira alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, mentre risulta meno adatto in un contesto che riguarda esclusivamente i rapporti economici tra uno Stato ed operatori privati stranieri. In questo secondo ambito, sembra, perciò, preferibile l'adozione di un approccio meno rigoroso, così da ampliare le ipotesi nelle quali la mancata previsione dell'indennizzo non sia considerata una violazione del criterio del giusto equilibrio. Viceversa, è auspicabile che anche gli arbitri internazionali utilizzino il test del giusto equilibrio per la determinazione del *quantum*, potendo questo rappresentare uno strumento in grado di stemperare le rigidità degli standard tradizionalmente utilizzati, quale quello del *fair market value*²⁹⁰.

v) “Giusto equilibrio”, condotta delle parti e nazionalità dell'investitore

Un altro aspetto preso in considerazione dalla Corte europea per determinare la sussistenza di un giusto equilibrio tra le esigenze collettive e quelle individuali è il comportamento tenuto delle parti. I giudici europei ritengono, infatti, che, nel caso

²⁸⁸ *Jahn and Others v. Germany*, 30 June 2005, Appl. Nos. 46720/99, 72203/01, 72552/01, para. 116

²⁸⁹ *Jahn and Others v. Germany*, 22 January 2004, Appl. Nos. 46720/99, 72203/01, 72552/01, para. 93. L'impostazione è stata seguita dalla Corte anche nei confronti delle misure adottate da Paesi dell'Europa orientale successivamente alla fine dei regimi socialisti, ammettendo la possibilità di una sostanziale riduzione dell'indennizzo nel caso in cui le interferenze con il diritto di proprietà derivassero da misure rientranti nel contesto della riforma del diritto fondiario nazionale. Si vedano, ad esempio *Broniowski v. Poland*, 22 June 2004, ECHR Rep 2004-IV, para. 182; *Kopecký v. Slovakia*, 7 April 2004, ECHR Rep. 2004-IX, para. 35

²⁹⁰ Non è questa la sede per un'analisi approfondita del tema, sul punto si vedano WÄLDE T., SABAHI B., *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, in *Transn. Disp. Manag.*, June 2006

in cui l'autorità pubblica non agisca in modo corretto o nei tempi previsti, il soggetto passivo sia costretto a sopportare un onere eccessivo e, per tale ragione, la misura statale non possa essere considerata proporzionata al raggiungimento dell'obiettivo. Gli esempi in questo senso sono numerosi, molti dei quali derivano da casi di mancata, o eccessivamente ritardata, adozione di un provvedimento che abbia comportato un perdurante stato di incertezza circa i limiti gravanti sul diritto di proprietà del ricorrente²⁹¹.

Sebbene meno rilevante dal punto di vista quantitativo, è interessante notare che un ragionamento analogo ha trovato applicazione anche rispetto al comportamento della parte privata. Nel caso *Beyeler*, ad esempio, il comportamento poco trasparente tenuto dal ricorrente è stato considerato un elemento potenzialmente rilevante per determinare se l'onere imposto dalla misura statale nei suoi confronti fosse eccessivo²⁹².

L'attenzione nei confronti della condotta di entrambe le parti costituisce un elemento che consente di apprezzare le potenzialità del *fair balance test* per la distinzione tra espropriazione e regolazione nel sistema internazionale di tutela degli investimenti. Il criterio mira, infatti, a risolvere la questione attraverso la ponderazione dei diversi interessi in gioco, alla luce delle condizioni reali del caso in esame. Proprio per questo motivo è importante che, come dimostrato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, gli arbitri valutino con attenzione la condotta di entrambe le parti nel corso del rapporto.

Per quanto riguarda il settore degli investimenti infrastrutturali, sono, perciò, da ritenersi rilevanti gli eventuali tentativi della autorità nazionali di "politicizzare" i contrasti con la parte privata, attraverso l'adozione di misure pretestuose con le quali si intende sfruttare il clima di sfavore che generalmente accompagna i processi di privatizzazione dei servizi pubblici. Questo tipo di comportamento è piuttosto diffuso ed è stato stigmatizzato nel lodo *Azurix*, dove il Tribunale ha sottolineato come "[t]he actions of the provincial authorities [...] exceeded any contractual rights by inviting customers not to pay bills even before the administrative appeal of [Azurix] against the [regulatory body] was resolved [...]"

²⁹¹ *Phocas v. France*, 23 April 1996, ECHR Rep. 1996-II; *Poiss v. Austria*, 23 April 1987, Series A, No. 117; caso *Sporrong and Lönrroth*, *cit.*, para. 73.

²⁹² *Beyeler v. Italy*, 5 January 2000, ECHR Rep. 2000-I

the same can be said of the public threats against officials of the [regulatory body] for allowing [Azurix] to resume billing of customers after the Bahia Blanca incident. These instances show the politicization of the Concession.”²⁹³ Nel caso di specie, il Tribunale ha, però, escluso che tali comportamenti potessero considerarsi atti di espropriazione *per se* ed ha, dunque, concluso che l’Argentina non fosse tenuta al pagamento dell’indennizzo a favore di Azurix. La conclusione è corretta nella misura in cui il Tribunale non ha valutato questo elemento nel quadro del test del giusto equilibrio, ma autonomamente, valutando se il suo effetto fosse sufficientemente grave da poterlo considerare un atto di espropriazione. In questo caso, l’applicazione del test del giusto equilibrio e, in particolare, del criterio dell’onere eccessivo, avrebbe portato, dunque, ad una soluzione più favorevole all’investitore rispetto a quanto avvenuto attraverso il riferimento al solo criterio dell’effetto. La considerazione consente di smentire l’idea secondo cui il superamento di tale ultimo approccio sia senz’altro favorevole per lo Stato: questo non avviene quando, come nel caso di specie, le autorità nazionali abbiano abusato dei loro poteri sovrani.

Un’attenzione analoga deve essere riservata anche al comportamento degli investitori privati, altro fattore in grado di incidere sulla determinazione dell’esistenza di un giusto equilibrio. Un esempio rilevante in questo senso è rappresentato dal caso in cui l’investitore straniero decida di presentare una proposta irrealisticamente bassa, con il solo obiettivo di prevalere nel processo di assegnazione, già sapendo di dover richiedere una revisione dei termini del contratto non appena ottenuta la concessione. Una strategia di questo tipo sembrerebbe essere stata seguita dalla società britannica Biwater Gauff nel contesto del processo di privatizzazione della rete di distribuzione idrica di Dar es Salaam in Tanzania²⁹⁴. Se dimostrata, si ritiene che questo tipo di condotta dovrebbe essere tenuta in considerazione nel momento in cui si debba valutare se le misure adottate dal governo ospite in risposta all’incapacità dell’investitore di

²⁹³ Caso *Azurix*, *cit.*, para. 319

²⁹⁴ La controversia sorta da tale rapporto è pendente di fronte ad un tribunale ICSID: *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, registered on 2 November 2005. Sul caso, si veda *Amicus Curiae Submission in Case No ARB/05/22 before the International Centre for the Settlement of Investment Disputes between Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, 26 May 2006

rispettare gli obblighi assunti costituiscano un atto di espropriazione, imponendo un onere eccessivo nei suoi confronti.

Un ultimo fattore potenzialmente rilevante per il test del giusto equilibrio è la nazionalità dell'investitore, un punto affrontato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Lithgow*. In questa circostanza si è osservato che, in caso di misure adottate nel contesto di riforme sociali a carattere generale, “[...] non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors [and thus] there may well be legitimate reasons for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non nationals”. È evidente che questo elemento assuma ancora maggior rilevanza in un sistema, quale quello internazionale di tutela degli investimenti, che disciplina i rapporti tra lo Stato ed investitori stranieri²⁹⁵. Tuttavia, anche rispetto a tale questione, il caso *Azurix* si è limitato ad un breve cenno, senza affrontarla nel merito. Viceversa, si ritiene che gli arbitri internazionali, nel valutare la ragionevolezza dell'onere imposto nei confronti dell'operatore privato straniero, dovrebbero dare maggior peso al fatto che questi non appartiene alla comunità nazionale beneficiaria della misura. Questo aspetto, potenzialmente favorevole alla posizione dell'investitore, deve, però, essere bilanciato dal fatto che la decisione di operare sul territorio dello Stato ospite fa sì che l'investitore straniero possa essere chiamato a contribuire con la sua attività al perseguimento degli obiettivi socio-economici fissati dalle autorità nazionali, soprattutto nel caso in cui l'investimento si svolga in settori cruciali quali i servizi pubblici infrastrutturali.

6.4 La violazione delle aspettative generate dall'investimento

i) Introduzione

Un ulteriore fattore preso in considerazione dagli arbitri internazionali per determinare se la misura di regolazione possa considerarsi un atto di

²⁹⁵ In realtà il concetto è diffuso anche in molti ordinamenti nazionali, trovando applicazione nei rapporti tra lo Stato e i suoi cittadini. Sul punto WÄLDE T., KOLO A., *op. cit.*, 845 i quali fanno riferimento al concetto di *Sonderopfer* del diritto tedesco. In senso analogo si veda quanto affermato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti già in *Monongahela Navigation v. US*, 148 US 312 (1893), dove era stato osservato che il Quinto Emendamento mira ad impedire al “the public form loading upon one individual more than his just share of the burdens of government, and says that when he surrenders to the public something more and different from that which is exacted from other members of the public, a full and just equivalent shall be returned to him”

espropriazione è l'eventuale violazione delle aspettative ingenerate dall'investimento in capo all'operatore privato. Il riferimento a questo elemento nel contesto della disciplina dell'espropriazione non rappresenta un'innovazione introdotta dalla prassi arbitrale internazionale, essendo un aspetto da tempo presente in altri ordinamenti, quali il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁹⁶ e il diritto statunitense.

Per quanto riguarda quest'ultimo contesto normativo, “the extent to which the regulation has interfered with distinct investment-backed expectations” è uno dei tre elementi che compongono il test di bilanciamento elaborato dalla Corte Suprema nel caso *Penn Central*. A partire da questo momento, il criterio ha trovato applicazione in numerosi casi in materia di Quinto Emendamento, dando vita ad un'ampia giurisprudenza sul punto. Ciononostante sono ancora diversi i punti controversi, soprattutto per quanto riguarda la definizione e il ruolo del concetto nell'ambito della *regulatory taking doctrine*, tanto che alcuni autori ritengono che “the meaning and the significance of ‘investment-backed expectations’ is among the most baffling elements of this confusing and seemingly schizophrenic doctrine”²⁹⁷.

Problemi analoghi si ritrovano anche a livello internazionale, nel quale non è chiaro se, prima di tutto, le aspettative generate dall'investimento siano equivalenti all'affidamento creato in capo all'investitore dal comportamento dell'autorità pubblica o se, invece, i due concetti debbano essere distinti. Inoltre, occorre valutare quale sia il ruolo effettivo che gli arbitri internazionali riservano a questo fattore, il quale non sembra godere in questo contesto della stessa importanza che il legittimo affidamento ha in materia di trattamento giusto ed equo.

²⁹⁶ Si vedano i casi già citati nel capitolo precedente a proposito della tutela del legittimo affidamento nell'ambito del trattamento giusto ed equo

²⁹⁷ BREEMER D.J., RADFORD R.S., *The (Less?) Murky Doctrine of Investment-Backed Expectations After Palazzolo, and the Lower Courts' Disturbing Insistence on Wallowing in the Pre-Palazzolo Muck*, in *Southwestern Univ. L. Rev.*, 34, 2005, 102. In senso analogo MELTZ R., MERRIAM D.H., FRANK R.M., *The Taking Issue: Constitutional Limits on Land Use Control and Environmental Regulation*, Washington, 1999, 133-134; OSWALD L.J., *Cornering the Quark: Investment-Backed Expectations and Economically Viable Uses in Takings Analysis*, in *Washington L. Rev.*, 70, 1995, 107

ii) La definizione del concetto: confronto con il legittimo affidamento tutelato attraverso l'obbligo di trattamento giusto ed equo

Secondo la dottrina più attenta, la necessità che la tutela offerta dalle norme in materia di espropriazione regolativa coprano anche le aspettative generate dall'investimento risponde al fatto che “[t]he major concern of the foreign investor [...] is with [...] regulatory changes [...] which upset the fiscal and regulatory regime under which the investment was made”²⁹⁸. Il criterio mira, infatti, ad evitare che l'intervento di regolazione adottato dalle autorità pubbliche imponga modifiche non preventivabili nel momento in cui l'investimento era stato intrapreso. Questo perché la stabilità delle condizioni giuridiche ed economiche rappresenta uno dei principali fattori sui quali si fonda la decisione di operare in un Paese straniero da parte degli investitori privati, rappresentando, perciò, un valore che merita di essere tutelato di per sé. E' evidente che “[t]his is especially so for the natural resources, energy and infrastructure projects where investment is long term, high-risk, capital intensive and highly dependent on the exercise of government's regulatory powers”²⁹⁹.

Da questa prima definizione del concetto è evidente che l'utilizzo del concetto sia particolarmente rilevante ai fini della presente indagine, dando agli arbitri internazionali la possibilità di intervenire per sanzionare le modifiche del quadro giuridico che si risolvano in una violazione delle aspettative generate dall'investimento in capo all'investitore³⁰⁰. Vi è, anche in questo caso, la necessità di una definizione del concetto che tenga nella dovuta considerazione che la possibilità di intervenire per adattare il proprio sistema normativo alle mutate esigenze socio-economiche costituisce uno degli attributi fondamentali della sovranità statale. Una lettura eccessivamente ampia del concetto sarebbe, perciò, inaccettabile, rischiando di tradursi in un'indebita restrizione dell'autonomia statale nel regolare il proprio spazio economico.

La questione ripropone quanto già visto a proposito della tutela del legittimo affidamento nell'ambito del trattamento giusto ed equo. Il riferimento alle soluzioni analizzate in quel contesto impone, però, di valutare se i due concetti

²⁹⁸ WÄLDE T., KOLO A., *op. cit.*, 819. In senso analogo VERHOUSEL G., *Foreign Direct Investment and Legal Constraints on Domestic Environmental Policies: Striking a “Reasonable” Balance Between Stability and Change*, in L. & Pol. Intl. Bus., 29, 1998, 451-479

²⁹⁹ WÄLDE T., KOLO A., *op. cit.*, 819

³⁰⁰ COSTAMAGNA F., *op. cit.*, 16-19

siano equivalenti o se facciano riferimento ad aspetti diversi. Questa seconda impostazione è difesa da alcuni autori, i quali affermano che il concetto di *legitimate expectations* rilevante ai fini del trattamento giusto ed equo sia quello mutuato dall'ordinamento inglese e da quello comunitario, risultando "entirely separate"³⁰¹ da quello di *investment-backed expectations* preso in considerazione per l'espropriazione regolativa e di derivazione statunitense. Quest'ultimo farebbe, infatti, riferimento alle aspettative "[...] based on all of the circumstances of the investment and were led by commercial considerations, not governmental assurances"³⁰² come il primo.

In realtà, la distinzione non è confermata dall'analisi della prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali. Gli arbitri internazionali hanno fatto riferimento al criterio delle aspettative ingenerate dall'investimento per valutare le situazioni "[...] when a State repudiates former assurances, or refuses to give assurances that it will comply with its obligations depriving the investor in whole or in significant part of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of its investment"³⁰³. Da tale formulazione del concetto non emerge alcuna differenza sostanziale rispetto a quella utilizzata per il legittimo affidamento nell'ambito del trattamento giusto ed equo, il quale "involves consideration of the investor's expectations when making its investment in reliance on the protections to be granted by the host State."³⁰⁴

Anche la dottrina maggioritaria tende a non operare distinzioni tra i due piani, ritenendo che le aspettative rilevanti nel contesto della disciplina dell'espropriazione regolativa comprendano anche quelle che "have been created or encouraged by government actions [...]"³⁰⁵, accanto a quelle derivanti da "the investor's chosen business model [and] the nature of its enterprise [...]"³⁰⁶. Procedendo lungo questa linea di pensiero, vi è chi ritiene che i due elementi "[...] that may justify a finding of indirect expropriation [are] specific

³⁰¹ FIETTA S., *Expropriation and the "Fair and Equitable" Standard. The Developing Role of Investors' "Expectations" in International Investment Arbitration*, in *Journ. Intl. Arb.*, 23(5), 2006, 376

³⁰² *Ibid.*, 381

³⁰³ Caso *Azurix*, *cit.*, para. 316. Si veda, al di fuori del settore degli investimenti infrastrutturali, caso *Metalclad*, *cit.*, para. 100

³⁰⁴ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 127

³⁰⁵ NEWCOMBE A., *op. cit.*, 45

³⁰⁶ COE J. Jr, RUBINS C., *op. cit.*, 624

undertakings and representations on the part of the state and legitimate reliance or expectations on the part of the investor”³⁰⁷, riproponendo, anche a livello terminologico, il concetto di *legitimate expectations* utilizzato nel contesto del trattamento giusto ed equo. La soluzione, meno formalistica di quella precedente, appare condivisibile anche alla luce del fatto che, in entrambi i casi, l’obiettivo è tutelare la stabilità del sistema normativo ed economico dello Stato ospite, essendo questo uno degli aspetti fondamentali presi in considerazione da qualsiasi investitore nel momento in cui decida di intraprendere una certa attività economica³⁰⁸.

Alla luce di quanto precede, si deve, dunque, ritenere che legittimo affidamento e aspettative ingenerate dall’investimento si riferiscano allo stesso bene giuridico, al quale l’ordinamento internazionale accorda la propria tutela sia attraverso le norme in materia di espropriazione regolativa, sia per il tramite dello standard del trattamento giusto ed equo. Questa considerazione conferma quanto sostenuto a proposito del trattamento giusto ed equo e cioè che l’introduzione del legittimo affidamento ha comportato una modifica qualitativa dell’ambito di tutela dello standard, il quale non trova più applicazione solo rispetto a violazioni procedurali, ma serve ad assicurare all’investitore anche la protezione delle aspettative di guadagno generate dall’investimento. Lo standard ha, in un certo senso, invaso il campo tradizionalmente riservato alla disciplina sull’espropriazione, tanto che la distinzione tra i due ambiti normativi non ha più carattere qualitativo, ma dipende semplicemente dall’intensità dell’interferenza statale³⁰⁹. Il punto è stato sottolineato anche in materia di investimenti infrastrutturali, dove è stato affermato che “[t]he standard of fair and equitable treatment has acquired prominence in investment arbitration as a consequence of the fact that other standards traditionally provided by international law might not in the circumstances of each case be entirely appropriate. This is particularly the case when the facts of the dispute do not clearly support the claim for direct

³⁰⁷ PAULSSON J., DOUGLAS Z., *op. cit.*, 154

³⁰⁸ KUNOY B., *op. cit.*, 478. In senso analogo JUILLARD P., *L’évolution des sources du droit des investissements*, in RdC, tome 240, 1994, 54. Sul punto, in riferimento al trattamento giusto ed equo, caso *LG&E*, *cit.*, para. 125 dove si afferma che “stability of the legal and business framework of the State party is an essential element in the standard of what is fair and equitable treatment.”

³⁰⁹ Sul punto REINISCH A., *op. cit.*, 42. Si veda, inoltre, caso *Sempra*, *cit.*, para. 301

expropriation, but when there are notwithstanding events that need to be assessed under a different standard to provide redress in the event that the rights of the investor have been breached.”³¹⁰

iii) Tutela delle aspettative generate dall’investimento e sovranità statale: il requisito della ragionevolezza

La possibilità che le norme internazionali in materia di espropriazione trovino applicazione per sanzionare le misure statali che, modificando il quadro normativo entro cui si svolge l’attività economica, riducano le ragionevoli aspettative di guadagno dell’investitore solleva il problema di riconciliare la tutela di questo bene giuridico con il rispetto per la sovranità statale. Come si è avuto modo di ribadire a più riprese, la capacità di adattare il proprio sistema normativo alle mutevoli esigenze socio-economiche costituisce, infatti, uno degli attributi fondamentali della sovranità interna. Di conseguenza, la tutela della stabilità normativa non può in alcun caso essere intesa come completa inibizione dell’uso dei poteri di regolazione dello Stato ospite.

Si ripropone, anche in questo ambito, il dibattito già analizzato a proposito dell’introduzione del legittimo affidamento come elemento costitutivo del trattamento giusto ed equo. La riconosciuta identità tra i due concetti consente di utilizzare le soluzioni elaborate in quel contesto per trovare un punto di equilibrio tra la salvaguardia delle potestà sovrane statali e la tutela delle aspettative dell’investitore anche in materia di espropriazione regolativa. Pertanto, è inutile riproporre punto per punto considerazioni già svolte altrove ed è sufficiente soffermarsi brevemente su alcuni aspetti specifici che caratterizzano il dibattito in questo ambito.

Arbitri e studiosi appaiono concordi nel ritenere che solo le aspettative ragionevoli dell’investitore siano meritevoli di tutela. Il requisito è stato codificato anche nella prassi convenzionale che ha recepito il criterio in esame³¹¹ e deriva dalla giurisprudenza statunitense in materia, dove esso gioca un ruolo fondamentale per la definizione del concetto in esame nell’ambito della *regulatory taking doctrine*. In realtà, l’utilizzo del termine *reasonable* da parte della Corte Suprema costituisce un’evoluzione successiva al caso *Penn Central*,

³¹⁰ Caso *PSEG*, *cit.*, para. 238. In senso analogo caso *Enron*, *cit.*, para. 249

dove si faceva, invece, riferimento al concetto di *distinct investment-backed expectations*³¹². Secondo alcuni, la scelta è determinata dalla volontà dei giudici di assicurarsi un maggior grado di autonomia nel giudicare se le rivendicazioni del privato meritino di essere tutelate *vis-à-vis* l'obiettivo perseguito dall'autorità pubblica. Infatti, “[d]istinct’ [...] provides a discernable standard and, more importantly, allows different courts to reach consistent results. [...] In contrast, the term ‘reasonable’ [...] allows the second prong of the inquiry [...] to turn on the judge’s individual opinion as to the worth of the claimant’s expectations rather than on an objective evaluation of the evidence produced”³¹³.

La dottrina internazionalistica riconosce al requisito della ragionevolezza un ruolo fondamentale per determinare se un intervento statale che, modificando il quadro normativo di riferimento, viola le aspettative del privato possa considerarsi un atto di espropriazione regolativa³¹⁴. Lo stesso dicasi per la prassi arbitrale, anche se, almeno in apparenza, l'attenzione dedicata alla questione non è sempre stata all'altezza della sua importanza ai fini della decisione finale. In realtà, si deve convenire con coloro che ritengono che “[...] tribunals doubtless consider the reasonableness of investor expectations even when they do not mention the issue or [...] merely make passing reference to it.”³¹⁵ Questo perché la valutazione della ragionevolezza è implicita nella decisione stessa di accordare tutela alle aspettative dell'investitore e, in taluni casi, gli arbitri ritengono superfluo esplicitare i diversi passaggi dell'analisi.

I vari elementi considerati per determinare la ragionevolezza delle aspettative coincidono con quelli utilizzati per valutare la legittimità dell'affidamento nel quadro del trattamento giusto ed equo³¹⁶.

In prima battuta, si ritiene che siano ragionevoli non solo le aspettative ingenerate da promesse formali da parte dello Stato, ma anche quelle derivanti da impegni

³¹¹ Si tratta, ad esempio, dei nuovi modelli di accordo adottati da Stati Uniti e Canada nel 2004, sui quali si veda *supra*

³¹² Caso *Penn Central*, *cit.*, para. 124. La modifica è stata prima abbozzata in *Kaiser Aetna v. United States*, 444 US 164 (1979), para. 175 ed è stata definitivamente confermata in *Ruckelshaus v. Monsanto*, 467 US 896 (1984), para. 1006. Sull'evoluzione BREEMER D.J., RADFORD R.S., *op. cit.*, 106-109

³¹³ CHIPCASE C.G., *From Grand Central to the Sierras: What Do We Do With Investment-Backed Expectations in Partial Regulatory Takings?*, in *Va. Env. L. Journ.*, 23, 2004, 57

³¹⁴ KUNOY B., *op. cit.*, 479-482; NEWCOMBE A., *op. cit.*, 45

³¹⁵ COE J.Jr, RUBINS N., *op. cit.*, 634

³¹⁶ Si rimanda, dunque, al capitolo precedente per una disamina più completa dei diversi aspetti

informali assunti dall'autorità pubblica che l'investitore abbia preso in considerazione nel momento in cui ha effettuato l'investimento. Il punto è stato espressamente riconosciuto in *Azurix*, dove il Tribunale ha affermato che le aspettative rilevanti in materia di espropriazione regolativa “are not necessarily based on a contract but on assurances explicit or implicit, or on representations, made by the State which the investor took into account in making the investment”³¹⁷. D'altra parte, la precisazione non è molto rilevante in materia di investimenti infrastrutturali, un settore nel quale le aspettative degli investitori stranieri sono generalmente fondate su promesse statali altamente formalizzate.

Un altro elemento preso in considerazione per determinare la ragionevolezza delle aspettative è il contesto socio-economico nel quale si svolge l'attività. In *Generation Ukraine*, è stato osservato che “is relevant to consider the vicissitudes of the economy of the State that is host to investment in determining the investor's legitimate expectations”³¹⁸. Come si è già avuto modo di affermare, questo tipo di impostazione mira ad evitare che il sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri si tramuti in una forma di assicurazione contro ogni tipo di rischio che l'investitore sia chiamato ad affrontare. La decisione di intraprendere un'attività imprenditoriale in un Paese straniero comporta l'accettazione dei rischi derivanti dalle condizioni economiche e sociali dello stesso, soprattutto se si sceglie di operare in settori particolarmente delicati da questo punto di vista, quali i servizi pubblici. Un ragionamento per molti versi analogo vale anche rispetto alla situazione normativa e, in particolare, alla prevedibilità del mutamento imposto dall'intervento statale. Come affermato in *Methanex*, non possono considerarsi ragionevoli le aspettative di un investitore che, decidendo di operare in un settore altamente regolato, non abbia previsto che il quadro normativo era suscettibile di essere adattato ai mutamenti intervenuti nella società³¹⁹. Come visto in precedenza, il punto non è ancora stato affrontato in modo specifico nelle controversie sugli investimenti infrastrutturali, ma si ritiene che esso sia altamente rilevante in un settore nel quale è ragionevole prevedere che le autorità pubbliche

³¹⁷ Caso *Azurix*, *cit.*, para. 316

³¹⁸ Caso *Generation Ukraine*, *cit.*, para. 20.37. In senso analogo, *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case no. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction of 6 July 2007, para. 101. Sul punto REINISCH A., *op. cit.*, 43

³¹⁹ Caso *Methanex*, *cit.*, para. Part IV, Ch D, 5, para. 10

esercitino il loro potere di regolazione in modo continuo, adattando un regime normativo normalmente molto dettagliato ai mutamenti intervenuti nella società.

Un altro elemento rilevante in questo contesto che non è stato ancora sufficientemente valorizzato in materia di investimenti infrastrutturali è quello della condotta dell'investitore. In parallelo con quanto visto a proposito dell'impossibilità di considerare legittimo l'affidamento invocato dall'investitore nel caso in cui il suo comportamento sia stato poco accorto, o addirittura scorretto³²⁰, si ritiene che questo elemento incida anche nel momento in cui si debba valutare la ragionevolezza delle aspettative generate dall'investimento al fine di accordare loro tutela attraverso le disposizioni in materia di espropriazione. Non può, infatti, ritenersi ragionevole la pretesa dell'operatore privato di veder rispettati i propri diritti, nel momento in cui sia lui il primo a non conformarsi alle regole di comportamento poste a disciplina della sua condotta³²¹.

iv) Il ruolo delle aspettative generate dall'investimento nella disciplina dell'espropriazione regolativa

In prima battuta, vi è da osservare come l'inclusione del criterio in esame per la definizione dell'espropriazione regolativa consenta di superare le incertezze che riguardano la possibilità di applicare le norme internazionali in materia di espropriazione ai casi di violazione contrattuale da parte dello Stato³²². La considerazione assume un valore particolare in materia di investimenti infrastrutturali, dove la violazione delle aspettative deriva normalmente da misure di regolazione che impongono modifiche unilaterali al contratto di concessione che lega lo Stato e la parte privata. Il criterio svolge, dunque, una funzione analoga a quella osservata in riferimento al trattamento giusto ed equo e che ha portato parte della dottrina a paragonare l'effetto della tutela del legittimo affidamento ad una sorte di *umbrella clause*³²³.

In seconda battuta si deve, però, osservare che l'elemento in esame ha un ruolo decisamente meno rilevante per la disciplina dell'espropriazione regolativa rispetto a quanto osservato per il trattamento giusto ed equo. In quest'ultimo ambito, infatti, il legittimo affidamento ha ormai assunto una posizione così

³²⁰ La questione è stata affrontata in *Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award of 12 July 2001, paras. 64-70

³²¹ In particolare, *KUNOY B.*, *op. cit.*, 481-482

³²² Sul punto si vedano le considerazioni svolte nel Capitolo I

centrale da essere considerato “the dominant element of the [fair and equitable] standard”³²⁴. Viceversa, la violazione delle aspettative non è di per sé un elemento sufficiente per determinare l’esistenza di un’espropriazione regolativa, come dimostrato, ad esempio, dal lodo *CMS*. In questo caso, il tribunale ha escluso la sussistenza di un atto di espropriazione perchè l’interferenza statale non è stata ritenuta sufficientemente grave, nonostante avesse già determinato l’avvenuta violazione delle aspettative create dalle condizioni esistenti nel momento in cui l’investimento era stato intrapreso. Un’impostazione del tutto analoga è stata seguita anche in altri casi successivi, nei quali la violazione delle aspettative ha svolto una funzione meramente sussidiaria rispetto al criterio dell’impatto. In *Azurix*, “the frustration of investor’s legitimate expectations” ha rappresentato uno dei fattori per determinare se l’azione statale avesse avuto l’effetto di “depriving the investor in whole or in part of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of its investment”. La formulazione più chiara di tale impostazione è stata fornita in *LG&E*, dove il Tribunale ha affermato che “[i]n evaluating the degree of the measure’s interference with the investor’s right of ownership, one must analyze the *measure’s economic impact – its interference with the investor’s reasonable expectations – and the measure’s duration*”³²⁵.

Alla luce della chiarezza di tali affermazioni non può che condividersi l’opinione di quella parte di dottrina che considera la valutazione delle aspettative uno dei fattori da prendere in considerazione per determinare se l’interferenza abbia avuto carattere sostanziale.³²⁶ In altre parole, questo tipo di esame non rappresenta che un altro modo di valutare se l’impatto della misura statale abbia superato la soglia che divide l’espropriazione dalla normale regolazione³²⁷. L’introduzione di questo elemento non importa, perciò, il superamento del criterio tradizionale dell’impatto, il quale resta l’elemento determinante anche nel caso in cui gli arbitri decidano di prendere in considerazione se le misure statali abbiano frustrato le aspettative della parte privata. Questo modo di procedere sembrerebbe distinguere

³²³ Sul punto si vedano le considerazioni svolte nel capitolo precedente

³²⁴ Caso *Saluka*, *cit.*, paras. 301-302. In senso analogo *Separate Opinion (T.Wälde) in the Arbitration under Chapter XI of the NAFTA and the UNCITRAL Arbitration Rules: Thunderbird v. Mexico*, 26 January 2006, para. 37

³²⁵ Caso *LG&E*, *cit.*, para. 189 (corsivo aggiunto)

³²⁶ COE J.Jr., RUBINS N., *op. cit.*, 624. *Contra* WÄLDE T., KOLO A., *op. cit.*, 819

³²⁷ FIETTA S., *op. cit.*, 398

la prassi arbitrale internazionale dalla giurisprudenza statunitense, dove le *investment-backed expectations* sono distinte dall'*economic impact of the Government action*. In realtà, questa differenza non deve essere eccessivamente enfatizzata, posto che anche in quel contesto i due fattori sono spesso considerati in parallelo e, come avviene sempre più spesso anche in ambito internazionale, bilanciati con l'interesse pubblico perseguito dallo Stato³²⁸.

Un altro aspetto, strettamente collegato al precedente, che distingue la disciplina dell'espropriazione regolativa da quello del trattamento giusto ed equo attiene agli effetti dell'introduzione dell'elemento in esame. Come visto in precedenza, l'introduzione della tutela del legittimo affidamento ha comportato l'ampliamento dell'ambito applicativo dello standard di trattamento, rendendone possibile l'utilizzo anche per tutelare la dimensione sostanziale dell'investimento, vale a dire la sua capacità produttiva. Viceversa, questo effetto innovativo è ovviamente assente nel contesto ora in esame, posto che le norme internazionali in materia di espropriazione hanno tradizionalmente trovato applicazione per garantire la consistenza patrimoniale dell'attività economica privata dell'investitore straniero.

³²⁸ In questo senso NEWCOMBE A., *op. cit.*, 48

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

1. Il ruolo fondamentale dell'arbitrato internazionale diretto

L'indagine ha messo in risalto come i limiti posti dal sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri nei confronti della capacità degli Stati di regolare l'attività degli operatori privati nel settore degli investimenti infrastrutturali siano rilevanti e abbiano natura sia procedurale sia sostanziale. I vincoli derivanti dall'ordinamento internazionale incidono principalmente sulle modalità utilizzate dagli Stati per il perseguimento degli obiettivi di natura sociale connaturati ai servizi pubblici infrastrutturali. Alla luce dei risultati dell'indagine appare, però, difficile condividere le affermazioni di chi sostiene che il sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri impedisca alle autorità nazionali di tutelare le funzioni sociali generalmente perseguite attraverso questo tipo di servizi.

Dal punto di vista istituzionale, l'aspetto più rilevante è sicuramente la possibilità del ricorso diretto ad un'istanza arbitrale internazionale da parte dell'investitore privato. Il meccanismo, che presenta elementi mutuati dalla prassi commerciale e da strumenti utilizzati per la soluzione di controversie inter-statali, contribuisce in modo sostanziale al raggiungimento dell'obiettivo del sistema, garantendo una più efficace tutela degli interessi dell'investitore nei confronti dell'esercizio di poteri sovrani da parte dello Stato ospite. In tema di rapporti tra il sistema internazionale di tutela e la sovranità interna si deve sottolineare l'avvenuto superamento di uno dei requisiti tradizionali di diritto internazionale per l'esercizio dell'azione sul piano internazionale, vale a dire il previo esaurimento dei ricorsi interni. Il punto è decisamente rilevante ai fini della presente indagine, posto che il requisito è tradizionalmente considerato uno degli elementi posti a tutela della sovranità statale, consentendo allo Stato di rimediare sul piano interno a violazioni del diritto internazionale.

La presenza dei tribunali arbitrali fa sì che il sistema internazionale di tutela degli investimenti esteri sia dotato di una forte capacità di "autoalimentarsi", vale a dire di evolvere in modo autonomo verso il raggiungimento dell'obiettivo per il quale è stato creato, anche in assenza di organi dotati di poteri normativi. Questa caratteristica accomuna il sistema in esame con altri settori del diritto internazionale, quale il diritto internazionale del commercio, e con l'ordinamento

comunitario, nei quali l'organo di risoluzione delle controversie svolge una funzione essenziale per l'evoluzione del sistema normativo. Per quanto riguarda il settore degli investimenti, l'esercizio di tale funzione da parte degli organi arbitrali tende a tradursi in un ampliamento della protezione offerta agli investitori stranieri, in coerenza con quello che rappresenta l'obiettivo principale del sistema internazionale di tutela.

2. Tutela degli investimenti esteri e sovranità statale: un equilibrio instabile

L'approccio adottato dagli arbitri internazionali porta talvolta a soluzioni che non sembrano sempre tenere nella dovuta considerazione la necessità di trovare un giusto equilibrio tra le ragioni delle parti in causa, tendendo, invece, a privilegiare quelle dell'operatore privato. Il punto emerge con chiarezza dall'analisi delle decisioni adottate in materia di investimenti infrastrutturali e riguarda aspetti sia procedurali sia sostanziali.

Per quanto attiene alla prima dimensione, il presente lavoro dimostra come gli arbitri internazionali interpretino in senso restrittivo le norme che limitano la loro competenza a decidere la controversia nel merito. L'approccio è stato osservato soprattutto rispetto alle norme che disciplinano il rapporto tra l'arbitrato internazionale e le giurisdizioni interne. Nel caso, ad esempio, delle clausole contrattuali di scelta del foro competente, vi è ormai una giurisprudenza costante che nega che l'inserimento di tali disposizioni nei contratti di concessione impedisca agli organi arbitrali internazionali di conoscere della controversia. La conclusione si fonda sulla distinzione tra *contract claims*, i quali sono di competenza dei giudici nazionali, e *treaty claims* che rientrano, invece, in quella degli arbitri internazionali. Il medesimo criterio è utilizzato anche rispetto alla cd. clausola *fork-in-the-road*, vale a dire alla previsione contenuta in alcuni trattati sugli investimenti secondo la quale l'eventuale ricorso di fronte alle istanze giurisdizionali interne preclude all'investitore straniero la possibilità di rivolgersi agli organi arbitrali internazionali. Anche in questo caso, gli arbitri internazionali negano che le disposizioni in esame abbiano un effetto preclusivo, sostenendo che queste possano trovare applicazione solo rispetto ai *contract claims*, lasciando intatta la competenza degli arbitri internazionali rispetto ai *treaty claims*.

Un'impostazione ugualmente favorevole alla posizione dell'investitore è seguita anche per quanto riguarda la determinazione del diritto applicabile al merito della controversia. Nel caso in cui le parti non abbiano disposto nulla sul punto, gli arbitri tendono ad applicare il diritto internazionale, ritenendolo prevalente rispetto ad eventuali disposizioni interne contrastanti. La soluzione appare conforme al principio secondo cui il diritto interno non può costituire causa di esclusione della responsabilità internazionale dello Stato, ma suscita maggiori perplessità nel momento in cui sia inteso nel senso di negare ogni rilevanza al diritto nazionale. Soprattutto in settori quali i servizi pubblici infrastrutturali sembrerebbe, infatti, preferibile riconoscere alle norme interne un ruolo complementare rispetto alle disposizioni di diritto internazionale, posto che molti degli elementi rilevanti ai fini della qualificazione della condotta statale non trovano alcuna disciplina in tale ultimo ordinamento.

Per quanto attiene alla dimensione sostanziale, il carattere aperto degli standard di tutela lascia agli arbitri ampia libertà nell'interpretazione di norme convenzionali inevitabilmente poco precise. Anche in questo caso, la tendenza prevalente nella prassi arbitrale segna un rafforzamento della tutela dell'investitore, attraverso l'adozione di una lettura espansiva delle norme. Questo tipo di impostazione incide sul bilanciamento tra sovranità statale e tutela dell'operatore privato, portando a soluzioni che ampliano la portata degli obblighi internazionali.

In materia di investimenti infrastrutturali, l'evoluzione è particolarmente evidente soprattutto rispetto al trattamento giusto ed equo. Le definizioni convenzionali dello standard non sono, infatti, sufficientemente precise, nonostante l'obbligo del trattamento giusto ed equo sia previsto dalla quasi totalità degli strumenti internazionali. La situazione non deriva tanto da carenze addebitabili ai redattori delle norme, quanto dall'utilizzo di un concetto che, avendo un carattere aperto ed in costante evoluzione, non si presta ad essere definito in astratto, ma muta a seconda delle circostanze concrete del caso. Recentemente alcuni Stati, quali Canada e Stati Uniti, hanno inserito nei loro trattati alcune indicazioni sulla definizione dello standard, al fine di ridurre l'incertezza sul punto e limitare la discrezionalità degli arbitri, ma, proprio in ragione delle caratteristiche viste in precedenza, questi tentativi non sembrano in grado di risolvere la situazione di incertezza.

La prassi arbitrale rappresenta, dunque, la fonte principale per la ricostruzione del contenuto normativo dello standard, il quale deve essere necessariamente definito facendo riferimento alle numerose decisioni arbitrali che si sono occupate della questione. Gli elementi considerati sono diversi e riguardano prevalentemente aspetti procedurali del rapporto tra lo Stato e l'investitore straniero. Si tratta, in particolare, della violazione dell'obbligo di vigilanza e protezione, del mancato rispetto dei principi del giusto processo, dell'adozione di misure arbitrarie o discriminatorie e dell'inosservanza dell'obbligo di trasparenza. Un ulteriore elemento preso in considerazione dagli arbitri per determinare se la condotta statale sia conforme all'obbligo del trattamento giusto ed equo è il rispetto del legittimo affidamento dell'investitore. A differenza degli altri menzionati in precedenza, questo principio riguarda aspetti sostanziali, consentendo la tutela della consistenza finanziaria dell'investimento nei casi in cui la misura statale abbia comportato danni economici nei confronti dell'attività privata.

L'introduzione della tutela del legittimo affidamento quale fattore rilevante ai fini della definizione del trattamento giusto ed equo ha, dunque, comportato l'estensione dell'ambito applicativo dello standard, andando oltre alla dimensione procedurale che caratterizza l'obbligo consuetudinario dello standard minimo internazionale dal quale deriva l'obbligo in esame. L'evoluzione costituisce l'esempio più rilevante della tendenza da parte degli arbitri a risolvere la situazione di incertezza definitoria in senso favorevole all'investitore.

La tutela del legittimo affidamento può considerarsi un principio generale del diritto avendo trovato riconoscimento negli ordinamenti nazionali di Stati appartenenti a famiglie giuridiche diverse. In questi ambiti, così come in alcuni dei settori del diritto internazionale nei quali è utilizzato, questo istituto costituisce un corollario del principio della certezza del diritto. L'obbligo di rispettare il legittimo affidamento comporta l'obbligo per lo Stato ospite di rispettare le aspettative che il comportamento dei suoi organi o la situazione prevalente al momento in cui l'investimento era stato intrapreso abbiano fatto legittimamente sorgere in capo all'investitore straniero. La sua inclusione è giustificata facendo riferimento all'obiettivo del sistema, vale a dire il rafforzamento della tutela degli investimenti esteri, posto che l'istituto del legittimo affidamento, mirando alla stabilizzazione delle condizioni nelle quali si svolge l'attività economica, è

considerato un fattore essenziale per il suo raggiungimento. Non sorprende, perciò, che esso abbia ormai acquisito un'importanza apicale in materia di trattamento giusto ed equo, tanto da essere considerato il fattore principale per la valutazione della condotta statale. La sua importanza è evidente soprattutto nel settore degli investimenti infrastrutturali nei quali la stabilità del quadro giuridico costituisce un elemento decisivo per il risultato dell'investimento.

L'evoluzione, limitando la capacità delle autorità nazionali di modificare l'assetto normativo che regola i loro rapporti con l'investitore privato, incide sull'esercizio dei poteri statali di regolazione. Per evitare che questo si traduca un'indebita restrizione della sovranità interna, il sistema accorda la propria tutela solo all'affidamento che considera legittimo, vale a dire ragionevole alla luce delle condizioni che lo hanno generato, e non contrastante con un interesse pubblico prevalente.

Per quanto riguarda il primo requisito, assume particolare rilevanza l'origine dell'affidamento, dal momento che se fondato su promesse contenute in atti formali, quale il contratto di concessione nel caso degli investimenti infrastrutturali, esso gode di una tutela rafforzata rispetto ad eventuali interessi contrastanti. Rispetto agli ordinamenti nazionali ed agli altri settori dell'ordinamento internazionale considerati, il sistema di tutela degli investimenti esteri sembra, però, riservare minore attenzione all'interesse pubblico perseguito dallo Stato e al comportamento dell'investitore, ritenendoli generalmente poco rilevanti ai fini della determinazione della legittimità dell'affidamento. Questo modo di procedere fa sì che il diritto internazionale degli investimenti finisca in alcune occasioni con il riservare all'affidamento del privato una tutela addirittura più forte rispetto a quanto avviene a livello interno o in settori del diritto internazionale caratterizzati da un grado maggiore di integrazione tra gli Stati membri. La soluzione solleva alcune perplessità in termini di bilanciamento tra la salvaguardia delle potestà sovrane dello Stato e la tutela degli interessi dell'investitore, rendendo necessaria una revisione dell'impostazione seguita dagli arbitri internazionali.

Una situazione per molti versi analoga caratterizza anche la disciplina dell'espropriazione regolativa, vale a dire le ipotesi nelle quali misure statali di regolazione interferiscano in modo sostanziale con i diritti di proprietà

dell'investitore o riducano sensibilmente il valore economico dell'investimento. Anche in questo caso le indicazioni normative sono limitate, lasciando agli arbitri internazionali ampia libertà nella valutazione delle misure statali. A differenza di quanto osservato rispetto al trattamento giusto ed equo, vi è, però, la tendenza ad interpretare tali disposizioni in senso restrittivo, come dimostrato dal numero estremamente esiguo di casi nei quali misure statali di regolazione adottate nell'ambito dei servizi pubblici infrastrutturali siano state considerate atti di espropriazione. Gli arbitri preferiscono, infatti, fare riferimento ad altre disposizioni convenzionali, quali, *in primis*, quelle sul trattamento giusto ed equo, per garantire un'adeguata tutela agli investitori stranieri, piuttosto che utilizzare le norme in materia di espropriazione. In questo modo, si vuole evitare di urtare la sensibilità politica degli Stati, utilizzando disposizioni meno legate ad un passato nel quale la disciplina internazionale sugli investimenti è stata al centro di forti polemiche tra Stati appartenenti a blocchi ideologici contrastanti.

L'espropriazione regolativa è considerata una forma di espropriazione indiretta, non implicando un formale trasferimento del titolo di proprietà. Anche in queste circostanze trovano, perciò, applicazione le condizioni previste dal diritto internazionale per la legittimità dell'atto espropriativo, vale a dire la sussistenza di un interesse pubblico, la natura non discriminatoria della misura, la corresponsione di un indennizzo adeguato e il rispetto dei principi del giusto processo. Rispetto alle altre tipologie, quella in esame pone problemi ulteriori che la prassi arbitrale non è ancora riuscita a risolvere pienamente. Il punto di maggiore incertezza riguarda la determinazione dell'ambito applicativo, vale a dire l'individuazione dei casi in cui lo Stato sia tenuto ad indennizzare il privato per i danni provocati all'investimento dalle misure di regolazione. Anche in questo caso, il problema di trovare un punto di equilibrio tra le posizioni delle parti non si presta a soluzioni astratte, ma deve essere affrontato tenendo conto delle circostanze concrete del caso.

L'impostazione tradizionale, ancora prevalente nella prassi arbitrale in materia di investimenti infrastrutturali, ritiene che una misura statale di regolazione debba considerarsi un atto di espropriazione regolativa quando abbia un impatto negativo sostanziale sui diritti dell'investitore o sulla consistenza economica dei beni. L'esclusivo riferimento al criterio dell'impatto rafforza la posizione

dell'investitore, negando allo Stato la possibilità di invocare l'interesse pubblico quale causa di giustificazione. Per tale ragione, vi è chi ritiene che l'approccio importi un'indebita restrizione per l'esercizio delle potestà sovrane statali in questo ambito. Tali preoccupazioni non sembrerebbero, però, giustificate, stante la scelta degli arbitri internazionali di fissare il limite tra espropriazione e regolazione ad un livello molto elevato. Restano, tuttavia, le perplessità legate all'applicazione di un criterio simile in settori, come i servizi pubblici infrastrutturali, nei quali è necessario salvaguardare la capacità degli Stati di regolare, anche in modo sostanziale, l'attività economica privata per il perseguimento di interessi fondamentali dal punto di vista sociale.

A parziale correttivo della situazione, l'impostazione tradizionale, soprattutto grazie all'influenza degli studiosi nordamericani, fa riferimento alla cd. *police power doctrine*, la quale esenta lo Stato dall'obbligo di indennizzo qualora la misura rappresenti un esercizio di funzioni sovrane per il perseguimento di un interesse pubblico essenziale. Accanto alle difficoltà nell'individuazione di quali atti rientrino nel novero, la trasposizione dell'istituto dal diritto statunitense all'ordinamento internazionale pone anche problemi di carattere sistematico. Il diritto internazionale prevede, infatti, che il perseguimento di un interesse pubblico non escluda l'obbligo di indennizzo a carico dello Stato. Inoltre, come già il criterio dell'impatto, anche questo tipo di eccezione pecca di eccessiva rigidità, mirando ad individuare le misure non espropriative *a priori*, senza consentire un'adeguata considerazione delle circostanze concrete. Alla luce di quanto precede, non sorprende che la *doctrine* abbia giocato un ruolo limitato nelle controversie in materia di investimenti infrastrutturali.

Tali difficoltà hanno spinto gli arbitri internazionali ad adottare altri strumenti analitici che, senza comportare il superamento dei criteri tradizionali, contribuiscono a mitigarne la rigidità. A questo proposito, vi sono tentativi di distinguere le ipotesi di espropriazione regolativa da quelle di semplice regolazione attraverso l'analisi del rapporto tra l'impatto della misura e l'obiettivo perseguito. In particolare, si tratta di determinare se la misura adottata sia adeguata al raggiungimento dell'obiettivo e se la restrizione imposta all'attività del privato sia ragionevole. A differenza di quanto avviene in altri sistemi normativi, quale la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'utilizzo del test di

bilanciamento è ancora poco diffuso in materia di investimenti infrastrutturali. Tuttavia, la sua adozione sembra in grado di contribuire ad un miglior bilanciamento degli interessi delle parti. Il test consente, infatti, di valutare all'interno del medesimo quadro analitico aspetti di carattere quantitativo, quale l'impatto della misura sull'investimento, con altri di natura qualitativa, come l'importanza dell'interesse pubblico perseguito.

Il riferimento al test di bilanciamento non è ovviamente sufficiente a risolvere i problemi legati alla distinzione tra espropriazione regolativa e regolazione. E', infatti, necessario procedere nella determinazione di quale sia la configurazione del test che meglio si attaglia alla soluzione delle controversie in materia di investimenti infrastrutturali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sembra offrire un valido supporto agli arbitri internazionali chiamati a questo compito.

Facendo riferimento alle linee guida desumibili dall'attività dei giudici di Strasburgo, si ritiene che l'ampio margine di apprezzamento generalmente riconosciuto alle autorità nazionali nella valutazione dell'interesse pubblico nel settore esaminato comporti l'adozione di una versione affievolita del test. Nel contempo, appare utile l'applicazione anche in questo contesto del criterio del giusto equilibrio, imponendo agli arbitri di valutare se l'onere imposto all'investitore privato sia ragionevole alla luce del fatto che l'obiettivo perseguito sia destinato a beneficiare l'intera comunità. Si deve osservare che il criterio non sia utile solo per la distinzione tra regolazione ed espropriazione, ma possa trovare applicazione anche per determinare l'ammontare dell'indennizzo.

Un ulteriore fattore preso in considerazione dalla prassi arbitrale recente in materia di investimenti infrastrutturali è la violazione delle aspettative che l'investimento abbia ingenerato in capo all'investitore. L'elemento, mutuato dalla giurisprudenza della Corte Suprema USA, costituisce il corrispettivo del legittimo affidamento, anche se il suo ruolo in questo contesto è decisamente meno rilevante rispetto a quanto avviene per il trattamento giusto ed equo. In materia di espropriazione regolativa svolge, infatti, una funzione meramente sussidiaria rispetto al criterio dell'impatto, essendo utilizzato per misurare l'effetto negativo della misura statale. Gli arbitri internazionali considerano le aspettative dell'investitore un bene suscettibile di tutela, computando la loro violazione tra gli

elementi che contribuiscono a determinare il carattere sostanziale dell'ingerenza statale.

Allegato - Casi arbitrari in materia di investimenti infrastrutturali

- *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007
- *CMS Transmission Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the *Ad Hoc* Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic of 25 September 2007
- *Compañia de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 20 August 2007 ('Vivendi II')
- *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc., v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award of 31 July 2007
- *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case no. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction of 6 July 2007
- *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award of 22 May 2007
- *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award of 19 January 2007

- *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. The Argentine Republic*, ICSID Case no. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006
- *Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15, Decision on Jurisdiction of 13 September 2006
- *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, and *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL Case, Decision on Jurisdiction of 3 August 2006
- *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Objections to Jurisdiction of 25 August 2006
- *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006
- *L.E.S.I. S.p.a. et Astaldi S.p.a. c. République algérienne démocratique et populaire*, CIRDI no. ARB/05/2, Decision du 12 juillet 2006
- *National Grid Plc., v. The Argentine Republic*, UNCITRAL Case, Decision on Jurisdiction of 20 June 2006

- *Bayindir Insaat Turizm Ticarem ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction of 14 November 2005
- *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, registered on 2 November 2005
- *Gas Natural SDG, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision on Preliminary Questions on Jurisdiction of 17 June 2005
- *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/01/08, Final Award of 12 May 2005

- *Camuzzi International S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Jurisdiction of 11 May 2005
- *AES Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005
- *Impregilo Spa v. Islamic Republic of Pakistan*, ICISD Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction of 22 April 2005
- *Petrobart Ltd. v. Republic of Kyrgyzstan*, Arbitration No. 126/2003 of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Arbitral Award of 29 March 2005
- *Conorzio Groupement LESI – DIPENTA c. République algérienne démocratique et populaire*, CIRDI no. ARB/03/08, Sentence du 10 janvier 2005

- *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award on Jurisdiction of 4 June 2004
- *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction of 14 January 2004

- *Consortium RFCC c. Royaume du Maroc*, ICSID Case No. ARB/00/6, Sentence arbitrale du 22 décembre 2003
- *Nykomb Synergetics Technology Holding AB v. The Republic of Latvia*, Arbitral Institute of Stockholm Chamber of Commerce, Award of 16 December 2003
- *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID CASE No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction of 8 December 2003
- *Duke Energy International Peru Investments no. 1, Ltd v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Registered on 24 October 2003
- *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction of 17 July 2003

- *United Parcel Service v. The Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA) Case, Award on Jurisdiction of 22 November 2002
- *Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, registered on 25 February 2002

- *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/005/, Decision on Jurisdiction of 27 September 2001
- *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL Case, Partial Award of 13 September 2001
- *Genin, Eastern Credit Ltd., Inc. and Baltoil v. Republic of Estonia*, ICSID Case no. ARB/99/2, Award of 13 September 2001
- *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL Case, Final Award of 3 September 2001
- *Salini Costruttori S.p.a. and Italstrade S.p.a. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction of 23 July 2001

- *Compañía de Aguas del Aconquija, SA and Compagnie Générale des Eaux/Vivendi Universal v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award of 21 November 2000 ('Vivendi I')

Bibliografia

Monografie e opere collettanee

- AGRAWALA S.K., AMA RAO T.S., SAXENA J.N. (eds.), *New Horizons of International Law and Developing Countries*, Bombay, 1983
- ALDRICH G.H., *Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal*, London, 1996
- ALLEGRETTI U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, 2002
- AMERASINGHE C.F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, 2005
- ANDENAS M. (ed.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, London, 1998
- ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005
- ARAI-TAKAHASHI Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York, 2002
- BALDWIN R., CAVE M., *Understanding Regulation – Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 1999
- BALDWIN R., SCOTT C., HOOD C. (eds.), *A Reader on Regulation*, Oxford, 1998
- BARFIELD C., *Free Trade, Sovereignty, Democracy: The Future*, Washington, 2001
- BERNASCONI-OSTERWALDER N., et al. (eds.), *Environment and Trade. A Guide to WTO Jurisprudence*, London, 2006
- BERNSTEIN P., *Against the Gods: The Remarkable Story of Risk*, New York, 1998
- BEVERIDGE F. (ed.), *Globalization and International Investment*, Aldershot, 2005
- BHAGWATI J., *In Defence of Globalization*, Oxford, 2004
- BHAGWATI J. (ed.), *The New International Economic Order: The North-South Debate*, Cambridge, MA., 1977
- BLOKKER N.M., SCHERMERS G. (eds.), *Proliferation of International Organizations*, The Hague, 2001
- BORCHARD E., *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, 1915
- BROWER C.H., BRUESCHKE J.D., *The Iran-United States Claims Tribunal*, The Hague, 1998
- CAMILLERI J.A., FALK J., *The End of Sovereignty? The Politics of a Shrinking and Fragmenting Globe*, London, 1992
- CANNIZZARO E., *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000
- CANTONI S., *Cooperazione multilaterale e finanziamento allo sviluppo*, Napoli, 2005
- CARBONE S.M., LUZZATTO R., SANTA MARIA A. (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006
- CARBONE S.M., LUZZATTO R., *Il contratto internazionale*, Torino, 1994
- CARBONNEAU T.E.(ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, 2nd ed., New York, 1998
- CARREAU D., JUILLARD P., *Droit international économique*, Paris, 2007
- CASSESE A., *Diritto Internazionale*, a cura di Paola Gaeta, Bologna, 2006

- CASSESE A., WEILER J. (eds.), *Change and Stability in International Law Making*, Berlin, 1988
- CHAYES A., CHAYES HANDLERS A., *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge, MA, 1995
- CHENG B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, 1987
- ÇOBAN A.R., *Protection of Property Rights within the European Convention on Human Rights*, Aldershot, 2004
- COMBA A., *Il neo liberismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli accordi di Bretton Woods all'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 1995
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2006
- CONFORTI B., *Scritti di diritto internazionale*, Napoli, 2003
- CONTI R., *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006
- COTTIER T.(ed.), *The Challenge of WTO Law: Collected Essays*, London, 2007
- CRAIG P.P., *EU Administrative Law*, Oxford, 2006
- CRAVEN M., FITZMAURICE M., VOLGIATZI M. (eds.), *Time, History and International Law*, The Hague, 2007
- DE VATTEL E., *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle*, Tome I, Ch. I, Londres, 1758
- DEL VECCHIO A., DAL RI JUNIOR (a cura di), *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Napoli, 2005
- DEL VECCHIO A: (a cura di), *Aspetti dell'integrazione regionale latinoamericana*, Milano, 2001
- DI PLINIO G., *Il common core della deregulation. Dallo Stato regolatore alla Costituzione economica sopranazionale*, Milano, 2005
- DOAK BISHOP R., CRAWFORD J., REISMAN M.W. (eds.), *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, The Hague, 2005
- DOLZER R., STEVENS M., *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, 1995
- FATOUROS A.A., *Government Guarantees to Foreign Investors*, New York, 1962
- FLAUSS F. (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruxelles, 2003
- FOW G.H., ROTH B.R., *Democratic Governance and International Law*, Cambridge, 2000
- FRANCONI F. (ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001
- FRANCK T. (ed.), *Delegating State Powers: The Effect of Treaty Regimes in Democracy and Sovereignty*, Ardsley, 2000
- FRANCK T., *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford, 1990
- FRIEDMAN T.L., *The Lexus and the Olive Tree: Understanding Globalization*, New York, 1999
- FRIGO M., *Le limitazioni dei diritti patrimoniali privati nel diritto internazionale*, Milano, 2000
- GAILLARD E., *La jurisprudence du CIRDI*, Paris, 2004
- GAILLARD E., BANIFATEMI Y. (eds.), *Annulment of ICSID Awards*, New York, 2004
- GAILLARD E., SAVAGE J. (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, 1999
- GALGANO F., MARRELLA F., *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2004
- GREPPI E., VELLANO M. (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2006

- GREPPI E., *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi. I sistemi di liberalizzazione GATT, OCSE e CE*, Napoli, 1994
- GUASCH J.L., *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions. Doing It Right*, Washington, 2004
- HARDT M., NEGRI A., *Empire*, Harvard, 2000
- HEERE W.P. (ed.), *From Government to Governance: the Growing Impact of Non-State Actors on the International and European Legal Systems. Proceedings of the Sixth Joint Conference held in The Hague 3-5 July 2003*, The Hague, 2004
- HENKIN L., *International Law: Politics and Values*, The Hague, 1995
- HIGGINS R., *Problems and Process, International Law and How We Use It*, Oxford, 1994
- HIRSCH M., *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, 1993
- HIRSCHMANN A., *Exit, Voice and Loyalty – Responses to Decline in Firm, Organizations and States*, Cambridge, 1970
- HORN N. *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004
- IANNELLO C., *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'“idea” di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2006
- IOVANE M., *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998
- JACKSON J.H., *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge, 2006
- JANIS M.W., *An Introduction to International Law*, 4th ed., Boston, 2003
- JANS J.H., DE LANGE R., PRECHAL S., WIDDERSHOVEN R.J.G.M., *Europeanisation of Public Law*, Groningen, 2007
- JENKS W.C., *The Prospects of International Adjudication*, London, 1964
- KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007
- KELSEN H., *Principles of International Law*, 2nd ed., New York, 1966
- KESSIDES I.N., *Reforming Infrastructure. Privatization, Regulation and Competition*, Washington, 2004
- KING GORDON J., *The New International Economic Order*, Toronto, 1976
- KOLB R., *La bonne foi en droit international public*, Paris, 2000
- KRAJEWSKI M., *National Regulation and Trade Liberalization in Services*, The Hague, 2003
- KRASNER S.D., *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton, 1999
- KREIJEN G., BRUS M., DUURSMA J., DE VOS E., DUGARD J. (eds.), *State Sovereignty and International Governance*, Oxford, 2002
- LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000
- LANKARANI EL-ZEIN L., *Les contrats d'Etat à l'épreuve du droit international*, Bruxelles, 2001
- LAVIEC J-P., *Protection et promotion des investissements. Etude de droit international économique*, Paris, 1985
- LEARY V.A., WARNER D. (eds.), *Social Issues, Globalization and International Institutions: Labour Rights, the EU, ILO, OECD and the WTO*, Leiden, 2005
- LILLICH R.B., BROWER C.N. (eds.), *International Arbitration in 21st Century*, New York, 1994

- LILLICH R.B., WESTON B.H., *International Claims: Their Settlement by Lump-Sum Agreements*, Charlottesville, 1975
- MANCIAUX S., *Investissement étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États*, Dijon, 2004
- MACDONALD R.St.J., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993
- MACDONALD R.St.J., JOHNSTON D.M. (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Dordrecht, 1983
- MAJONE G. (ed.), *Deregulation or Re-regulation, Regulatory Reforms in Europe and the United States*, London, 1990
- MARTINO G., *La riforma del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC. Trasformazione sistemica e adeguamento funzionale*, Napoli, 2005
- MATSUSHITA M., SCHOENBAUM T.J., MAVROIDIS P.C., *The World Trade Organization. Law, Practice and Policy*, Oxford, 2004
- MAURO M.R., *Gli accordi bilaterali sulla promozione e protezione degli investimenti*, Torino, 2003
- MENGOZZI P. (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999
- MERON T., *Investment Insurance in International Law*, New York, 1976
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001
- MIGLIORINO L., *Gli accordi internazionali sugli investimenti*, Milano, 1989
- MILLER L.B., SMITH M. (eds.), *Ideas and Ideals: Essays on Politics in Honour of Stanley Hoffmann*, Boulder, 1991
- MORAN T.H., *Foreign Direct Investment and Development: The New Policy Agenda for Developing Countries and Economies in Transition*, Washington, 1998
- MUCHLINSKI P., *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, 1999
- NASCIMBENE B., *Trattamento dello straniero*, Milano, 1984
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005
- NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER P., PELLET A., *Droit international public*, 7^e ed., Paris, 2002
- NORTON J.J., ANDENAS M., FOOTER M., *The Changing World of International Law in the Twenty-first Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, The Hague, 1998
- NYE J.S., DONAHUE J.D. (eds.), *Governance in a Globalizing World*, New York, 2000
- NWOGUGU E.I., *The Legal Problem of Foreign Investment in Developing Countries*, Manchester, 1965
- ODDENINO A., *Pacta sunt servanda e buona fede nell'applicazione dei trattati internazionali*, Torino, 2003
- OGUS A., *Regulation, Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994
- ORTINO F., PETERSMANN E-U., *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, The Hague, 2004
- PALAST G., OPPENHEIMER J., MACGREGOR T., *Democracy and Regulation: How the Public Can Govern Essential Services*, London - Sterling, 2003
- PANIZZON M., *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: the Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*, London, 2006
- PAPADOPOULOU R-E., *Principes généraux du droit et droit communautaire*, Bruxelles, 1996

- PAULSSON J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2005
- PETERSON L.E., *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, Winnipeg, November 2004
- PICONE P., SACERDOTI G.(a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982
- PORRO G. (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006
- PRITCHARD R. (ed.), *Economic Development, Foreign Investment and the Law*, London, 1996
- PROSSER T., *The Limits of Competition Law*, Oxford, 2005
- PROSSER T., *Law and the Regulators*, Oxford, 1997
- QURESCHI A., *International Economic Law*, London, 1999
- RADICATI DI BROZOLO L. (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001
- RAITIO J., *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, The Hague, 2003
- REED L., PAULSSON J., BLACKABY N., *Guide to ICSID Arbitration*, The Hague, 2004
- RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, 2° ed., Torino, 2007
- RUBIN S., *Private Foreign Investment. Legal and Economic Realities*, Baltimore, 1956
- RUBINS N., KINSELLA S., *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution. A Practitioner Guide*, New York, 2005
- SACERDOTI G., YANOVICH A., BOHANES J. (eds.), *The WTO at Ten. The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, 2005
- SACERDOTI G., VENTURINI G. (a cura di), *La liberalizzazione multilaterale dei servizi e i suoi riflessi per l'Italia*, Milano, 1997
- SACERDOTI G., *I contratti tra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972
- SANDERS P. (ed.), *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967
- SANNA S., *Diritti dei lavoratori e disciplina del commercio nel diritto internazionale*, Milano, 2005
- SAUVÉ P. (ed.), *Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda*, London, 2003
- SCHØNBERG S., *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford, 2001
- SCHRIJVER N., *Sovereignty over Natural Resources*, Cambridge, 1997
- SCHULTZ J., VAN DE BERG A.(eds.), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration*, Liber Amicorum Pietr Sanders, Deventer, 1982
- SCHWARZE J., *European Administrative Law*, London, 2002
- SCHWARZENBERGER G., *Foreign Investments and International Law*, London, 1969
- SCHWEBEL M., *Justice in International Law*, Cambridge, 1994
- SCOVAZZI T., *Corso di diritto internazionale. Caratteri generali ed evoluzione della comunità internazionale*, Parte I, Milano, 2000
- SEIDL-HOHENVELDERN I., *International Economic Law*, 3rd ed. ,The Hague, 1999
- SERMET L., *The European Convention on Human Rights and Property Rights*, Strasbourg, 1998
- SHIHATA I., *Legal Treatment of Foreign Investment: "The World Bank Guidelines"*, Dordrecht, 1993
- SHIHATA I.F., *Towards a Greater Depolitization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA*, Washington, 1992

- SHIHATA F.I., *MIGA and Foreign Investment – Origins, Operations, Policies and Basic Documents of the Multilateral Investment Guarantee Agency*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1988
- SOONS A.H.A. (ed.), *International Arbitration: Past and Prospects*, The Hague, 1990
- SORNARAJAH M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge, 2004
- STIGLIZ J.E., *Globalization and Its Discontents*, New York, 2002
- TESAURO G., D'ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000
- TEUBNER G. (ed.), *Global Law without a State*, Dartmouth, 1997
- TOSATO G.L., *Contributi allo studio del diritto internazionale dell'economia*, Rimini, 1992
- TRACHTMAN J., *The International Economic Law Revolution and the Right to Regulate*, London, 2006
- TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford, 2006
- VAN HARTEN G., *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007
- VAN HOF J.J., *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by the Iran-US Claims Tribunal*, Deventer, 1991
- VELLANO M., *L'organo di appello dell'OMC*, Napoli, 2001
- VENTURINI G., COSCIA G., VELLANO M. (a cura di), *Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Milano, 2005
- VENTURINI G. (a cura di), *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2004
- VENTURINI G., *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, 1999
- VERNON R., *In the Hurricane's Eye: The Troubled Prospects of Multinational Enterprises*, Harvard, 1998
- VERNON R., *Sovereignty at Bay: The Multinational Spread of US Enterprises*, Harvard, 1971
- VON MISES L., *Human Action. A treatise on Economics*, 4th ed., New York, 1996
- VON MOLTKE K., MANN H., *Toward a Southern Agenda on International Investment: Discussion Paper on the Role of Investment Agreements*, Winnipeg, 2004
- WÄLDE T., *Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie*, Paris, 2004
- WÄLDE T. (ed.), *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, The Hague, 1996
- WEILER J.H., *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford, 2000
- WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005
- WEILER T. (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford, 2000
- WHITE G., *Nationalization of Foreign Property*, London, 1961
- WILSON R., *United States Commercial Treaties and International Law*, New Orleans, 1960

Articoli e contributi su collettanee

- AA. VV., *How to Avoid Conflicting Awards: The Lauder and CME Cases*, in *Journal of World Investment & Trade*, 5(1), 2004, 7-36
- ADINOLFI G., *La soluzione delle controversie nell'OMC ed il contenzioso euro-statunitense*, in VENTURINI G. (a cura di), *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2004, 191-246
- ADLUNG R., *Services Negotiations in the Doha Round: Lost in Flexibility?*, in *Journal of International Economic Law*, 9(4), 2006, 865-893
- AGO R., *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, in *Recueil d'études de droit international en hommage Paul Guggenheim*, Genève, 1968, 93-131
- AGUILAR G., PARK W.P., *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11*, in *Yale Journal of International Law*, 28, 2003, 365-407
- ALEXANDROV S.A., *The "Baby Boom" of Treaty-Based Arbitration and the Jurisdiction of ICSID Tribunals*, in *Journal of World Investment & Trade*, 6(3), 2005, 387-411
- ALEXANDROV S.A., *Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines*, in *Journal of World Investment & Trade*, 5(4), 2004, 555-577
- ALLEN T., *Compensation for Property under the European Convention on Human Rights*, Working Paper 1875 Bepress Legal Series, 2006
- AMISSAH A., *The ACP/EEC Conciliation and Arbitration Rules*, in *Arbitration International*, 8(2), 1992, 167-184
- AURIOL E., PICARD P.M. *Infrastructure and Public Utilities Privatization in Developing Countries*, World Bank Policy Research Paper 3950, June 2006
- BACCHUS J., *A Few Thoughts on Legitimacy, Democracy and the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 7, 2004, 667-673
- BANKS K., *NAFTA's Article 1110 – Can Regulation Be Expropriation?*, in *NAFTA Law & Business Review of the Americas*, 5, 1999, 499-521
- BARIATTI S., voce *Protezione diplomatica*, in *Digesto, Discipline Pubblicistiche*, XII, Torino, 1997
- BARIATTI S., *Genesi ed interpretazione dell'art. 1 del Protocollo Addizionale alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1989, 215-220
- BARROS B., *The Police Power and the Takings Clause*, in *University of Miami Law Review*, 52, January 2004, 471-524
- BARTELS L., *The Separation of Powers in the WTO: How to Avoid Judicial Activism*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 53, October 2004, 861-895
- BAUGHEN S., *Expropriation and Environmental Regulation*, in *Journal of Environmental Law*, 18(2), 2006, 207-228
- BEEN V., *Does an International "Regulatory Takings" Doctrine Make Sense?*, in *NY University Environmental Law Journal*, 11, 2003, 49-63
- BEN HAMIDA W., *Le contrats BOT à l'heure du nouveau droit des investissements internationaux*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 275-308
- BEN HAMIDA W., *The Mihaly v. Sri Lanka Case: Some Thoughts Relating to the Status of Pre-Investment Expenditures*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, 47-76

- BEN HAMIDA W., *L'arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents*, in *Journal du droit international*, 131(2), 2004, 419-441
- BERNARDINI P., *Sentenze arbitrali e Convenzione di New York*, in *Rivista di diritto processuale*, 1, 2006, 89-110
- BERNARDINI P., *Le prime esperienze arbitrali del Centro internazionale per il regolamento delle controversie relative agli investimenti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1, 1981, 29-40
- BERNASCONI-OSTERWALDER N., *Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? The Lauder/Czech Republic Legacy*, in *Journal of World Investment & Trade*, 6(1), 2005, 69-71
- BIANCHI A., *The Impact of International Trade Law on Environmental Law and Process*, in FRANCIONI F. (ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001, 105-134
- BIORKLUND A., *Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims*, in *Virginia Journal of International Law*, 45(4), 2005, 809-895
- BÖCKSTIEGEL K-H., *The Relevance of National Arbitration Law for Arbitration under UNCITRAL Rules*, in *Journal of International Arbitration*, 1(3), 1984, 223-236
- BONELL M.J., *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2, 1992, 315-332
- BOSSUYT M., *Le distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels*, in *Human Rights Journal*, 1975
- BOUCHEZ L.J., *The Prospects for International Arbitration: Disputes Between States and Private Enterprises*, in SOONS A.H.A. (ed.), *International Arbitration: Past and Prospects*, The Hague, 1990, 109-153
- BOWETT D., *Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence*, in *British Yearbook of International Law*, 33, 1957, 176
- BOWETT D.W., *State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach*, in *British Yearbook of International Law*, 59, 1989, 49-74
- BREEMER D.J., RADFORD R.S., *The (Less?) Murky Doctrine of Investment-Backed Expectations After Palazzolo, and the Lower Courts' Disturbing Insistence on Wallowing in the Pre-Palazzolo Muck*, in *Southwestern University Law Review*, 34, 2005, 101-177
- BREYER S., *Typical Justifications for Regulation*, in BALDWIN R., SCOTT C., HOOD C. (eds.), *A Reader on Regulation*, Oxford, 1998
- BREWER T.L., *International Investment Dispute Settlement Procedures: The Evolving Regime for Foreign Direct Investment*, in *Law & Politics in International Business*, 26(3), 1995, 633-672
- BROCHES A., *Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other Contracting States of 1965 Explanatory Notes and Survey of its Application*, in *Yearbook of Commercial Arbitration*, 18, 1993, 627-717
- BROCHES A., *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, in SCHULTZ J., VAN DE BERG A.(eds.), *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, Liber Amicorum Pietr Sanders*, Deventer, 1982, 63-72
- BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 136, 1972, 333-410
- BROCHES A., *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between State and Nationals of Other States: Applicable Law and Default Procedure*, in SANDERS P. (ed.), *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, The Hague, 1967, 12-24

- BROWER C.H. II, *Investor-State Disputes Under NAFTA: The Empire Strikes Back*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 40(1), 2001, 43-88
- BROWNLIE I., *Legal Status of Natural Resources in International Law (Some Aspects)*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 162, 1979, 245-318
- BRUNE N., GARRETT G., KOGUT B., *The International Monetary Fund and the Global Spread of Privatization*, in *IMF Staff Paper*, 51(2), 2004, 195-219
- BRUNETTI M., *The Iran-United States Claims Tribunal, NAFTA Chapter 11, and the Doctrine of Indirect Expropriation*, in *Chicago Journal of International Law*, 2, 2001, 203-211
- BUIZZA P., *La tutela dell'avviamento nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, 1021-1096
- BURDEAU G., *Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats*, in *Revue de l'arbitrage*, 1995, 3-37
- CAHILL A., *The Human Right to Water – A Right of Unique Status: The Legal Status and Normative Content of the Right to Water*, in *International Journal of Human Rights*, 9(3), September 2005, 389-410
- CANTONI S., *Il contributo del Gruppo della Banca Mondiale alla promozione degli investimenti internazionali*, in PORRO G. (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006, 157-196
- CANTONI S., *La responsabilizzazione delle imprese private nell'attuazione dei diritti fondamentali dell'uomo e del diritto internazionale in materia di lavoro*, in *Diritto dell'economia*, 4, 2005, 677-714
- CARANTA R., voce *Intervento pubblico nell'economia*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IV, Torino, 1999, 371-383
- CARANTA R., *La "comunitarizzazione" del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 1996, 439-452
- CARBONE S.M., *Il contributo della lex mercatoria nella precisazione della lex sportiva*, in GREPPI E., VELLANO M. (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2006, 227-243
- CARBONE S.M., *Promise in International Law: A Confirmation of its Binding Force*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1, 1975, 166-172
- CASSESE S., *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Administrative Law*, in *NY University Journal International Law & Policy*, 27(4), 2005, 663-694
- CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in TESAURO G., D'ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 11-25
- CASTORINA E., *"Certezza del diritto" e ordinamento europeo: riflessioni attorno ad un principio "comune"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 1998, 1177-1211
- CHARPENTIER J., *De la non-discrimination dans les investissements*, in *Annuaire français de droit international*, 9, 1963, 35-63
- CHEN T-H., *Power, Authority and International Investment Law*, *American University International Law Review*, 2, 2005, pp. 465-520
- CHO A.H, DAVROZ K.D., *Will Investment Rules Shrink Policy Space for Sustainable Development? Evidence from the Electricity Sector*, T.R.A.D.E. Paper no. 16, December 2003
- CHOI W-M., *The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm*, in *Journal of International Economic Law*, 10(3), 2007, 725-747
- CHOUDHURY B., *Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, in *Journal of World Investment & Trade*, 6(2), April 2005, 297-320

- CHRISTIE G.C., *What Constitutes a Taking Under International Law?*, in *British Yearbook of International Law*, 38, 1962, 307-338
- CHUKWUMERIJE O., *International Law and Article 42 of the ICSID Convention*, in *Journal of International Arbitration*, 14(3), 1997, 79-87
- CLAYTON R., *Legitimate Expectations, Policy and the Principle of Consistency*, in *Cambridge Law Journal* 62(1), March 2003, 93-105
- CLEVELAND S.H., *Human Rights Sanctions and the World Trade Organization*, in FRANCIONI F (ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001, 199-261
- CLOUGH D., *Regulatory Expropriations and Competition under NAFTA*, in *Journal of World Investment & Trade*, 6(4), August 2005, 553-584
- COALE M., *Stabilisation Clauses in International Petroleum Transactions*, in *Denver Journal International Law & Policy*, 30, 2002, 217-237
- COE J. Jr, RUBINS N.: *Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, 597-667
- COE J.J. Jr., *Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in its Tenth Year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues and Methods*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 36, 2003, 1381-1460
- COLEMAN A., MAOGOTO J., *After the Party, is There a Cure for Hangover? The Challenges of the Global Economy to Westphalian Sovereignty*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 30(1), 2003, 35-60
- COMMISSION J.P., *Precedents in Investment Treaty Arbitration. A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence*, in *Journal of International Arbitration*, 24(2), 2007, 129-158
- CONDORELLI L., *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, 5- 26
- CONDORELLI L. *Premier Protocole Additionnel. Article 1*, in PETTITI L-E., DECAUX E., IMBERT P-H. (sous la direction de), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, 1999, 972-997
- CONDORELLI L., voce *Consuetudine internazionale*, in *Digesto disc. pubbl.*, II, 1989, 490-512
- CONFORTI B., *L'erosione della sovranità*, in ID., *Scritti di diritto internazionale*, vol. 1, Napoli, 2003, 539-545
- CONFORTI B., *Le principe de non-intervention*, in ID., *Scritti di diritto internazionale*, vol. 1, Napoli, 2003, 511-537
- CONFORTI B., *Buona fede e diritto internazionale*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 87-93
- CONGYAN C., *Outward Foreign Investment and Effectiveness of Chinese BIT Practice*, in *Journal of World Investment & Trade*, 7(5), 2006, 621-652
- CONNERTY A., *The Role of ADR in the Resolution of International Disputes*, in *Arbitration International*, 12, 1996, 47-55
- COSTA J-P., *Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: de l'influence des différentes traditions nationales*, *Revue trimestrielle du droit de l'homme*, 15(7), 2003, 101-110
- COSTAMAGNA F., *Legitimate Regulation vs. Regulatory Expropriation in Public Infrastructure Investments after Azurix: A Case Study*, in *Transnational Dispute Management*, 4(2), April 2007

- COSTAMAGNA F., *Investors' Rights and State Regulatory Autonomy: the Role of the Legitimate Expectation Principle in the CMS v. Argentina Case*, in *Transnational Dispute Management*, 3(2), April 2006
- COSTAMAGNA F., *L'impatto del GATS sull'autonomia regolamentare degli Stati membri nei servizi idrici ed energetici*, in *Diritto del commercio internazionale*, 19(3-4), 2005, 501-533
- COTTIER T., SCHAFFER K.N., BRONCKERS M., *Good Faith and the Protection of Legitimate Expectations in the WTO*, in COTTIER T.(ed.), *The Challenge of WTO Law: Collected Essays*, London, 2007, 123-146
- CRAIG P.P., SCHØNBERG S., *Substantive Legitimate Expectations after Coughlan*, in *Public Law*, 2000, 684-701
- CRAIG P.P., *Substantive Legitimate Expectations and the Principle of Judicial Review*, in ANDENAS M. (ed.), *English Public Law and the Common Law of Europe*, London, 1998
- CRAIG P.P., *Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law*, in *Cambridge Law Journal*, 55, 1996, 289-312
- CRAWFORD J., *The ILC's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Retrospect*, *American Journal of International Law*, 96(4), 2002, 874-890
- CREMADES B., CAIRNS D.J., *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes*, in HORN N. (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, 325-351
- CREMADES B.M., CAIRNES D.J., *The Brave New World of Global Arbitration*, in *Journal of World Investment*, 3(2), 2002, 173-209
- CRÉPET DAIGREMENT C., *L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux du CIRDI*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 453-516
- CUNARD J.P., *Value-Added versus Basic Services: The National, Regional, and International Dimension of Drawing Boundary Lines*, in SCHAFF S. (ed.), *Legal and Economic Aspects of Telecommunications*, Amsterdam, 1990
- DATO' SYED AHMAD I., *Use of the UNCITRAL Arbitration Rules at Arbitral Institutions by Arbitral Institutions*, in *Journal of International Arbitration*, 24(1), 2007, 37-48
- DE NOVA R. , *Considerazioni sulla neutralità permanente dell'Austria*, in *Comunicazioni e studi*, 8, 1956, 4-31
- DE SALVIA M., *Contrôle européen et principe de subsidiarité : fait-il encore (et toujours) émerger à la "marge d'appréciation"?*, in MAHONEY P (ed.), *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne: the European perspective : mélanges à la mémoire de/studies in memory of Rolv Ryssdal*, Koln, 2000, 373-385
- DE VISSCHER C., *Cours général de principes de droit international public*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 86, 1954, 445-456
- DELAUME G.R., *Consent to ICSID Arbitration*, in NORTON J.J., ANDENAS M., FOOTER M.(eds.), *The Changing World of International Law in the Twenty-first Century: A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, The Hague, 1998, 155-178
- DELAUME G.R., *Le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)*, in *Journal du droit international*, 109, 1982, 775-843
- DELAUME G.R., *State Contracts and Transnational Arbitration*, in *American Journal of International Law*, 75,1981, 784-819
- DELAUME G.R., *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, in *The International Lawyer*, 1, 1966, 64

- DELBRÜCK J., *Structural Changes in the International System and its Legal Order: International Law in the Era of Globalization*, in *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäische Recht*, 2001, 1-36
- DENZA E., BROOKS S., *Investment Protection Treaties: The United Kingdom Experience*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 36, 1987, 908-923
- DEUTSCH U., *Expropriation without Compensation – The European Court of Human Rights Sanctions German Legislation Expropriating the Heirs of “New Farmers”*, in *German Law Journal*, 6(10), 2005, 1367-1380
- DHOOGHE L.J., *The North American Free Trade Agreement and the Environment: The Lessons of Metalclad Corporation v. United Mexican States*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 10, 2001, 209-289
- DI LIETO A., *Il diritto all’acqua come diritto inalienabile*, in DEL VECCHIO A., DAL RI JUNIOR (a cura di), *Il diritto internazionale dell’ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Napoli, 2005, 93-108
- DI PIETRO D., *Applicable Law Under Article 42 of the ICSID Convention. The Case of AMCO v. Indonesia*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, 223-275
- DOAK BISHOP R., LUZI A., *Investment Claims: First Lessons from Argentina*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, 425-469
- DODGE W.S., *National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata Under Chapter Eleven of NAFTA*, in *Hastings International & Comparative Law Review*, 23, 2000, 357-383
- DOEHRING K., *Local Remedies Exhaustion of*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, 1987, 238-242
- DOLZER R., *Fair and Equitable Treatment: a Key Standard in Investment Treaties*, in *The International Lawyer*, 39(1), 2005, 87-106
- DOLZER R., *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, in *NY University Journal of International Law & Policy*, 27, 2005, 953-972
- DOLZER R., *Indirect Expropriations: New Developments?*, in *NY University of Environmental Law Journal*, 11(1), 2003, 64-93
- DOLZER R., *Indirect Expropriation of Alien Property*, in *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 1, 1986, 41-65
- DORDI C., *Gli accordi sul commercio dei servizi*, in VENTURINI G. (a cura di), *L’Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004, 65-130
- DOUGLAS Z., *The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration*, in *British Yearbook of International Law*, 74, 2003, 151-289
- DRAHOZAL C.R., *The Iran-US Tribunal and Investment Arbitration: A Citation Analysis*, in *Transnational Dispute Management*, 3(2), April 2006
- DUMBERRY P., *The Quest to Define ‘Fair and Equitable Treatment’ for Investors under International Law – The Case of NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards*, in *Journal of World Investment*, 4, August 2002, 657-691
- DUPUY P-M., *Le droit à l’eau, un droit international?*, EUI Working Paper no. 2006/06, Florence (2006)

- DUPUY P-M., *International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State*, in CASSESE A., GAETA P., JONES J.R.W.D. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, 1085-1099
- EBERLEIN B., *Regulating Public Utilities in Europe: Mapping the Problem*, EUI Working Paper RSC no. 98/41, Florence, 1998
- EDSALL R.D., *Indirect Expropriation under NAFTA and DR-CAFTA: Potential Inconsistencies in the Treatment of State Public Welfare Regulations*, in *Boston University Law Review*, 86, 2006, 931-962
- EGGER P., PFAFFERMAYR M., *The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment*, in *Journal of Comparative Economics*, 32(4), 2004, 788-804
- EL CHIATI A.Z., *Protection of Investments in the Context of Petroleum Agreements*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 204, 1987, 9-270
- ELKINS Z., GUZMAN A., SIMMONS B.A., *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties 1960-2000*, in *International Organizations*, 60(4), 2006, 811-846
- ELLIOTT M., *Case and Comment. Legitimate Expectation: The Substantive Dimension*, in *Cambridge Law Journal*, 59(3), November 2000, 421-425
- ESTACHE A., GUASCH J.L. TRUJILLO L., *Price Caps, Efficiency Payoffs and Infrastructure Contracts Renegotiations in Latin America*, World Bank Policy Research Working Paper no. 3129, August 2003
- ESTY D.C., *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, in *Yale Law Journal*, 115(7), 2006, 1490-1562
- FARUQUE A., *Validity and Efficacy of Stabilization Clauses. Legal Protection vs. Functional Value*, in *Journal of International Arbitration*, 23(4), 2006, 317-336
- FATOUROS A.A., *International Law and the Internationalized Contract*, in *American Journal of International Law*, 34, 1980, 134-141
- FERRARI-BRAVO L., *Méthodes de recherches de la coutume internationale dans la pratique des Etats*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 233, 1985, 233-330
- FIETTA S., *Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard. The Developing Role of Investors’ “Expectations” in International Investment Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 23(5), 2006, 375-399
- FIETTA S., *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexica States: an Indication of the Limits of the “Legitimate Expectation” Basis of a Claim under Article 1105 of NAFTA?*, in *Journal of World Investment & Trade*, 7, 2006, 423-432
- FOIS P., *Sul rapporto tra crimini internazionali dello Stato e crimini internazionali dell’individuo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, 929-954
- FOIS P., *Il consenso degli Stati ad obbligarsi ed il principio pacta sunt servanda*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 5-32
- FOIS P., *Il principio pacta sunt servanda e i contratti tra Stati e privati stranieri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, 663-660
- FORSYTH C., *The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*, in *Cambridge Law Journal*, 47, 1988
- FORTIER Y.L., DRYMER S:L., *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 19(2), Fall 2004, 293-397

- FRANCONI F., *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale*, in SIDI; *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione internazionale del commercio*, Napoli, 1998, 147-179
- FRANCK S.D., *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, in *Fordham Journal of International Law*, 73, 2005, 1521-1625
- FRANCK T., *Equity in International Law*, in JASENTULIYANA N. (ed.), *Perspectives on International Law*, London, 1995, 23-48
- FRANKEL J., *Globalization of the Economy*, in NYE J.S., DONAHUE J.D. (eds), *Governance in a Globalizing World*, New York, 2000, 45-70
- FRASL I., *The Trade Rules of GATT and related Instruments and the Energy Charter Treaty*, in WÄLDE T. (ed.), *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, The Hague, 1996, 459-496
- FREEMAN E. M., *Regulatory Expropriation under NAFTA Chapter 11: Some Lessons from the European Court of Human Rights*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 42, 2003, 177-215
- FRIGNANI A., *Il contratto internazionale*, in GALGANO F. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1990
- FRIGO M., *Peaceful Enjoyment of Possessions, Expropriation and Control of Property in the System of the European Convention of Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, 10, 2000, 45-69
- FRIGO M., *La sovranità permanente degli Stati sulle risorse naturali*, in PICONE P., SACERDOTI G.(a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, 245-264
- FROWEIN J., *The Protection of Property*, in MACDONALD R. St., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, London, 1993, 515-530
- FUCCI F.R., *Hardship and Changed Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts. Practical Considerations in International Infrastructures Investment and Finance*, in *Transnational Dispute Management*, 4(5), September 2007
- GAGNÉ G., MORIN J-F., *The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2005 Model BIT*, in *Journal of International Economic Law*, 9(2), 2006, 357-382
- GAILLARD E., *The First Association of Southeast Asian Nations Agreement Award*, in *Transnational Dispute Management*, 1(2), May 2004
- GAILLARD E., BANIFATEMI Y., *The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention. The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 18(2), 2003, 375-411
- GAILLARD E., *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements*, in *Revue de l'arbitrage*, 3, 2003, 853-875
- GAILLARD E., *Chronique de sentences arbitrales*, in *Journal du droit international*, 126(1), 1999, 273-29
- GALLAGHER K.P., BIRCH M.B., *Do Investment Agreements Attract Investments? Evidence from Latin America*, in *Journal of World Investment & Trade*, 7(6), 2006, 961-974
- GALLUS N., *The Influence of the Host State's Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection*, in *Journal of World Investment & Trade*, 6(5), 2005, 711-730

- GANGULY S., *The Investor-State Dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health* in Columbia Journal of Transnational Law, 38(1), 1999, 113-168
- GANTZ D.A., *The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States – Chile Free Trade Agreement*, in American University International Law Review, 19, 2004, 679-767
- GARCIA-AMADOR F.V., *State Responsibility in the Case of “Stabilization” Clauses*, in Florida State University Journal of Transnational Law & Policy, 2, 1993, 23-50
- GARCÍA-BOLÍVAR O.E., *The Teleology of International Investment law. The Role of Purpose in the Interpretation of International Investment Agreements*, Journal of World Investment & Trade, 6(5), 2005, 751-771
- GEDDES R., *Technological Change and the Case for Government Intervention in Postal Services*, in FOLDVARY F.E., KLEIN D.B. (eds.), *The Half-Life of Policy Rationales: How New Technology Affects Old Policy Issues*, New York, 2003, 208-224
- GEIGER R., *Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment*, in NY University Environmental Law Journal, 11, 2003, 94-109
- GEISER H.J., *A New International Economic Order: Its Impact on the Evolution of International Law: An Outline for Discussion*, in Annales d'études internationales., 9, 1978, 89-106
- GERGUSON N., *Sinking Globalization*, in Foreign Affairs, 84, Mar/Apr 2005, 64-77
- GERHART P., *Reflections: Beyond Compliance Theory – TRIPS as a Substantive Issue*, in Case West Reserve Journal of International Law, 32, 2002, 357-385
- GIARDINA A., *International Investment Arbitration: Recent Developments as to the Applicable Law and Unilateral Recourse*, in Law & Practice of International Courts & Tribunals, 5, 2006, 29-39
- GIARDINA A., *Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage: vers l'assouplissement de leur effet obligatoire?*, in Revue de l'arbitrage, 3, 2003, 647-666
- GIARDINA A., *Lex mercatoria e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1992, 461-470
- GIARDINA A., TORIELLO P., voce *Centro internazionale per la risoluzione delle controversie relative agli investimenti (CIRDI)*, in Enciclopedia giuridica, VI, Roma, 1988, 1-6
- GIARDINA A., *Gli indennizzi ai cittadini per danni subiti all'estero. Prassi convenzionale e legislazione italiana*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, vol. III, Milano, 1987, 115-138
- GIARDINA A., *Contratti tra Stati e privati*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, 1984, 43-76
- GIBSON C.S., DRAHOZAL C.R., *Iran-United States Claims Tribunal Precedents in Investor-State Arbitration*, in Journal of International Arbitration, 23(6), 2006, 521-546
- GOLDMAN B., *La lex mercatoria dans les contacts et l'arbitrage international*, in Journal du droit international, 106, 1979, 475-505
- GREENWOOD C., *State Contracts in International Law: The Libyan Oil Arbitrations*, in British Yearbook of International Law, 53, 1982, 27-81
- GREWALD J., *WTO Dispute Settlement: An Exercise in Trade Law Legislation?*, in Journal of International Economic Law, 6(1), 2003, 113-124
- GREPPI E., *The Evolution of Individual Criminal Responsibility under International Law*, in SANAJAOBA N. (ed.), *A Manual of International Humanitarian Law*, New Delhi, 2004, 410-433

- GRIGERA NAÓN H., *Les contrats d'Etat: quelques reflexions – Les Etats dans le contentieux économique international. I. Le contentieux arbitral*, in *Revue de l'arbitrage*, 3, 2003, 667-690
- GRIGERA NAÓN H., *The Settlement of Investment Disputes between States and Private Parties: An Overview from the Perspective of the ICC*, in *Journal of World. Investment*, 1(1), 2000, 59-103
- GROSS B., CACHARD O., *Les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructures à financement privé*, in *Journal du droit international*, 2, Avril-Mai-Juin 2006, 451-476
- GROSS ESPIELL H., *International Responsibility of the State and Individual Criminal Responsibility in the International Protection of Human Rights*, in RAGAZZI M. (ed.), *International Responsibility Today: Essays in Honour of Oscar Schachter*, Leiden, 2005, 151-160
- GROUSSOT X., *General Principles of Community Law*, The Hogendorp Papers, no. 6, 2006
- GUASCH J.L., STRAUB S., *Renegotiation of Infrastructure Concessions: An Overview*, in *Annals of Public & Cooperative Economics*, 77(4), December 2006, 479-493;
- GURUDEVAN N., *An Evaluation of Current Legitimacy-based Objections to NAFTA Chapter 11 Investment Dispute Resolution Process*, in *San Diego International Law Journal*, 6, 2005, 399-433
- HALLWARD-DRIEMEIER M., *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a BIT.. and They Could Bite*, World Bank Policy Research Working Paper no. 3121, June 2003
- HANSEN T.B., *The Legal Effects of Given Stabilization Clauses in Contracts in International Law*, in *Virginia Journal of International Law*, 28(4), 1987-1988, 1015-1041
- HAPP R., *Dispute Settlement Under the Energy Charter Treaty*, 45 *German Yearbook of International Law*, 45, 2003, 711-739
- HARRIS C., *Private Participation in Infrastructure in Developing Countries. Trends, Impacts, and Policy Lessons*, World Bank Working Paper no. 5, 2003
- HEISKANEN V., *The Doctrine of Indirect Expropriation in the Light of the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal*, in *Transnational Dispute Management*, 3(5), December 2006
- HENKIN L., *Human Rights and State "Sovereignty"*, in *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 35(1-2), 1996, 31-45
- HIGGINS R., *The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome, 176, 1983, 259-392
- HINDELANG S., *Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate. The Question of Whether BITs Influence International Law Revisited*, in *Journal of World Investment & Trade*, 5(5), October 2004, 789-809
- HORWITZ M.S., *The History of the Public/Private Distinction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1982, 1423-1428
- HOUDE M-F., *OECD Instruments for Promoting the Liberalization of Investment*, OECD Document, Paris, 1994
- HOWSE R., LANGILLE B., BURDA J., *The World Trade Organization and Labour Rights: Man Bites Dog*, in LEARY V.A., WARNER D. (eds.), *Social Issues, Globalization and International Institutions: Labour Rights, the EU, ILO, OECD and the WTO*, Leiden, 2005, 157-231
- HUU-TRU N., *Le réseau Suisse d'accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements*, in *Revue générale de droit international public*, 92, 1988, 577-671

- HYLAND R., *Pacta sunt servanda: A meditation*, in *Virginia Journal of International Law*, 34(2), 1994, 405-433
- HYNES V., *Bilateral Investment Treaty-Based Investment Arbitration against Argentina Economic Crisis*, in *Transnational Dispute Management*, 1(3), July 2004
- IGBOKWE V.C., *Determination, Interpretation and Application of Substantive Law in Foreign Investment Treaty Arbitrations*, in *Journal of International Arbitration*, 23(4), 2006, 267-299
- JACKSON J., *The Varied Policies of International Juridical Bodies – Reflections on Theory and Practice*, in *Michigan Journal of International Law*, 25(4), Summer 2004, 869-878
- JACKSON J., *International Law Status of WTO Dispute Settlement Report: Obligation to Comply or Option to “Buy Out”?*, in *American Journal of International Law*, 98(1), January 2004, 109-125
- JACKSON J., *Reflections on International Economic Law*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 17(1), Spring 1996, 17-28
- JACKSON J., *International Economic Law: Reflections on the “Boilerroom” of International Relations*, in *American University Journal of International Law & Policy*, 10, 1995, 595-606
- JADAINÉ R., *La gestion des contrats internationaux de concession*, in *Revue du droit des affaires internationaux/International Business Law Journal*, 3, 2005, 289-332
- JIMENEZ DE ARECHAGA E., *International Law in the Past Third of a Century*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 159, 1978, 1-344
- JOS E., *L’Agence multilatéral de garantie des investissements: une contribution positive, mais insuffisante, pour promouvoir les investissements utiles aux pays en développement*, in *Revue général du droit international public*, 98(2), 1994, 387-416
- JOWI A. Jr., CREWS J.W. Jr., *Technology and Electricity: Overcoming the Umbilical Mentality*, in FOLDVARY F.E., KLEIN D.B. (eds.), *The Half-Life of Policy Rationales: How New Technology Affects Old Policy Issues*, New York, 2003, 161-183
- JOWI A. Jr., *Avoiding the Grid: Technology and the Decentralization of Water*, in FOLDVARY F.E., KLEIN D.B. (eds.), *The Half-Life of Policy Rationales: How New Technology Affects Old Policy Issues*, New York, 2003, 184-207
- JUILLARD P., *Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l’encouragement et la protection réciproques des investissements*, in *Annuaire français de droit international*, 50, 2005, 669-682
- JUILLARD P., *L’évolution des sources du droit des investissements*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 240, 1994,
- JUILLARD P., *Le réseau français des conventions bilatérales d’investissements: a la recherche d’un droit perdu?*, in *Droit et pratique du commerce international*, 13, 1987, 9-61
- KAHN P., *Les investissements internationaux, nouvelles données: un droit transnational de l’investissement*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 3-41
- KAHN P., *L’extension de la notion d’investissement*, in BOURRINET J. (ed.), *Les investissements français dans le Tiers-monde*, Paris, 1984
- KAMTO M., *La notion de contrat d’Etats : une contribution au débat*, in *Revue de l’arbitrage*, 3, 2003, 719-751
- KANTOR M., *Fair and Equitable Treatment: Echoes of FDR’s Court-Packing Plan in the International Law Approach Towards Regulatory Expropriation*, in *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, 5, 2006, 231-256

- KANTOR M., *The New Draft Model US BIT: Noteworthy Developments*, in *Journal of International Arbitration*, 21(4), 2004, 383-395
- KARKKAINEN B.C., *The Police Power Revisited: Phantom Incorporation and the Roots of the Takings “Muddle”*, in *Minnesota Law Review*, 60, 2006, 826-913
- KARL J., *The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 11(1), 1996, 1-36
- KENNEDY D., *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 130(6), 1982, 1349-1357
- KEOHANE O., *Sovereignty, Interdependence and International Institutions*, in MILLER L.B., SMITH M. (eds.), *Ideas and Ideals: Essays on Politics in Honour of Stanley Hoffmann*, Boulder, 1991, 91-107
- KERF M., *Concessions for Infrastructure*, World Bank Technical Paper no. 399, Washington, March 1998
- KIRKPATRICK C., PARKER D., ZHANG Y-F., *Foreign Direct Investment in Infrastructure in Developing Countries: Does Regulation Makes a Difference?*, in *Transnational Corporations*, 15(1), April 2006, 143-171
- KLEIN B., *Who Wins and Who Loses in Investment Arbitration? Are Investors and Host States on a Level Playing Field? The Lauder/Czech Republic Legacy*, in *Journal of World Investment & Trade*, 6(1), 2005, 65-68
- KLEIN BRONFMAN M., *Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard*, in *Max Planck Yearbook of UN Law*, 10, 2006, 609-680
- KOLB R., *Principles as Sources of International Law (with Special Reference to Good Faith)*, in *Netherlands International Law Review*, 53(1), 2006, 1-36
- KOKOTT J., *Interim Report on the Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment*, in *ILA, Report of the Seventieth Conference*, New Delhi, 2002
- KREINDLER R.H., *Fair and Equitable Treatment – A Comparative International Law Approach*, in *Transnational Dispute Management*, 3(3), June 2006
- KRISCH N., KINGSBURY B., *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order*, in *European Journal of International Law*, 17(1), 2006, 1-13
- KUNOY B., *Developments in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration*, in *Journal of World Investment & Trade*, 6(3), June 2005, 467-491
- KÜRTZ J., *NGOs, the Internet and International Economic Policy-Making: The Failure of the OECD Multilateral Agreement on Foreign Investment*, in *Melbourne Journal of International Law*, 3(2), 2002, 213-246
- KÜRTZ J., *The Doha Declaration and Prospects for Investment Negotiations in the WTO*, in *Transnational Dispute Management*, 1(2), 2004
- LACHS M., *Equity in Arbitration and in Judicial Resolution of Disputes*, in *Leiden Journal of International Law*, 6(2), 1993, 323-329
- LAIRD I., *Betrayal, Shock and Outrage – Recent Developments in NAFTA Article 1105*, in WEILER T. (ed.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice and Future Prospects*, New York, 2004, 49-75
- LALIVE P., *Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées: développement récents*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 181, 1983, 9-283
- LANG A., *The GATS and Regulatory Autonomy: a Case Study of Social Regulation of the Water Industry*, in *Journal of International Economic Law*, 7(4), 2004, 801-838

- LEBEN C., *Contrat d'Etats et droit international des investissements*, in Recueil des cours – Hague Academy of International Law, tome 302, 2003, 201-386
- LEBEN C., *L'évolution de la notion de contrat d'Etat*, in Revue de l'arbitrage, 3, 2003, 629-686
- LEGUM B., *Defining Investment and Investor. Who is Entitled to Claim?*, in Arbitration International, 22(4), 2006, 521-526
- LEGUM B., *The Innovation of Investor-State Arbitration Under NAFTA*, in Harvard International Law Journal, 43(2), Summer 2002, 531-539
- LEMAIRE S., *Treaty Claims et Contract Claims: la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat*, in Revue de l'arbitrage, 2, 2006, 353-400
- LEMAIRE A., *Le nouveau visage entre Etats et investisseur étrangers: le chapitre 11 de l'ALENA*, in Revue de l'arbitrage, 1, 2001, 43-94
- LEVESQUE C., *Les fondements de la distinction entre l'expropriation et la réglementation en droit international*, in Revue général de droit, 33, 2003, 32-92
- LI C., *Evaluating the Various Non-Litigation Processes for Resolving Disputes: The Cost-Effectiveness Approach*, in Journal of International Arbitration, 18(4), 2001, 435-447
- LIBERTI L., *Investissements et droits de l'homme*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 791-852
- LOWE V., *Changing Dimensions of International Investment Law*, University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series, n. 4/2007, March 2007
- LOWE V., *Fair and Equitable Treatment in International Law. Remarks by Vaughan Lowe*, in ASIL Proceedings, 2006, 73-74
- LOWE V., *Corporations as International Actors and International Law*, in Italian Yearbook of International Law, 2004, 23-38
- LOWE V., *Regulation or Expropriation?*, in Current Legal Problems, 55, 2002, 447-466
- LOWE V., *The Role of Equity in International Law*, in Austrian Yearbook of International Law, 12, 1988/89, 54-81
- LOWENFELD A.F., *Investment Agreements and International Law* in Columbia Journal of Transnational Law, 42(1), 2003, 123-130
- LUKASHUK I.I., *The Principle Pacta sunt servanda and the Nature of Obligation under International Law*, in American Journal of International Law; 83, 1989, 513-518
- MACDONALD R. St., *The Margin of Appreciation*, in MACDONALD R. St., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, London, 1993, 83-124
- MALIK M., *Time for a Change. Germany's Bilateral Investment Treaty Programme and Development Policy*, Friedrich Ebert Stiftung Occasional Paper no. 27, November 2006
- MANIRUZZAMAN A.F.M., *The Relevance of Public International Law in Arbitrations concerning International Economic Development Agreements*, in Journal of World Investment & Trade, 6(2), 2005, 263-296
- MANIRUZZAMAN A.F.M., *International Development Law as Applicable to International Development Agreements: A Prognostic View*, in Wisconsin International Law Journal., 2, 2001, 1-56
- MANN F.A., *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, in British Yearbook of International Law, 24, 1981, 241-254
- MANN F.A., *The Consequences of an International Wrong in International and National Law*, in British Yearbook of International Law, 48, 1977, 1-65

- MANN H., *Is Fair and Equitable Fair, Just or Under Law?*, in ASIL Proceedings, 2006, 74-78
- MANN H., *The Final Decision on Methanex v. United States: Some New Wine in Some New Bottles*, Winnipeg, August 2005
- MANN H., *The Right of State to Regulate and International Investment Law*, in UNCTAD, *The Development Dimension of FDI: Policy and Rule-Making Perspectives*, Geneva-New York, 2003, 211-223
- MANN H., VON MOLTKE K., *NAFTA's Chapter 11 and the Environment*, IISD Paper, 1999
- MARCHISIO S., *Voce Investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993, 567-588
- MAURO M.R., *Nuove questioni in tema di arbitrato tra Stato e investitore straniero nella recente giurisprudenza dei tribunali dell'ICSID*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 42(1), 2006, 67-108
- MAURO M.R., *Riflessioni sul principio del trattamento nazionale e sulla soluzione delle controversie riguardanti gli investimenti stranieri nella prassi dei Paesi dell'America latina*, in DEL VECCHIO A. (a cura di), *Aspetti dell'integrazione regionale latinoamericana*, Milano, 2001, 83-115
- MAVROIDIS P.C., *Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation*, in *Journal of World Trade*, 34(1), 2000, 73-88
- MAYEDA G., *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*, in *Journal of World Trade*, 41(2), 2007, 273-291
- MAYER P., *La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etats*, in *Journal du droit international*, 113, 1986, 5-78
- MCCRUDDEN C., DAVIES A., *A Perspective on Trade and Labour Rights*, in FRANCONI F. (ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001, 179-197
- MCBRIDE P., *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in ELLIS E. (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, 23-35
- MACFARLAND SANCHEZ-MORENO M., HIGGINS T., *No Recourse: Transnational Corporations and the Protection of Economic, Social, and Cultural Rights of Bolivia*, in *Fordham International Law Journal*, 27(5), 2004, 1663-1805
- MCGIBBON I.C., *Estoppel in International Law*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 7, 1958, 468-513
- MCGINNIS J., MOVSESIAN M., *The World Trade Constitution*, in *Harvard Law Review*, 114, 2001, 511-671
- McNAIR Q.C., *The General Principles of Law Recognized by the Civilized Nations*, in *British Yearbook of International Law*, 33, 1957, 1-19
- MELTZER J., *State Sovereignty and the Legitimacy of the WTO*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, vol. 26(4), Winter 2005, 693-733
- MERUSI F., *Voce Affidamento (Dir. Amm.)*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 144-147
- MIELE A., *Indipendenza degli Stati*, in *Studi di diritto in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, 169-189
- MOLA L., *La disciplina internazionale degli investimenti nei suoi profili più rilevanti*, in PORRO G. (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006, 87-115
- MONTINI M., *The Necessity Principle as an Instrument to balance Trade and the Protection of the Environment*, FRANCONI F. (ed.), *Environment, Human Rights and International Trade*, Oxford, 2001, 135- 155

- MORAN T.H., *Political and Regulatory Risk in Infrastructure Investment in Developing Countries: Introduction and Overview*, in CEPMLP On-line Journal, vol. 5-6, 1999
- MORGAN B., *Turning Off the Tap: Urban Water Service Delivery and the Social Construction of Global Administrative Law*, in European Journal of International Law, 17(1), 2006, 215-246
- MORGAN SUMMERS S., *The Calvo Clause*, in Virginia Law Review, 19(5), 1933, 459-484
- MOUNTFIELD H., *Regulatory Expropriations in Europe: The Approach of the European Court of Human Rights*, in NY University Environmental Law Journal, 11, 2003, 136-147
- MUCHLINSKI P., *'Caveat Investor?' The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard*, in International & Comparative Law Quarterly, 55, July 2006, 527-577
- MUCHLINSKI P., *The Energy Charter Treaty : Towards a New International Order for Trade and Investment or a Case of History Repeating Itself?*, in WÄLDE T. (ed.), *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, The Hague, 1996, 205-225
- MUCHLINSKI P., *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?*, in The International Lawyer, 34(3), 2000, 1033-153
- MÜLLER J.P., COTTIER T., *Estoppel*, in Encyclopedia of International Law, 7, 1985, 5-7
- MUNARI F., *L'applicazione del GATS ai servizi di interesse generale*, in VENTURINI G., COSCIA G., VELLANO M. (a cura di), *Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Milano, 2005, 141-172
- MUNARI F., *La disciplina dei cd. servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interesse generale*, in Il diritto dell'Unione Europea, 1, 2002, 39-75
- MUNARI F., *La libertà degli scambi internazionali e la tutela dell'ambiente*, in Rivista di diritto internazionale, 77, 1994, 389-429
- NASCIMBENE B., voce *Straniero (diritto internazionale pubblico)*, in Enciclopedia del diritto, XLIII, Milano, 1990
- NAPOLITANO G., voce *Servizi Pubblici*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5517-5527
- NESTOR S., MAHBOOBI L., *Privatization of Public Utilities: The OECD Experience*, in OECD, *Privatization, Competition and Regulation*, Paris, 2000
- NEWCOMBE A., *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, in ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 20(1), 2005, 1-57
- NOELLKAMPER A., *Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law*, in International & Comparative Law Quarterly 52(3), 2003, 615-640
- NOLTE G., *Constitutional Implications of German Participation in Treaty Regimes*, in FRANCK T.(ed.), *Delegating State Powers: The Effect of Treaty Regimes in Democracy and Sovereignty*, Ardsley, 2000, 261-277
- NOUVEL Y., *Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux*, in Revue général du droit international public, 106, 2002, 79-102
- ORELLANA M.A., *Science, Risk and Uncertainty: Public Health Measures and Investment Disciplines*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 671-790
- ORREGO VICUÑA F., *Of Contracts and Treaties in the Global Market*, in Max Planck Yearbook of UN Law, 8, 2004, 341-357
- ORREGO VICUÑA F., *Regulatory Authority and Legitimate Expectations: Balancing the Rights of the State and the Individual under International Law in a Global Society*, in International Law Forum du droit international, 5, 2003, 188-197

- ORREGO VICUÑA F., *Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 15(2), 2000, 340-361
- ORTINO F., *The Social Dimension of International Investment Agreements: Drafting a New BIT/MIT Model?*, in *International Law Forum du droit international*, 7, 2005, 243-250
- PAASVIRTA E., *The Energy Charter Treaty and Investment Contracts: Toward Security of Contracts*, in WÄLDE T. (ed.), *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, The Hague, 1996
- PAASVIRTA E., *Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty*, in *British Yearbook of International Law*, 60, 1989, 315-350
- PADELLETTI M.L., *Protezione della proprietà*, in BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 801-827
- PARRA A., *The Institution of ICSID Arbitration Proceedings*, in *News from ICSID*, 20(2), 2003, 12-14
- PARRA A., *The Role of the ICSID Secretariat in the Administration of Arbitration Proceedings under the ICSID Convention*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 13(1), 1998, 85-100
- PARRA A., *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 12(2), 1997, 287-364
- PARRA A., *Principles Governing Foreign Investment, as Reflected in National Investment Codes*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 7(2), 1992, 428-452
- PANNATIER S., DUCREY O., *Water Concessions and Protection of Foreign Investments under International Law*, in WEISS B., BOISSON DE CHAZOURNES L., BERNASCONI-OSTERWALDER N., *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford, 2005, 298-301
- PAULSSON J., *Indirect Expropriation: Is the Right to Regulate at Risk?*, in *Transnational Dispute Management*, vol. 3(2), April 2006
- PAULSSON J., DOUGLAS Z., *Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations*, in HORN N. (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, 145-158
- PAULSSON J., *Dispute Resolution*, in PRITCHARD R. (ed.), *Economic Development, Foreign Investment and the Law*, London, 1996, 209-246
- PAULSSON J., *Arbitration Without Privity*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 10, 1995, 232-257
- PELLET A., *La lex mercatoria tiers ordre juridique? Remarques ingénue d'un internationaliste public*, in *Souveraineté Etatique et marchés internationaux à la fin du XX siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000, 53-74
- PERREAU-SAUSSINE A., *A Case Study on Jurisprudence as a Source of International Law: Oppenheim's Influence*, in CRAVEN M., FITZMAURICE M., VOLGIATZI M. (eds.), *Time, History and International Law*, The Hague, 2007, 91-117
- PERRY M.A., *A Model for Efficient Foreign Aid: The Case for political Risk Insurance Activities of the Overseas Private Investment Corporation*, in *Virginia Journal of International Law*, 36(3), 1996, 511-588
- PETERS P., *Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 22, 1991, 91-161
- PETERSMANN E-U., *International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order*, in MACDONALD R.St.J.,

- JOHNSTON D.M. (eds.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Dordrecht, 1983
- PETERSMANN E-U., *The Transformation of the World Trading System Through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, in *European Journal of International Law*, 6(2), 1995, 161-221
 - PETERSON L.E., *South Africa's Bilateral Investment Treaties. Implications for Development and Human Rights*, Friedrich Ebert Stiftung Occasional Paper no. 26, November 2006
 - PETERSON L.E., *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, Winnipeg, November 2004
 - PIAGET J., *Limits in Water Concession Contracts: The Case of Water del Aconquija (Argentina)*, Institut Universitaire de Management International (IUMI), April 2003
 - PICONE P., *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in PICONE P., SACERDOTI G. (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, 31-105
 - PIETANZA E., *Winning the Risky Global Business Game: Parrying the Thrusts from Terrorism with an International Insurance Coalition*, in *California Western International Law Journal*, 34(1), 2003, 85-113
 - PINSOLLE P., *The Annulment of ICSID Arbitral Awards*, in *Journal of World Investment*, 1(1), 2000, 243-257
 - POPELIER P., *Legitimate Expectations and the Law Maker in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Review*, 1, 2006, 10-24
 - PORCHIA O., *Gli attori nel diritto internazionale dell'economia*, in PORRO G. (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006, 33-59
 - PORCHIA O., *Alcune considerazioni sull'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 4, 2002, 433-651
 - PORRO G., *La Globalizzazione dei mercati e il diritto internazionale dell'economia*, in PORRO G., (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006, 3-32
 - PORTERFIELD M., *An International Common Law of Investor Rights?*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 27(1), 2006, 79-113
 - PORTERFIELD M., *International Expropriation Rules and Federalism*, in *Stanford Environmental Law Journal*, 23(1), 2004, 3-90
 - POULAIN B., *L'investissement international: définition ou définitions?*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 123-150
 - PRICE D., *NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute Settlement: Frankenstein or Safety Valve?*, in *Canada-US Law Journal*, 26, 2001, 1-9
 - PROSSER T., *Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights*, in *European Public Law*, 11(4), 2005, 543-563
 - PROSSER T., *Public Service Law: Privatizations' Unexpected Offspring*, in *Law & Contemporary Problems*, 63, Autumn 2000, 63-82
 - PROSSER T., *Regolazione per fini sociali*, in FERRARI E. (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Milano, 1999
 - PROSSER T., *Theorising Utilities Regulation*, in *The Modern Law Review Limited*, 62(2), 1999, 196-217

- PROST M., KINGSLEY CLARK P., *Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law: How Much Does the Multiplication of International Organizations Really Matter?*, in Chinese Journal of International Law, 5(2), 2006, 341-370
- PROTOPSALTIS P.M., *Les principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étranger*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 151-232
- PRUJINER, *L'arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?*, in Revue de l'arbitrage, 2005, 63-99
- PUSTORINO P., *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in Rivista di diritto internazionale, 1, 2006, 68-104
- QUINOT G., *Substantive Legitimate Expectations in South African and European Administrative Law*, in German Law Journal, 5(1), January 2004, 65-85
- RANGONE N., voce *Regolazione*, in CASSESE S. (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 5057-5070
- RAUSTIALA K., *Rethinking the Sovereignty Debate in International Economic Law*, Journal of International Economic Law; 6(4), 841-878
- RE E.D., *The Foreign Claims Settlement Commission: Its Functions and Jurisdiction*, in Michigan Law Review, 60(8), 1962, 1079-1102
- REINISCH R., *Expropriation*, in Transnational Dispute Management, 2(5), November 2005
- REISMAN R.W., SLOANE R.D., *Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*, in British Yearbook of International Law, 74, 2004, 115-150
- REISMAN R.W., *Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law*, in FOW G.H., ROTH B.R., *Democratic Governance and International Law*, Cambridge, 2000, 239-258
- ROBERTS M., *Public Law Representations and Substantive Legitimate Expectations*, in Modern Law Review, 64(1), January 2001, 112-122
- ROGGENKAMP M.M., *Transit of Network-bound Energy: The European Experience*, in WÄLDE T., *The Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, The Hague, 1996, 499-518
- ROSE-ACKERMAN S., ROSSI J., *Disentangling Regulatory Takings*, in Virginia Law Review, 86, 2000, 1435-1495
- ROSS M., *The Europeanization of Public Services Supervision: Harnessing Competition and Citizenship?*, in Yearbook of European Law, 23, 2004, 303-319
- ROSS M., *Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation*, in European Law Review, 25, 2000, 22-38
- ROSSI J., *The Scope of Regulatory Bargaining*, in ROSSI J., *Regulatory Bargaining and Public Law*, Cambridge, 2005, 1-27
- ROTT P., *A New Social Contract Law for Public Services? – Consequences from Regulation of Services of General Economic Interest in the EC*, in European Review of Contract Law, 3, 2005, 323-345
- RUBINI L., *L'impatto del GATS sulla regolazione nazionale dei servizi di interesse generale*, in Diritto del commercio internazionale, 21(2), 2007, 373-412
- RUBINS N., *Investment Arbitration in Brazil*, in Journal of World Investment & Trade, 4, 2003, 1071-1091
- RUBINS N., *The Notion of "Investment" in International Investment Arbitration*, in HORN N. (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, 283-324

- RUIZ FABRI H., *The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for "Regulatory Expropriations" of the Property of Foreign Investors*, in NY University Environmental Law Journal, 11, 2003, 148-173
- SABAHI B., *The Calculation of Damages in International Investment Law*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 553-595
- SACERDOTI G., *Il sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio a dieci anni dalla sua istituzione*, in La Comunità internazionale, vol. 3, 2005, 435-456
- SACERDOTI G., *Investment Arbitration under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards*, in ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 19(1), Spring 2004, 1-48
- SACERDOTI G., *La soluzione delle controversie che coinvolgono Stati e imprese nell'economia globalizzata: procedure interstatali e arbitrati diretti*, in *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale*, VII Convegno SIDI Napoli, Napoli, 2002, 97-110
- SACERDOTI G., *The Admission and Treatment of Foreign Investment under Recent Bilateral and Regional Treatment*, in Journal of World Investment, 1(1), 2000, 105-126
- SACERDOTI G., *The 1997 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions: An Example of Piece-Meal Regulation of Globalization*, in Italian Yearbook of International Law, 9, 1999, 26-49
- SACERDOTI G., *The Source and Evolution of International Legal Protection for Infrastructure Investments confronting political and Regulatory Risks*, in CEPMLP On-Line Journal, 5, 1999
- SACERDOTI G., *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in Recueil des cours – Hague Academy of International Law, tome 269, 1997, 251-460
- SACERDOTI G., *La Convenzione di Washington del 1965: bilancio di un ventennio dell'ICSID*, in Rivista di diritto privato e processuale, 1, 1987, 13-39
- SACERDOTI G., *Lineamenti del diritto internazionale dell'economia*, PICONE P., SACERDOTI G. (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, 127-153
- SACERDOTI G., *The New Arbitration Rules of ICC and UNCITRAL*, in Journal of World Trade, 11, 1977, 248-269
- SALEM M., *Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers*, in Journal du droit international, 1986, 579-626
- SALES P., STEYN K., *Legitimate Expectations in English Public Law: An Analysis*, in Public Law, 2004, 564-593
- SAMPLINER G.H., *Arbitration of Expropriation Cases under U.S. Investment Treaties : a Threat to Democracy or the Dog that Didn't Bark?*, in ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 18, 2003, 1-43
- SANDERS P., *UNCITRAL's Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future*, in Arbitration International, 21(4), 2006, 443-482
- SANTA MARIA A., *Il diritto internazionale dell'economia*, in CARBONE S.M., LUZZATO R., SANTA MARIA A. (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, 479-526
- SAPIENZA R., *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in Rivista di diritto internazionale, 3, 1991, 571-614
- SAUVÉ P., *A First Look at Investment in the Final Act of the Uruguay Round*, in SAUVÉ P. (ed.), *Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda*, London, 2003, 297-310

- SAUVÉ P., CHRISTIE W., *Investment Liberalization in GATS*, in SAUVÉ P. (ed.), *Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda*, London, 2003, 335-365
- SAUVÉ P., *Multilateral Rules on Investment: Is Forward Movement Possible?*, in *Journal of International Economic Law*, 9(2), 2006, 325-355
- SAUVÉ P., *Qs and As on Investment, Services and WTO*, in SAUVÉ P. (ed.), *Trade Rules Behind Borders: Essays on Services, Investment and the New Trade Agenda*, London, 2003, 311-333
- SAVARESE E., *Investment Treaties and Investor's Right to Arbitration between Broadening and Limiting ICSID Jurisdiction*, in *Journal of World Investment & Trade*, 7(3), 2006, 407-421
- SCHEININ M., *Economic and Social Rights as Legal Rights*, in EIDE A., KRAUSE C., ROSAS A. (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, 2nd ed., Dordrecht – Boston – London, 2001
- SCHENKMAN E., *Could Principles of Fifth Amendment Takings Jurisprudence be Helpful in Analyzing Regulatory Expropriation Claims Under International Law?*, in *NY University Environmental Law Journal*, 11, 2003-1, 174-197
- SCHERMERS H., *The International Protection of the Right of Property*, in MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in Honour of Gérard Wiarda*, Köln, 1988, 565-580
- SCHILL S., *Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*, IILJ Working Paper 2006/6
- SCHILL S., *Revisiting a Landmark: Indirect Expropriation and Fair and Equitable Treatment in the ICSID Case Tecmed*, in *Transnational Dispute Management*, 3(2), April 2006
- SCHOKKAERT J., *La Pratique Conventiennelle Européenne en Matière de Protection des Investissements Privés Effectués à l'Etranger*, *Revue de droit international et de droit comparé*, 80, 2003, 327-388
- SCHREUER C., *Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims – the Vivendi I Case Considered*, in WEILER T. (ed.), *International Investment law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, 281-323
- SCHREUER C., *Travelling the BIT Route. Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, in *Journal of World Investment & Trade*, 5(2), 2005, 227-256
- SCHREUER C., *The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties* in *Transnational Dispute Management*, 2(5), November 2005
- SCHREUER C., *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, in *Journal of World Investment & Trade*, 6(3), June 2005, 357-386
- SCHREUER C., *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, in *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, 4(1), 2005, 1-17
- SCHREUER C., *Commentary on the ICSID Convention. Article 25*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 11(2), 1996, 318-492
- SCHWARTZ E.A., *Finality at What Cost? The Decision of the Ad Hoc Committee in Wena Hotels v. Egypt*, in GAILLARD E., BANIFATEMI Y (eds.), *Annulment of ICSID Awards*, NY, 2004, 43-86
- SCHWEBEL S.M., *The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law*, in *Transnational Dispute Management*, 3(2), April 2006

- SCHWEBEL S.M., *Arbitration and Exhaustion of Local Remedies*, in ID., *Justice in International Law*, Cambridge, 1994, 171-190
- SCHWEBEL S.M., *On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law*, in ID., *Justice in International Law*, Cambridge, 1994, 425-435
- SCHWEBEL S.M., GILLIS WETTER J., *Some Little-Known Cases on Concessions*, in *British Yearbook of International Law*, 40, 1964, 183-232
- SERENI A.P., *International Economic Institutions and the Municipal Law of States*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 96, 1959, 129-239
- SHAPREN A., *NAFTA Chapter 11: A Step Forward in International Trade Law or a Step Backward in Democracy?*, in *Temple International & Comparative Law Journal*, 17, 2003, 323-350
- SHIHATA F.I., *Arab Investment Guarantee Corporation, A Regional Investment Insurance Project*, in *Journal of World Trade*, 6, 1972, 185-202
- SHIHATA F.I., *Recent Trends Relating to Entry of Foreign Direct Investment*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 9(1), 1994, 47-70
- SINCLAIR A., *The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection*, in *Arbitration International*, 20(4), 2004, 411-434
- SNODGRASS E., *Protecting Investors' Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 21(1), 2006, 1-58
- SOHN L.B., BAXTER R.R., *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, in *American Journal of International Law*, 55, 1961 545-547
- SORNARAJAH M., *Right to regulate and safeguards*, in UNCTAD, *The development dimension of FDI: Policy and rule-making perspectives*, UNCTAD/ITE/IIA/2003/4, New York and Geneva, 2003, 205-210
- SORNARAJAH M., *The Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment. The Simon Reisman Lecture in International Trade Policy*, Centre for Trade Policy and Law, Ottawa, 12 September 2002
- SORNARAJAH M., *The Myth of International Contract Law*, in *Journal of World Trade*, 15, 1987, 187-217
- SORNARAJAH M., *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*, *Journal World Trade*, 20, 1986, 79-98
- SORNARAJAH M., *Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts*, in *Journal of International Arbitration*, 5(2), 1988, 97-114
- SPIERMANN O., *Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties*, in *Arbitration International*, 20(2), 2004, 179-211
- STANLEY J.A., *Keeping Big Brother Out of Our Backyard: Regulatory Takings as Defined in International Law and Compared to American Fifth Amendment Jurisprudence*, in *Emory International Law Review*, 15(1), 2001, 349-389
- STEELE I., *Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance*, in *Law Quarterly Review*, 2005, 299-328
- STERN B., *Le consetement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement international: que disent les travaux préparatoires?*, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle. A propos de trente ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000, 223-244
- STERN B., *Le droit de propriété, l'expropriation et la nationalisation dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Droit pratique du commerce international*, 1991, 393-461

- STOKKE H., *What is Left of State Responsibility? Turning State Obligations into State Responsibility in the Field of Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights in Development*, vol. 2002, 2005, 37-70
- STRENGER I., *La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome, 227, 1991, 207-305
- SUBEDI S.P., *The Challenge of Reconciling the Competing Principles within the Law of Foreign Investment with Special Reference to the Recent Trend in the Interpretation of the Term “Expropriation”*, in *The International Lawyer*, 40(1), 2006, 121-141
- SZYSZCZAK E., *Golden Shares and Market Governance*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 29, 2002-03, 255-284
- SZYSZCZAK E., *Public Service Provision in Competitive Markets*, in *Yearbook of European Law*, 20, 2001, 35-77
- TAYLOR C.R., *A Modest Proposal: Statehood and Sovereignty in a Global Age*, in *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 18(3), 743-809
- TEMPLE LANG J., *Legal Certainty and Legitimate Expectations as General Principles of Law*, in BERNITZ U., NERGELIUS J. (eds.), *General Principles in European Community Law*, The Hague, 163-184
- TEUBNER G., *Le droit spontnée dans la société mondiale?*, in MORAND C.A. (sous la directions de), *Le droit sais par la mondialisation*, Bruxelles, 2001, 197-220
- TIENHAARA K., *What You Don’t Know Can Hurt You: The Investor-State Dispute and the Protection of the Environment in Developing Countries*, in *Global Environmental Policy*, 6(4), November 2006, 73-100
- TOBIN J., ROSE-ACKERMAN S., *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties*, Yale Law School Research Paper no. 293, May 2005
- TRACHTMAN J., *FDI and the Right to Regulate*, in UNCTAD, *The development dimension of FDI: Policy and rule-making perspectives*, UNCTAD/ITE/IIA/2003/4, New York and Geneva, 2003, 189-204
- TRACHTMAN J., *The International Economic Law Revolution*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 17(1), Spring 1996, 33-61
- TRACHTMAN J., *International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction*, in *Harvard Journal of International Law*, 34, 1993, 47-101
- TREVES T., *Fondo Monetario Internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI Torino, 1991, 171-179
- TREVES T., *La Convenzione istitutiva della MIGA come codice di condotta in tema di investimenti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1987, 1-12
- TUPMAN W.M., *Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Investment Disputes*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 35, 1986, 813-838
- VALENTI M., *Il trattamento “conforme al diritto internazionale” degli investimenti stranieri nelle convenzioni internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4, 2004, 973-990
- VAN HARTEN G., *The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 56, 2007, 371-391
- VAN HARTEN G., LOUGHLIN M., *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, in *European Journal of International Law*, 17(1), 2006, 121-150
- VAN STADEN A, VOLLAARD H., *The Erosion of State Sovereignty: Towards a Post-Territorial World?*, in KREIJEN G., BRUS M., DUURSMA J., DE VOS E., DUGARD J., *State Sovereignty and International Governance*, Oxford, 2002, 167-184

- VANDERVELDE K., *Investment Liberalization and Economic Development: The Role of Investment Treaties*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, 1998, 501-527
- VARI C., *FMI e l'assistenza finanziaria a paesi membri*, in TOSATO G.L., *Contributi allo studio del diritto internazionale dell'economia*, Rimini, 1992, 19-67
- VASCIANNIE S., *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, in *British Yearbook of International Law*, 70, 2000, 99-164
- VELLANO M., *Full Employment and Fair Labour Standards in the Framework of the WTO*, in MENGOZZI P. (ed.), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*, Milano, 1999, 379-419
- VERDROSS A., *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions*, in *Yearbook of World Affairs*, 18, 1964, 230
- VERHOOSSEL G., *Foreign Direct Investment and Legal Constraints on Domestic Environmental Policies: Striking a "Reasonable" Balance Between Stability and Change*, in *Law & Politics of International Business*, 29, 1998, 451-479
- VIERDAG E.G., *The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 9, 1978, 69-105
- VITERBO A., *Il Fondo Monetario Internazionale: analisi e prospettive di riforma*, in PORRO G. (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006, 119-155
- VON MOLTKE K., *An International Investment Regime? Issues of Sustainability*, IISD Paper, 2000
- WÄLDE T., *The Specific Nature of Investment Arbitration*, in KAHN P., WÄLDE T. (eds.), *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux/New Aspects of International Investment Law*, Leiden-Boston, 2007, 43-120
- WÄLDE T., *Efficient Management of Transnational Disputes: Mutual Gains by Mediations or Joint Loss in Litigation*, in *Arbitration International.*, 22(2), 2006, 205-232
- WÄLDE T., SABAHI B., *Compensation, Damages and Valuation in International Investment Law*, in *Transnational Dispute Management*, June 2006
- WÄLDE T., HOBBER K., *The First Energy Charter Award*, in *Journal of International Arbitration*, 22(2), 2005, 84-104
- WÄLDE T., *The "Umbrella" (or Sanctity of Contract/Pacta Sunt Servanda) Clause in Investment Arbitration. A Comment on Original Intentions and Recent Cases*, in *Journal of World Investment & Trade*, 6(2), 2005, 186-236
- WÄLDE T., *Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration: Controversial Issues*, in *Journal World Investment & Trade*, 5(3), June 2004, 373-412
- WÄLDE T., *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues Based on Recent Litigation Experience*, in HORN N. (ed.), *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004, 193-235
- WÄLDE T., *Pro-active Mediation of International Business and Investment Disputes Involving Long-Term Contracts: From Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management*, in *OGEL*, 1, September 2003
- WÄLDE T., *Law, Contract and Reputation in International Business: What Works?*, in *Business Law International*, 2, 2002, 190-210
- WÄLDE T., KOLO A., *Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law*, *International & Comparative Law Quarterly*, 50, 2001, 811-848
- WÄLDE T., DOW S., *Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investments*, in *Journal of World Trade*, 34(2), 2000, 1-61

- WÄLDE T., *A Requiem for “the New international Economic Order”: The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law and Post-Mortem with Timeless Significance*, in HAFNER G. et al. (eds.), *Liber Amicorum Professor Ignaz Seinz-Hohenveldern in Honour of its 80th Birthday*, The Hague, 1998, 771-803
- WÄLDE T., NDI G., *Stabilizing Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation*, in *Texas International Law Journal*, 31, 1996, 215-268
- WÄLDE T., *Revision of Transnational Investment Agreements*, in *Lawyer of the Americas*, 10, 1978, 265-298
- WALLACE D., *Private Participation in Infrastructure and the Provision of Public Services – Inevitable and Difficult*, in *Transnational Lawyer*, 19, 2004-2005, 117-123
- WEIL P., *The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois*, in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 15(2), Fall 2000, 401-416
- WEIL P., *The Court Cannot Conclude Definitively...? Non Liqueur Revisited*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, 1997, 109-119
- WEIL P., *Principes généraux de droit et contrats d’Etat*, in *Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, 1982, 387-414
- WEIL P., *Droit international et contrats d’Etat*, in *Mélanges offerts à Paul Reuter. Le droit international: unité et diversité*, Paris, 1981, 549-582
- WEIL P. *Les clauses de stabilisation ou d’intangibilité insérées dans les accords de développement économique*, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau. La Communauté internationale*, Paris, 1974, 301-328
- WEIL P., *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 128, 1969, 94-240
- WEILER J.H., *Epilogue: Towards a Common Law*, in ID. (ed.), *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford, 2000, 201-232
- WEILER T., *GAMI Comment*, in *Transnational Dispute Management*, 2, January 2005
- WEILER T., *Saving Oscar Chinn: Non-Discrimination in International Investment Law*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, London, 2005, 557-595
- WEILER T., *Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico*, in WEILER T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration. Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and the Customary Law*, London, 2005, 702-745
- WEILER T., WÄLDE T., *Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty in the Light of new NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation*, in *Transnational Dispute Management*, 1(1), February 2004
- WEILER T., *NAFTA Article 1105 and the Principles of International Economic Law*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 42, 2004, 35-85
- WEILER T., *NAFTA Chapter 11 Jurisprudence: Coming Along Nicely*, in *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, 9, 2003, 101
- WEINER A., *Indirect Expropriation: The Need for a Taxonomy of “Legitimate” Regulatory Purposes*, in *International Law Forum du droit international*, 5, 2003, 166-175
- WESTON B.H., *“Constructive Takings” Under International Law: A Modest Foray Into the Problem of “Creeping Expropriation”*, in *Virginia Journal of International Law*, 16, 1975, 103-175

- WETTERFORS J., *The First Investor-State Arbitration Award Under the 1994 Energy Charter Treaty Nykomb Synergetics Technology Holding Ab, Sweden ("Nykomb") vs. The Republic of Latvia - A Case Comment*, in *Transnational Dispute Management*, 2(1), January 2005
- WILSON R.R., *Postwar Commercial Treaties of the United States*, in *American Journal of International Law*, 43, 1949, 262-287
- WOODHOUSE E.J., *The "Guerra del Agua" and the Cochabamba Concession: Social Risk and Foreign Direct Investment in Public Infrastructure*, in *Stanford Journal of International Law*, 39, 2003, 295-350
- WRIGHT D., *Rethinking the Doctrine of Legitimate Expectations in Canadian Administrative Law*, in *Osgoode Hall Law Journal*, 35(1), 1997, 139-184
- YALA F., *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*, in *Journal of International Arbitration*, 22(2), 2005, 105-126
- YANNACA-SMALL K., *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, OECD Working Paper on International Investment, No. 2006/3, October 2006
- YANNACA-SMALL K., *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working Paper on International Investment, 3, 2004
- ZACCARIA L., *I criteri di competenza dei tribunali CIRDI e il contratto internazionale di appalto quale investimento*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2, 2002, 393-401
- ZAGEL G., *The WTO and Trade-Related Human Rights Measures: Trade Sanctions v. Trade Incentives*, in *Austrian Review of International & European Law*, 9, 2004, 119-159
- ZAMORA S., *International Economic Law*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 17(1), Spring 1996, 63-67
- ZEITLER H.E., *"Good Faith" in the WTO Jurisprudence: Necessary Balancing Element or Open Door to Judicial Activism?*, in *Journal of International Economic Law*, 8(3), 2005, 721-758
- ZEMANEK K., *The Legal Foundations of the International System*, in *Recueil des cours – Hague Academy of International Law*, tome 266, 1997, 9-335
- ZIA-ZARIFI S., *The Multilateral Agreement on Investment*, in BEVERIDGE F. (ed.), *Globalization and International Investment*, Aldershot, 2005, 279-298
- ZIEGLER A.R., *Investment Guarantee: From a National to an International Perspective*, in *Transnational Dispute Management*, 2(5), November 2005
- ZOLIA V., *Effect and Purpose of "Umbrella Clauses" in Bilateral Investment Treaties: Unresolved Issues*, in *Transnational Dispute Management*, 2(5), November 2005
- ZOLO D., *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo. Il caso palestinese*, in *Diritto pubblico*, 1, 2005, 125-142

Siti internet

- http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch____779.aspx
Database di trattati bilaterali curato dall'UNCTAD
- <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=780>
Compendio di trattati bilaterali, regionali e settoriali curato dall'UNCTAD
- <http://www.investmentclaims.com/>
Raccolta delle decisioni arbitrali relative a BIT, trattati regionali e settoriali
- <http://ita.law.uvic.ca/>
Raccolta delle decisioni arbitrali relative a BIT, trattati regionali e settoriali

- <http://www.transnational-dispute-management.com>
Rivista on-line di diritto internazionale degli investimenti e di diritto del commercio internazionale